

**Recurso 52/2024**  
**Resolución 76/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 23 de febrero de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECTON DICKINSON S.A** contra la resolución de adjudicación del «Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material específico de quirófano: hemostáticos y de adhesivos tisulares para los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud» Expediente CONTR 2022 0001159784), respecto a los lotes 29 y 30, convocado por el Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa dependiente de la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 28 de diciembre de 2022 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 y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 27.954.799,44 euros.

Con fecha 17 de enero de 2023 se publica corrección de errores tras detectar error material en la indicación del presupuesto base de licitación.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución de 8 de enero de 2024, el órgano de contratación acordó la adjudicación del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. En el texto de la referida resolución consta que la mesa de contratación, en la sesión de fecha 8 de noviembre de 2023 acordó la exclusión de la entidad BECTON DICKINSON S.A (en adelante B.D., o la recurrente), respecto a los lotes 29 y 30. La referida resolución se publica en el perfil de contratante con fecha 17 de enero de 2024.

**SEGUNDO.** El 5 de febrero de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad B.D. contra la resolución de adjudicación anteriormente citada.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Tras la reiteración de la petición lo solicitado fue recibido en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo concedido las presentadas por las entidades: BRAUN SURGICAL, S.A. y BAXTER, S.L.

## 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 recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, de los lotes 29 y 30, en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

### TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación de un acuerdo marco con 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 al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1, letra b) y apartado 2, letra c) de la LCSP.

### CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el expediente, el recurso se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

### QUINTO. Alegaciones de las partes.

#### 1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente mediante la interposición del presente recurso formula dos pretensiones con carácter principal y una con carácter subsidiario, las cuales a continuación se exponen.

A. –Mediante la primera de sus pretensiones la recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación del contrato, a fin de que *«se acuerde que la exclusión de mi representada de la licitación de los lotes 29 y 30 no se ajusta a derecho y, en consecuencia, que se proceda a incluir a mi representada en el procedimiento de licitación de dichos lotes»*.

La referida exclusión, venía motivada por el hecho de que en el sobre nº2 se había incluido documentación e información que debía ser objeto de valoración en el sobre nº3. Alega la recurrente al respecto que: *«no ha*



*quedado acreditado que la información incluida en el sobre electrónico 2 relativa al tiempo de hemostasia y al tiempo de absorción afecte a la imparcialidad del órgano de contratación, ni tampoco a la igualdad entre los licitadores.».*

Fundamenta la pretensión de anulación de la exclusión de su oferta respecto a ambos lotes, en los siguientes motivos:

(i) Tras citar el contenido de distintas sentencias de los Tribunales de Justicia, así como de diversos pronunciamientos de los Órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, concluye que es unánime y reiterada la doctrina que considera que la contaminación de los sobres no debe concebirse como un criterio absoluto que determine la exclusión automática de todo licitador que indebidamente incluya documentación en un sobre distinto. Por el contrario, continúa la recurrente, debe analizarse cada caso atendiendo a las particulares circunstancias para poder concluir si se ha comprometido, o no, la objetividad en la evaluación de los criterios de adjudicación. Conclusión que ha de estar precedida de una evaluación de la información desvelada y su impacto en el conocimiento anticipado de la oferta, o bien si la inclusión de información a destiempo ha sido propiciada por el propio tenor de los pliegos, lo que ha de motivar la improcedencia de la exclusión del licitador.

Afirma que en el presente asunto no se ha llevado a cabo el análisis previo en cuanto a si la información aportada, relativa al tiempo de hemostasia y al tiempo de absorción, incidía, o no, en la objetividad de la valoración de la oferta, y que por el contrario se procedió a la exclusión automática sin justificación alguna.

(ii) Que la forma en que se han configurado en los pliegos la valoración de los dos criterios de adjudicación automáticos -3. Tiempo de hemostasia/Sellado, y 4. Tiempo de absorción-, impide conocer previamente el impacto de los tiempos declarados en la oferta final. Y ello porque para atribuir la puntuación mediante la fórmula establecida se necesita conocer los tiempos de hemostasia/sellado y de absorción ofertado por todos los licitadores.

(iii) Alega que los criterios automáticos, 3. Tiempo de hemostasia/sellado y 4. Tiempo de absorción, se valoran en función de los datos que constan principalmente en las fichas técnicas de los distintos licitadores, las cuales se encuentran disponibles para su consulta en internet, por lo que no afecta a la valoración el hecho de que se incluya en el sobre 2 algún dato relativo a estos tiempos.

B. La segunda de las pretensiones que el recurso contiene se formula en los siguientes términos: *« Que una vez admitida nuevamente mi representada a la licitación conforme a lo solicitado anteriormente, se proceda a realizar una nueva valoración de los criterios de adjudicación de los lotes 29 y 30 en los términos indicados en el Fundamento de Derecho II, y no se tengan en cuenta los informes de valoración emitidos antes de la exclusión de mi representada, al no ajustarse los mismo a derecho y ser arbitrarios.».*

La recurrente manifiesta su discrepancia con las valoraciones dadas a las distintas ofertas, en la aplicación de los criterios de adjudicación, que a su juicio es contraria a Derecho por haber incurrido en diversos errores y arbitrariedades que, en síntesis, afectan a las ofertas presentadas a los lotes 29 y 30 por la recurrente y por la licitadora BAXTER.

(i) Criterio de adjudicación no automático relativo a la seguridad de los resultados. Máximo 20 puntos.

Afirma que el informe de valoración de las ofertas de fecha 5 de junio de 2023 otorgó en este criterio la máxima puntuación de 20 puntos, en los lotes 29 y 30, tanto a la oferta recurrente como a la de la licitadora BAXTER.



La recurrente se opone a la valoración dada al producto ofertado por BAXTER, argumentado que *«debería haber obtenido una menor puntuación ya que está reportado y acreditado en la literatura que su producto deja almidón cristalizado de partida como residuo en el lecho quirúrgico, y también que la literatura reporta casos de inflamación y fiebre atribuibles a la aplicación del Perclot»*. En síntesis, aduce que la puntuación dada a la oferta de BAXTER está justificada en torno a parámetros de usabilidad, más propios del otro criterio subjetivo relativo a la facilidad de uso, y no desde la perspectiva de seguridad de uso del hemostático para el paciente, que es lo que ha de valorarse en este criterio. Por lo que la puntuación otorgada en este criterio a los lotes 29 y 30 de la oferta de BAXTER es arbitraria y no se ajusta a lo establecido en el criterio.

Como acreditación de lo expuesto la recurrente refiere y aporta diversa documentación y estudios sobre aspectos técnicos de los productos ofertados, relativos a la caracterización de la cristalinidad de productos hemostáticos de almidón y estudio prospectivo aleatorizado que evalúa los efectos de la aplicación del Perclot en pacientes con alto riesgo de hemorragia sometidos a implantación de dispositivos de ritmo cardíaco

(ii) Criterio de adjudicación no automático relativo a la manejabilidad del producto. Máximo 8 puntos.

En este criterio, manifiesta la recurrente, el informe de valoración otorgó cero puntos a la oferta de la recurrente, a los lotes 29 y 30, y 8 puntos a la oferta de BAXTER. La justificación contenida en el informe hace referencia a que el Perclot es fácil de utilizar y permite una aplicación con proximidad del producto. La recurrente se opone a la valoración dada en el informe y argumenta que el producto por ella ofertado, denominado Arista, se puede aplicar de la misma manera mediante el aplicador integrado en el producto o los aplicadores laparoscópicos disponibles.

Afirma que: *«Todos los hemostáticos en este caso deberían obtener, si no la máxima puntuación, una muy similar. Otorgar 0 puntos a un producto licitado implica considerar que no es manejable, que no se puede utilizar.»*

Por lo expuesto concluye que la diferencia de puntuación otorgada a ambos productos (Arista y Perclot) carece de justificación alguna y es arbitraria.

(iii) Criterio de adjudicación automático relativo al tiempo de hemostasia/sellado. Máximo 18 puntos.

El informe de valoración de las ofertas, según dice la recurrente, otorgó en este criterio 7,2 puntos a su oferta y 15,72 puntos a la oferta de la licitadora BAXTER.

La recurrente se opone a la valoración argumentando que: *«mi representada debería haber obtenido la puntuación máxima ya que es el producto que tiene el menor tiempo necesario para conseguir el efecto clínico de hemostasia/sellado. Y en ningún caso debería ser inferior a la puntuación obtenida por Baxter.»*. Al efecto reproduce los datos de estudios relativos a los tiempos de hemostasia del producto Arista, que se adjuntan al escrito de recurso.

(iv) Criterio de adjudicación automático relativo al tiempo de absorción. Máximo 10 puntos.

El informe de valoración de las ofertas otorgó en este criterio la máxima puntuación de 10 puntos, en los lotes 29 y 30, tanto a la oferta recurrente como a la de la licitadora BAXTER. Discrepa la recurrente igualmente con las puntuaciones otorgadas a este criterio, afirmando que el tiempo de absorción del producto que ofertó *«es claramente inferior al de Baxter, por lo que es manifiesto que el producto de Baxter debió obtener una menor puntuación»*. Desarrolla tal afirmación con diferentes explicaciones relativas a las instrucciones de ambos productos, Perclot y Aristas, y tras su exposición concluye que *«según las propias instrucciones de uso de los*



*productos, hay una gran diferencia en cuanto al tiempo de absorción a favor de Arista (un 50%), por lo que es manifiesto que se debe reducir la puntuación de Baxter.».*

C. En tercer lugar, y con carácter subsidiario, la recurrente solicita que se declare la nulidad del procedimiento de licitación.

La recurrente defiende que el órgano de contratación infringió las normas de contratación pública al retrotraer las actuaciones al momento de apertura del sobre electrónico nº2, una vez que había procedido a la apertura y valoración del sobre electrónico nº3. Considera que tal actuación vulnera la objetividad y la independencia en la valoración de las ofertas, así como el principio de igualdad entre licitadores.

Relata las incidencias acontecidas en la presente licitación, en la que, con ocasión de la petición de un licitador excluido, la mesa de contratación acordó revisar la documentación aportada por todos los licitadores en el sobre nº 2. Dice la recurrente que, en el presente caso, *«aunque es cierto que no se ha valorado nuevamente el sobre 2 tras la apertura del sobre 3, sí se ha revisado la documentación de dicho Sobre 2 conociendo las puntuaciones, tanto del Sobre 2 como del Sobre 3. Además, esa revisión se produce por un escrito de un licitador excluido que pide que se valore una documentación que aportó en un sobre equivocado. Y se revisa ese Sobre 2 para decidir la exclusión de ofertas (se excluyeron ni más ni menos que 60 ofertas) conociendo las puntuaciones y valoraciones (de hecho, ya se había dictado la propuesta de resolución tres meses antes de esta revisión) todo lo cual pone en duda la objetividad, imparcialidad e independencia que deben presidir estas actuaciones, vulnerando además el principio de igualdad, por lo que debe anularse todo el procedimiento de licitación.»*

Cita diversa resoluciones de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, para apoyar su afirmación sobre que *«el orden en la apertura de los sobres se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.»*

Tras lo expuesto solicita la anulación de la licitación dado que, a su juicio, *«resulta evidente que el hecho de retrotraer las actuaciones y revisar el informe de 5 de junio de 2023 es del todo irregular e improcedente en cuanto se procede a excluir a una serie de licitadoras una vez conocidos datos de sus ofertas económicas.*

*Y así, tanto el Comité técnico como la Mesa de Contratación, al conocer la puntuación del Sobre 3, ha podido verse condicionada en la revisión del Sobre 2, lo cual vulnera los principios de imparcialidad y de igualdad de los licitadores y debe conllevar necesariamente la nulidad del expediente de licitación 4007/2022.».*

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone y solicita la desestimación del recurso, adjuntando al efecto informe de alegaciones suscrito por la jefa de sección. De ambos escritos se extraen las siguientes alegaciones frente a cada una de las pretensiones que el escrito impugnatorio contiene.

a) Sobre pretensión de anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente a los lotes 29 y 30, el órgano de contratación considera que es conforme a derecho el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación, pues la propia recurrente propició *“el conocimiento anticipado por parte del órgano evaluador de datos que debían haber permanecido secretos, introduciendo en el sobre número 2 información que debía ser objeto de valoración en el sobre número 3, teniendo en cuenta lo establecido en los pliegos que rigen la contratación y las aclaraciones publicadas por el órgano de contratación de carácter vinculante publicadas en el perfil del contratantes ante la consultas planteadas por los licitadores interesados en la licitación”.*



Afirma que de admitirse la tesis de la recurrente *“la objetividad e imparcialidad de la valoración de las ofertas, cuestión trascendental donde las haya para definir cuál es la mejor, quedaría siempre subordinada al albur del licitador que a su capricho decidiera qué introducir en los sobres, ignorándose así el sistema garantista diseñado por el legislador en aras a preservar la igualdad”*.

b) Frente a las discrepancias de la recurrente con las valoraciones dadas a las distintas ofertas, en la aplicación de los criterios de adjudicación, el órgano de contratación esgrime los siguientes argumentos. En primer lugar y en cuanto a los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, la recurrente reproduce parcialmente el contenido de la Resolución de este Tribunal 89/2019, de 21 de marzo, en la que se recoge la doctrina sobre la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores y la presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, cuyo criterio debe ser respetado salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Y tras la exposición de la misma reivindica su aplicación al presente asunto argumentando que la recurrente impugna la valoración contenida en el informe de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, de 21 de marzo de 2023, aduciendo que este tipo de criterios son *“por definición, no exactos, pues introducen en la valoración un margen de discrecionalidad técnica inherente a su tratamiento que ha de ser aceptado, y que no equivale a decisiones arbitrarias del equipo de técnicos que han realizado la valoración y que están sometidos, como su nombre indica, a un juicio que puede variar entre individuos. En cada uno de los apartados que componen el informe se usa una valoración consensuada para cada criterio a valorar. En consecuencia, no hay arbitrariedad alguna, ni error manifiesto, ni falta de justificación.”*.

En segundo lugar, y respecto a los criterios de adjudicación carácter automáticos, el órgano de contratación dice que este tipo de criterio consiste en aplicar una fórmula, pese a lo cual *“la recurrente pretende ignorar, esgrimiendo alegaciones sobre la valoración realizada como si de un criterio de adjudicación sometido a juicio de valor se tratara, cuando no es este su carácter, siendo que podía haber impugnado los pliegos, que dado que no lo han sido han devenido firmes.”*

Tras lo expuesto concluye que: *“este órgano de contratación considera que ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad, con un informe técnico de criterios no automáticos ajustado a los requerimientos del Pliego y una valoración de los criterios de adjudicación automáticos conforme a lo indicado en los pliegos y por ello, entendemos que la actuación de la Mesa de Contratación y del órgano de contratación, no siendo admisibles las alegaciones de la recurrente procediendo la desestimación de recurso interpuesto.”*

c) En cuanto a la pretensión de nulidad del procedimiento formulada con carácter subsidiario por la recurrente, el órgano de contratación considera que *«no se ha procedido una nueva valoración de las ofertas sino a la corrección del informe emitido con fecha de 21 de marzo de 2023, exclusivamente en relación a la exclusión de las ofertas en las que se comprueba que en el sobre 2 se incluyen por parte de personas licitadoras documentación o información que debía ser objeto de valoración en el sobre 3, por lo que en ningún momento se ha comprometido la objetividad de la valoración y precisamente se ha realizado para no vulnerar el principio de igualdad de trato entre licitadores.»*

### 3. Alegaciones de las entidades interesadas.

La licitadora B. BRAUN SURGICAL S.A se adhiere a las alegaciones formuladas por la recurrente, esgrimiendo al efecto argumentos similares a los invocados en el escrito de recurso y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

Por último, la mercantil BAXTER S.L., adjudicataria de los lotes 29 y 30, solicita asimismo la desestimación del recurso y se opone al mismo en los términos reflejados en su escrito de alegaciones que consta, igualmente, en las actuaciones del procedimiento de recurso. En síntesis, las alegaciones formuladas se centran en los siguientes



argumentos: (i) los criterios de adjudicación y la forma de presentación de las ofertas estaban definidos previamente en los pliegos, y además, se publicó una aclaración en el perfil del contratante al respecto; (ii) defiende la valoración de las ofertas, en aplicación de los diferentes criterios de adjudicación, realizada por el informe de valoración y que fue ratificado por la mesa de contratación; (iii) afirma que los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los elaboran, considerando de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica con referencia expresa de diversas resoluciones de los Órganos de resolución de recursos contractuales.

## **SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.**

### **1. Sobre la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de adjudicación, respecto a los lotes 29 y 30 del acuerdo marco.**

En base al principio de congruencia al que está sujeto este Tribunal y conforme al carácter otorgado en el recurso, como principal o subsidiaria, a las distintas pretensiones formuladas, la primera de las controversias que el recurso plantea se centra en discernir si la incorporación en el sobre 2, de determinada información del producto ofertado a los lotes 29 y 30 del acuerdo marco, relativa a aspectos valorables mediante criterios de adjudicación automáticos, ha vulnerado, o no, los principios de objetividad e imparcialidad informadores del procedimiento de licitación. La respuesta a la cuestión anterior permitirá determinar sobre la procedencia, o no, del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación.

Con carácter previo, y para una mejor comprensión del presente asunto, procede traer a colación las siguientes actuaciones llevadas a cabo durante su tramitación del expediente y que se deducen de la documentación obrante en el expediente remitido a este Tribunal.

La mesa de contratación, en sesión celebrada en fecha 28 de julio de 2023, tras tener conocimiento de los informes de valoración de las ofertas aprobó el informe del comité técnico y acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del acuerdo marco con relación expresa de los distintos licitadores propuestos para cada uno de los lotes, y entre los que consta la entidad recurrente como adjudicataria propuesta a los lotes 29 y 30. Asimismo, la mesa en el curso de la referida sesión acuerda que se solicite a las empresas propuestas como adjudicatarias la documentación acreditativa de su capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar, de conformidad con lo establecido en el PCAP que rige la licitación.

Con fecha 23 de octubre de 2023 se celebra sesión de la mesa de contratación, que tenía por objeto conocer el escrito presentado por un licitador contra su exclusión del procedimiento, motivada por no aportar la documentación técnica para la correcta valoración de los criterios de adjudicación sometidos a fórmula lo que provocó que no superase el umbral mínimo de puntuación necesario. El licitador excluido alegaba que la documentación necesaria para valorar estos criterios estaba aportada en el sobre 2. El pronunciamiento de la mesa sobre la cuestión queda recogido en el acta de la sesión en los siguientes términos: *«En el caso que nos ocupa, esta cuestión ya se había planteado en el plazo de presentación de ofertas, siendo objeto de respuesta que fue publicada en el perfil del contratante el 18 de enero de 2023:*

*“Consulta: Preguntan si la información a valorar en el sobre 3 puede estar en la documentación presentada en el sobre 2 y si esta circunstancia es motivo de exclusión, ya que consta en pliegos que deberá aportar la ficha técnica o documentación acreditativa de las características técnicas del producto que se oferta, así como aquellos datos que sirvan para una mejor comprensión de las características técnicas de calidad, así como la muestra, tanto en criterios automáticos como no automáticos.*



Respuesta: Según se indica en el Anexo 2 al CR: "CRITERIOS AUTOMÁTICOS Y NO AUTOMÁTICOS TÉCNICO-FUNCIONALES:

*Criterios técnico-funcionales relativos a los diferentes aspectos que integran la calidad de los productos ofertados y cuya valoración con carácter general se efectuará sobre la base de la documentación técnica y las muestras aportadas por los licitadores."*

*Los aspectos a valorar con unos criterios u otros son diferentes, y la documentación a aportar para la valoración de los mismos deberá ser asimismo de forma diferente. Como se indica en el Anexo 2 al CR, tanto los criterios automáticos como los no automáticos se valoran a partir de la muestra y de la documentación técnica que el proveedor considere pueda ser de utilidad para la misma, sea la ficha técnica o no.*

*Cuando el licitador considere pertinente presentar en el sobre 2 documentación técnica o fichas técnicas, deberá censurar aquella parte de la misma que vaya a ser objeto de valoración en el sobre 3."*

*Dicha argumentación lleva a la Mesa a solicitar a la Jefa de la Sección de Catálogo y Banco, presente en esta reunión de la mesa, la revisión del informe de los criterios no automáticos y a comprobar que en el sobre 2 no se incluyera por esta ni por ninguna otra empresa documentación o información que debía ser objeto de valoración en el sobre 3, lo que conllevaría la exclusión del procedimiento, rectificando en su caso, el informe realizado.».*

La mesa de contratación en su sesión 8 de noviembre de 2023 analiza y asume el contenido del informe de revisión de las ofertas, de 3 de noviembre de 2023, solicitado en la sesión anterior, en el que se propone la exclusión de todas las ofertas, que, a juicio de la técnica informante, incluyeron en el sobre 2 documentación o información reservada al sobre 3. En este punto el acta de la mesa relaciona en un cuadro la identificación por lotes de las empresas cuya exclusión propone la técnica, y así respecto a los lotes 29 y 30, objeto del presente recurso, consta la siguiente información:

LOTE	EMPRESA OFERTANTE
29	BECTON DICKINSON S.A
29	DGM VASCULAR S.L
29	PRODUCTOS ESPECIALES NEOMEDIC INTERNACIONAL S.L
29	PRÓTESIS HOSPITALARIAS, S.A
30	BECTON DICKINSON S.A
30	DGM VASCULAR S.L
30	PRODUCTOS ESPECIALES NEOMEDIC INTERNACIONAL S.L
30	PRÓTESIS HOSPITALARIAS, S.A

Por otro lado, y analizado el contenido completo del informe técnico, de 3 de noviembre de 2023, en el que la mesa funda su acuerdo de exclusión, se obtiene la siguiente información respecto a las ofertas presentadas por la recurrente:

Respecto al lote 29 el informe indica: «Se propone para su exclusión: Indica la información relativa a los parámetros valorables de los criterios automáticos "Tiempo de hemostasia y absorción" en el sobre 2 sin censurar. Hemostasia: 5 minutos. Absorción: 24-48 horas».

Respecto al lote 30, el informe señala: «Se propone para su exclusión: Indica la información relativa a los parámetros valorables de los criterios automáticos "Tiempo de hemostasia y absorción" en el sobre 2 sin censurar. Hemostasia: 5 minutos. Absorción: 24-48 horas».



Finalmente, con fecha 17 de enero de 2024, se notifica a todos los licitadores y se publica en el perfil del contratante de la Junta de Andalucía, la resolución, de 8 de enero de 2024, de adjudicación del acuerdo marco.

Como anteriormente se expuso, la recurrente se alza contra la exclusión de su oferta, solicitando la anulación de la misma respecto de ambos lotes, y esgrimiendo en síntesis los siguientes motivos: (i) la exclusión fue acordada automáticamente sin un previo análisis de proporcionalidad; (ii) la configuración de los criterios de valoración automática en el PCAP impide conocer la puntuación final de los mismos hasta la apertura de todas las ofertas; (iii) la información introducida en el sobre 2 no vulnera el secreto de la oferta, al encontrarse publicada en internet.

Sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, tiene este Tribunal una doctrina muy consolidada. Así cabe destacar, entre las más recientes, las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo.

Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que *«En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*

*La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.».*

Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público establece que *«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.»* y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que *«En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.».*

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas.

Así pues, el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras a hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

En este sentido, lo relevante es que se haya anticipado información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.



En este sentido, el contenido de los pliegos sí es explícito, en cuanto a los documentos e información que debe aportar la licitadora como oferta, así como el archivo en el que debe introducirlos, y las consecuencias de no respetar las normas de presentación, teniendo en cuenta el artículo 139.2 LCSP, que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las mismas.

La recurrente esgrime como primer motivo de recurso frente a la exclusión de su oferta, que el acuerdo de exclusión vulneró el principio de proporcionalidad, al no atender a las concretas circunstancias y relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas.

El principio de proporcionalidad respecto al secreto de la oferta es una cuestión sobre la que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la Resolución 324/2022, de 20 de junio, citada expresamente por la recurrente, y en la que decíamos:

*«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación. En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria.*

(...)

*La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.*

*Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de*



proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo.»

Al respecto, el Anexo II del PCAP, “Criterios de adjudicación”, dispone:

«Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la mejor oferta en relación con la calidad y el precio de cada lote se atenderá a los siguientes criterios vinculados directamente con el objeto del acuerdo marco y ordenados en la siguiente tabla en orden decreciente de ponderación:

<b>CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN</b>	<b>TIPO</b>	<b>PONDERACIÓN</b>
1 Oferta económica	AUTOMÁTICO	40
2 Seguridad de los resultados	NO AUTOMÁTICO	20
3 Tiempo de hemostasia/sellado	AUTOMÁTICO	18
4 Tiempo de absorción	AUTOMÁTICO	10
5 Manejabilidad del producto	NO AUTOMÁTICO	8
6 Manejabilidad del producto	NO AUTOMÁTICO	4
UMBRAL MÍNIMO CRITERIOS CALIDAD (criterios del 2 al 6)		30

#### CRITERIOS AUTOMÁTICOS.

**1. Oferta Económica.**

Menor precio: 40 puntos.(...)

#### CRITERIOS AUTOMÁTICOS Y NO AUTOMÁTICOS TÉCNICO FUNCIONALES

Criterios técnico-funcionales relativos a los diferentes aspectos que integran la calidad de los productos ofertados y cuya valoración con carácter general se efectuará sobre la base de la documentación técnica y las muestras aportadas por los licitadores.

**2. La seguridad de los resultados: Máximo 20 puntos. (...)**

**3. Tiempo de hemostasia/sellado: Máximo 18 puntos.**

Se valorará el menor tiempo necesario para conseguir el efecto clínico de hemostasia o sellado. Se asignará la máxima puntuación, 18 puntos, a la oferta cuyo tiempo de hemostasia/sellado sea el menor de los ofertados. Considerando esta la mejor oferta se puntuará de forma proporcional al resto de ofertas.

Puntuación resto de ofertas: (Tiempo de hemostasia más baja/ Tiempo de hemostasia a valorar)\*18

Para la evaluación de este criterio, la persona licitadora deberá aportar la ficha técnica o documentación acreditativa de las características técnicas del producto que se oferta, así como aquellos datos que sirvan para una mejor comprensión de la característica a evaluar, además de la muestra.

**4. Tiempo de absorción: Máximo 10 puntos.**

Se valorará el menor tiempo de biodegradación del producto. Se asignará la máxima puntuación, 10 puntos, a la oferta cuyo tiempo de absorción sea el menor de los ofertados. Considerando esta la mejor oferta se puntuará de forma proporcional al resto de ofertas.

Puntuación de resto de ofertas: (Tiempo de absorción más bajo/ Tiempo de absorción a valorar)\*10

Para la evaluación de este criterio, la persona licitadora deberá aportar la ficha técnica o documentación acreditativa de las características técnicas del producto que se oferta, así como aquellos datos que sirvan para una mejor comprensión de la característica a evaluar, además de la muestra.»

**5. Manejabilidad del producto relacionado con su propio uso y compatibilidad con otros productos: Máximo 8 puntos. (...)**

**6. La facilidad en la apertura del envase: Máximo 4 puntos.**

UMBRAL MINIMO REFERIDO A CRITERIOS DE CALIDAD



*El umbral mínimo de puntuación que deberán alcanzar las ofertas en cada lote respecto a los criterios de calidad (criterios del 2 al 6) es de 30 puntos (equivalente al 50% de los mismos), de forma que quedarán excluidas las ofertas técnicas de las empresas que no alcancen dicho umbral mínimo de puntuación para cada uno de los lotes.»*

Por su parte el clausulado del PCAP dispone lo siguiente en la cláusula 6.4 del PCAP:

*«6.4 .DOCUMENTACIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA (SOBRES ELECTRÓNICOS N° 2 y 3):*

*Quando se establezcan criterios de valoración evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, así como criterios evaluables mediante un juicio de valor, la documentación técnica se presentará de modo que los aspectos de la misma que permitan su valoración conforme a criterios de evaluación automática figuren de modo separado a aquellos otros que deban ser valorados conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor. En tal caso, se presentarán dos sobres electrónicos, el sobre electrónico n° 2: “Documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática.” y el sobre electrónico n° 3: “Documentación económica y documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática.”.*

*6.4.1.- Documentación técnica para su valoración conforme a criterios no automáticos (sobre electrónico n° 2):*

*Contendrá los documentos donde se reflejen las características técnicas de la oferta de la persona licitadora, en relación con la realización del suministro objeto de licitación y lo previsto en este Pliego, sus Anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas. En concreto incluirá catálogos, informes de productos y cualquier otra información que la persona licitadora estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta, así como las características técnicas, en su caso, de las variantes que, conforme a lo previsto en el apartado 6 del cuadro resumen, y el PPT, considere más convenientes para la Administración.*

*Asimismo, se deberá tener en cuenta lo establecido en la cláusula 6.4 del presente pliego, en cuanto a la inclusión en sobres separados de la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática y de aquella documentación técnica susceptible de valoración conforme a criterios de evaluación no automática.*

*El índice y resumen de la documentación relativa a la oferta técnica se elaborará según el modelo anexo VIA, para los criterios de valoración no automáticos, y se incluirá en este sobre electrónico n° 2.*

*Documentación económica y documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática (sobre electrónico n° 3):*

*Contendrá la proposición económica, debidamente firmada y fechada, que se ajustará en sus términos al modelo que figura como anexo VII, suministros por precios unitarios.*

*(...)*

*Asimismo, contendrá toda la documentación técnica que deba ser valorada mediante criterios de evaluación automáticos.*

*El índice y resumen de la documentación relativa a la oferta técnica para los criterios de valoración automática se elaborará según el modelo Anexo VI-B.*

Por último, se ha de señalar que el Anexo VI-A del PCAP se denomina “Oferta técnica criterios no automáticos” y el Anexo VI-B del PCAP se denomina “Oferta técnica criterios automáticos”.



Pues bien, analizada la documentación presentada por la recurrente en el sobre 2, se ha podido comprobar que en las páginas 7 y siguientes del lote 29, consta la siguiente información:

«3. Tiempo de hemostasia / sellado: Máximo 18 puntos

*La eficacia de Arista AH fue testada en un estudio clínico multicéntrico, prospectivo, aleatorizado y de no inferioridad en 291 pacientes que eran sometidos a distintos tipos de cirugía en las que la aplicación de algún producto hemostático podría ser requerido durante la cirugía y se comparaba con una esponja de gel.*

*El objetivo primario del estudio era la obtención de una hemostasia completa en la primera aplicación del producto, en una lesión determinada, antes de transcurridos 5 minutos de la aplicación del producto (3 minutos para los procedimientos cardiacos) y se consiguió, en el caso de Arista AH en el 90,3% de los casos comparado con el 80,4% obtenido en el grupo control. (tabla 3) (...)*”

Se incluye Tabla 3: Hemostasia en la primera lesión tratada antes de transcurridos 5 minutos de la aplicación del producto (3 min para procedimientos cardiacos).

*“Además, en los pacientes tratados con Arista AH se consiguió alcanzar la hemostasia en la primera aplicación, antes de 1 minuto en el 50,3% de los casos, comparado con el 32,9% obtenido en el grupo control.”*

Se incluye tabla en la que se refleja el porcentaje de casos reflejando el tiempo para conseguir la hemostasia.

«4. Tiempo de absorción: Máximo 10 puntos

*Arista AH es un polisacárido que se obtiene a partir de almidón de gran pureza, 100% de origen vegetal, y, por lo tanto, no contiene componentes animales ni humanos. Arista AH es un polvo blanco, fino, seco y esterilizado que es biocompatible y apirógeno, y se absorbe normalmente en un periodo de 24 a 48 horas al ser completamente metabolizado por las enzimas  $\alpha$ -amilasas presentes en el cuerpo humano (Figura 4).*

*Arista AH, a diferencia de otros hemostáticos en polvo ha demostrado no dejar residuos de almidón de partida cristalizado, al ser expuesto a una concentración determinada de enzimas  $\alpha$ -amilasas, evitando, por tanto, causar la aparición de granuloma en las heridas quirúrgicas.».*

Se incluyen diversas fotografías respecto a la presencia de cristales tras someter el producto a hemostáticos.

En cuanto a la documentación presentada en el sobre 2 al lote 30, la información introducida es muy similar. Así en la página 7 y siguientes consta la siguiente información:

«3. Tiempo de hemostasia / sellado: Máximo 18 puntos

*La eficacia de Arista AH fue testada en un estudio clínico multicéntrico, prospectivo, aleatorizado y de no inferioridad en 291 pacientes que eran sometidos a distintos tipos de cirugía en las que la aplicación de algún producto hemostático podría ser requerido durante la cirugía y se comparaba con una esponja de gel.*

*El objetivo primario del estudio era la obtención de una hemostasia completa en la primera aplicación del producto, en una lesión determinada, antes de transcurridos 5 minutos de la aplicación del producto (3 minutos para los procedimientos cardiacos) y se consiguió, en el caso de Arista AH en el 90,3% de los casos comparado con el 80,4% obtenido en el grupo control.»*



Se incluye tabla titulada: “*Hemostasia en la primera lesión tratada antes de transcurridos 5 minutos de la aplicación del producto (3 min para procedimientos cardiacos)*”.

«Además, en los pacientes tratados con Arista AH se consiguió alcanzar la hemostasia en la primera aplicación, antes de 1 minuto en el 50,3% de los casos, comparado con el 32,9% obtenido en el grupo control».

(sobre los dos párrafos anteriores, parece salvo el inicio del primer párrafo todo lo demás lo dice la oferta pero una parte esta con comillas “” y la otra con «», comprobar)

Se incluye tabla denominada “*Porcentaje de casos reflejando el tiempo para conseguir la hemostasia*”.

«4. *Tiempo de absorción: Máximo 10 puntos*

*Arista AH es un polisacárido que se obtiene a partir de almidón de gran pureza, 100% de origen vegetal, y, por lo tanto, no contiene componentes animales ni humanos. Arista AH es un polvo blanco, fino, seco y esterilizado que es biocompatible y apirógeno, y se absorbe normalmente en un periodo de 24 a 48 horas al ser completamente metabolizado por las enzimas  $\alpha$ -amilasas presentes en el cuerpo humano.*

*Arista AH, a diferencia de otros hemostáticos en polvo ha demostrado no dejar residuos de almidón de partida cristalizado, al ser expuesto a una concentración determinada de enzimas  $\alpha$ -amilasas, evitando, por tanto, causar la aparición de granuloma en las heridas quirúrgicas.»*

Se incluyen diversas fotografías respecto a la presencia de cristales tras someter el producto a hemostáticos.

En primer lugar, se ha de recordar el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone “1. *Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...)*”. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son “*lex inter-partes*” o “*lex contractus*” y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

Pues bien del contenido de la oferta de la recurrente se deduce, la infracción de lo señalado clara y reiteradamente en el PCAP respecto a la documentación a aportar en los sobres 2 y 3 y sobre que la documentación técnica se presentará “*de modo que los aspectos de la misma que permitan su valoración conforme a criterios de evaluación automática figuren de modo separado a aquellos otros que deban ser valorados conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor*”; y ello dado que la recurrente introdujo la totalidad de su proposición respecto a los criterios de valoración automática denominados “*Tiempos de hemostasia/sellado*” y “*Tiempos de absorción*”, del lote 29 y 30, en el sobre 2, de hecho dicha documentación no fue aportada en el sobre 3, que era la prevista para ello conforme al PCAP.

Por tanto, no se trata de que en el sobre 2 se haya desvelado alguna información correspondiente al sobre 3, sino que la documentación presentada en el sobre 2, con expresa mención del nombre de cada uno de los dos criterios de adjudicación automática, contenía una detallada exposición de las cualidades técnicas del producto cuya valoración se pretendía. Ello supone una clara vulneración no sólo de las previsiones del PCAP sino también de lo dispuesto en el artículo 146.2b) y 157 de la LCSP, con la consiguiente ruptura para los demás licitadores de los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato a las partes.

Sin que tal conclusión puede verse desvirtuada porque en la obtención de la concreta puntuación final intermedia la aplicación de una fórmula, ni tampoco por el hecho de que la información del producto ofertado se



encuentre publicada en internet, dado que la valoración de la oferta dada por la mesa se circunscribe a la información sobre el producto obrante en el expediente y alegada por las licitadoras.

Por lo que no es posible, en el presente caso, poder estimar que la contaminación pueda ser considerada irrelevante y asegurar, como pretende la recurrente, que el adelanto de la información no ha podido influir en la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor. Por ello y teniendo en cuenta la entidad de la información contenida en el sobre 2, que afectaba a la integridad de la documentación ofertada para ambos criterios y en ambos lotes, el juicio emitido por la mesa de contratación al considerar que se ha producido contaminación de la oferta no ha vulnerado el principio de proporcionalidad, cuya aplicación reivindica la recurrente.

Procede, pues, desestimar la primera de las pretensiones que el recurso contiene relativa a la anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente respecto a los lotes 29 y 30.

## **2. Sobre la legitimación de la recurrente respecto al resto de pretensiones formuladas en el recurso.**

Desestimada la pretensión contra el acuerdo de exclusión se hace necesario analizar, con carácter previo, la legitimación de la recurrente respecto de las otras dos pretensiones del recurso relativas, por un lado, a la valoración de los criterios de adjudicación, y por otro y con carácter subsidiario, a la nulidad del procedimiento de adjudicación.

Para ello, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, que dispone *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).”*

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre y 25/2020, de 30 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, 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, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente acuerdo marco respecto de los lotes impugnados. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión de los mismos por falta de legitimación de aquella.

Pues bien, la mercantil B.D. mediante el segundo motivo de su recurso pretende una mejor valoración de su oferta a los lotes 29 y 30 del acuerdo marco. En concreto manifiesta su discrepancia con las puntuaciones dadas a las ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación, y considera que se ha incurrido en diversos errores y arbitrariedades que, afectan a las ofertas presentadas a los lotes 29 y 30 por la recurrente y por la licitadora BAXTER.



Como tercer motivo de recurso, y con carácter subsidiario, la recurrente solicita que se declare la nulidad del procedimiento de licitación.

Pero lo cierto es que, en el presente asunto, tal como se confirma tras la desestimación del anterior motivo del recurso, la recurrente ha resultado excluida del procedimiento de licitación de los lotes 29 y 30 del acuerdo marco, por lo que las restantes pretensiones que el recurso contiene, frente a la valoración de las ofertas y, con carácter subsidiario, sobre la nulidad del procedimiento, en caso de prosperar, nunca acarrearían la adjudicación del contrato a favor de la recurrente. Ello determina la falta de legitimación sobrevenida de la mercantil BD para impugnar la adjudicación del acuerdo marco.

En tal sentido ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal, entre otras, en la Resolución 562/2021, de 30 de diciembre, en la que haciendo referencia al pronunciamiento recogido en la Resolución 149/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se decía: *«Además de la consideración y regla general expuesta se hace preciso analizar si efectivamente, la eventual estimación del presente recurso reportaría a SLI alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta, y que por tal razón le confiriera encontrarse legitimado para recurrir. Y es en este punto donde debemos llegar a la conclusión de que la resolución de este recurso, en caso de ser estimatoria, nunca le podría reportar un beneficio cierto a la recurrente, pues ninguna ventaja patrimonial o de otro tipo le correspondería, ya que la anulación del acuerdo de adjudicación en favor de INDRA, unido a la exclusión ya acordada de las otras dos licitadoras que resultaron invitadas, determinaría que el procedimiento de adjudicación se declarase desierto, y con ello se pudiese volver a producir una licitación nueva en idénticos términos de la que pudiera ser licitadora. Y a tal respecto, dado que la legislación de contratos estatal no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos que el anterior, ni siquiera a convocarlo, toda vez que la entidad u órgano convocante puede acudir a otros medios distintos del contrato para prestar el servicio, o acudir a un contrato de distintas características del convocado, la recurrente no obtendría por la declaración de quedar desierto el presente procedimiento de adjudicación, un derecho a que se convocase otro procedimiento en términos iguales al declarado desierto. Por ello, de la anulación de la resolución recurrida el recurrente no obtendría una ventaja adicional a la de cualquier otro ciudadano interesado en concurrir a una eventual licitación, lo que no representa un interés más intenso que el que se derivaría de una acción pública, que como hemos afirmado anteriormente no se reconoce en materia de contratación.»*

Asimismo, y como igualmente concluía este Tribunal en la citada Resolución 562/2021, ha de tenerse en cuenta que la falta de legitimación de la entidad excluida del procedimiento de licitación para impugnar la adjudicación del acuerdo marco, no constituye una merma de los principios de tutela judicial efectiva y pro actione. Y ello dado que, en el supuesto de impugnación judicial de la resolución desestimatoria contra la exclusión, la licitadora excluida puede obtener una sentencia favorable a sus intereses que determine, en última instancia, una eventual adjudicación del contrato a su favor. Pero es que, además, la admisión de su legitimación para la impugnación de la adjudicación no va a determinarle ningún beneficio efectivo, como ya se ha señalado con anterioridad, pues una eventual estimación del recurso contra la adjudicación o la nulidad del procedimiento, no le permitirá obtener la adjudicación del contrato al hallarse excluida del procedimiento de licitación.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión respecto al segundo y tercer motivo del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, lo que impide entrar a conocer las cuestiones de fondo en que los mismos se amparan.

Procede, pues, desestimar la primera de las pretensiones, que el recurso contiene, e inadmitir la segunda y la tercera por falta de legitimación.



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 **BECTON DICKINSON S.A** contra la resolución de adjudicación, respecto a los lotes 29 y 30, del «Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material específico de quirófano: hemostáticos y de adhesivos tisulares para los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud» Expediente CONTR 2022 0001159784), convocado por el Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa dependiente de la Consejería de Salud y Consumo, respecto al motivo aducido frente al acuerdo de exclusión e inadmitirlo respecto al resto de motivos esgrimidos.

**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, respecto a los lotes 29 y 30 del acuerdo marco.

**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 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.

