

Recurso 232/2017**Resolución 247/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 16 de noviembre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CAREFUSION IBERIA 308, S.L.** contra la resolución, de 4 de septiembre de 2017, de la Directora Gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de ventilación y monitorización cardio-respiratoria para los centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Granada”, respecto al lote 8 (Expte. 661/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 4 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 18 de abril de 2017, en el Boletín Oficial del Estado



núm. 92.

Con posterioridad, se publicó resolución de corrección de errores en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante el 27 de abril de 2017 y en el Boletín Oficial del Estado el 20 de mayo de 2017. En virtud de la citada resolución se modifica el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, suprimiéndose la agrupación 1 integrada por los lotes 7, 8 y 9, pasando estos a constituir lotes susceptibles de licitación y adjudicación independiente.

El valor estimado del contrato asciende a 279.074,41 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 4 de septiembre de 2017 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 8 se adjudicó a la entidad INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L. (INTERSURGICAL, en adelante)

La citada resolución fue remitida a la ahora recurrente el pasado 13 de septiembre de 2017.

CUARTO. El 4 de octubre de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal



escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CAREFUSION IBERIA 308, S.L. (CAREFUSION, en adelante) contra la adjudicación del lote 8 del contrato.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 5 de octubre de 2017, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, informe sobre el recurso, alegaciones en relación al mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación y listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La petición de documentación hubo de ser reiterada mediante oficio de 17 de octubre de 2017, recibándose la misma en el Registro del Tribunal el pasado 24 de octubre de 2017.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 24 de octubre de 2017, se dio traslado del recurso al único licitador interesado en el procedimiento -INTERSURGICAL- a quien se le concedió un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la citada entidad.

SÉPTIMO. El 24 de octubre de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato respecto al lote 8.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de



2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

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

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

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que aquel resulta procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

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

En el supuesto analizado, el recurso especial se presentó en el Registro del Tribunal el pasado 4 de octubre de 2017, habiendo sido remitida la resolución de adjudicación a la empresa recurrente el 13 de septiembre, por lo que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.



CAREFUSION solicita la anulación de la resolución de adjudicación del contrato respecto del lote 8 y que se acuerde la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas para que el citado lote pueda ser debidamente adjudicado.

La recurrente funda su recurso en el incumplimiento por parte de la oferta adjudicataria de uno de los requisitos técnicos previstos en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) para el producto descrito en el lote 8.

El citado lote se describe en el Anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del modo siguiente: “*Cartucho Cal sodada – Eq. Compatible: ge modelos aespíres 5100, aliseo, avance y aisys*”, siendo su código genérico de centro D95308. Asimismo, el Anexo 2 del PPT lleva por título “Aspectos valoración técnica” estableciendo para el lote 8 lo siguiente:

“INDICACIONES: absorción de CO₂ del aire expirado en los aparatos de anestesia de inhalación con sistema de retorno.

*DESCRIPCIÓN: cartuchos en forma de jarra con gránulos en forma de D con sistema indicador. * Libre de potasio* Gran productividad: 150 L/kg * Escasez e polvo: 0,1 -0,3% * 15% de humedad para la no producción de CO.*

MATERIAL: hidróxido de calcio e hidróxido alcalino en gránulos en forma de D.

ATRIBUTOS Y MEDIDAS:

Envase: garrafa.

Equipo compatible: ge modelos aespíres 5100, aliseo, avance y aisys.

Peso: 0,8 Kgr.

Latex: no.

Presentación: caja de 6 unidades.”

Al lote 8 han concurrido dos ofertas: de CAREFUSION y de INTERSURGICAL, habiendo obtenido ambas la ponderación máxima de 20 puntos en el criterio de



adjudicación evaluación no automática “valoración funcional del producto” descrito en el Anexo C al cuadro resumen del PCAP donde se indica que “Se valorará el tipo y calidad del material de los productos presentados por los licitadores al expediente en relación a los aspectos técnicos de valoración para cada lote señalados en el PPT y documentos anexos, que a todos los efectos tendrán la consideración de requisitos mínimos exigibles”.

CAREFUSION esgrime en su escrito de recurso que la oferta de INTERSURGICAL -adjudicataria del lote- no se ajusta a todos los aspectos técnicos descritos anteriormente; en concreto, no cumple con el requisito relativo a que los gránulos que contenga el cartucho tengan forma de “D”. Por tanto, a su juicio, dicha proposición fue valorada incorrectamente con 20 puntos, debiendo haber obtenido menos y a lo sumo, 18 puntos, lo que habría determinado que su valoración final hubiera sido inferior a la suya.

Alega que el órgano de contratación, a la hora de valorar las ofertas, ha actuado arbitrariamente al margen de lo establecido en los pliegos y que, en cualquier caso, la valoración técnica de la proposición de INTERSURGICAL es errónea porque ninguno de los tipos de gránulos que tiene registrados son en forma de D, y así se infiere del catálogo de aparatos absorbentes de CO₂ de la adjudicataria, al que puede accederse desde su página WEB, donde figuran gránulos en forma de esfera y de hebra pero no en forma de “D”.

En cambio, alega la recurrente que su oferta sí se ajusta al requisito técnico en cuestión, ya que cuenta con gránulos de cal sodada con forma de D, como puede comprobarse en las muestras aportadas y en la ficha técnica del producto ofertado donde se indica expresamente que los gránulos en forma de D permiten una mejor distribución del flujo de gases por toda la capa absorbente y reducen la tendencia del absorbente a aglutinarse, por lo que se obtiene una capacidad de absorción de CO₂ más eficaz.

Con base en lo expuesto, CAREFUSIÓN considera que la resolución impugnada yerra al ratificar el informe técnico y conceder 20 puntos a la oferta de



INTERSURGICAL en el criterio “Valoración funcional del producto”, por lo que debe ser anulada.

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que en el Anexo al cuadro resumen del PCAP se describe el producto como “*Cartucho Cal sodada – Eq. Compatible: ge modelos aespíres 5100, aliseo, avance y aisys*”, y en los mismos términos aparece incluido en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud con el Código Genérico (GC) D95308, no existiendo en el citado Catálogo, dentro de las características y atributos del bien, ninguna referencia a que los gránulos deban tener una forma determinada.

Asimismo, señala que el Anexo 2 del PPT tiene como finalidad ampliar la descripción del GC, que por definición tiene un carácter genérico, sin que pueda contravenir los atributos establecidos en el Catálogo de Bienes y Servicios, y que ante la aparente contradicción entre el citado Anexo del PPT y el Anexo al cuadro resumen del PCAP debe prevalecer este último como indica la cláusula 1.1.5 del PCAP. Por tanto, el órgano de contratación manifiesta que las ofertas al lote 8 se han valorado teniendo en cuenta los requisitos señalados en el PCAP conforme al Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud.

En el informe al recurso también se señala que si, en la valoración de las ofertas, se atendiera a una característica tan específica del producto como es una determinada forma de gránulo, se incurriría en una actitud discriminatoria respecto a determinados productos porque se tendría en cuenta un aspecto que no debe ser objeto de evaluación y ello, por cuanto en el criterio de adjudicación “valoración funcional del producto” se menciona el tipo y calidad del material pero no su forma. Incluso podría llegar a entenderse que el producto de CAREFUSION tampoco tiene forma de D, sino de U, C ó algún símbolo similar dependiendo del ángulo desde el que se mire.

Finalmente, INTERSURGICAL se opone al recurso en su escrito de alegaciones esgrimiendo que la oferta de la recurrente no cumple tampoco el requisito de



forma de D en los gránulos de la cal sodada. Alega que esta forma solo aparece en dibujos de la ficha técnica de CAREFUSION, si bien las fotografías -que coinciden con la muestra- no tienen tal forma. Asimismo, aduce que los gránulos en forma esférica de su oferta aseguran la no creación de canales preferentes por la máxima y regular compactación de la cal, así como la mínima formación de polvo al no tener los gránulos ningún tipo de arista ni borde irregular.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si, en la evaluación de las ofertas al lote 8 con arreglo al criterio “valoración funcional del producto”, la forma en “D” de los gránulos de cal sodada era o no un aspecto susceptible de evaluación.

Ya hemos visto que el Anexo al Cuadro Resumen del PCAP describe el lote 8 como *“Cartucho Cal sodada – Eq. Compatible: ge modelos aespíres 5100, aliseo, avance y aisys”* y que el Anexo 2 del PPT recoge los aspectos de valoración técnica de los distintos lotes señalando, para el lote 8, los gránulos en forma de D tanto en la descripción del producto “cartuchos en forma de jarra con gránulos en forma de D” como en el material “hidróxido de calcio e hidróxido alcalino en gránulos en forma de D”. Asimismo, en el criterio de adjudicación de evaluación no automática “valoración funcional del producto” se indica que *“Se valorará el tipo y calidad del material de los productos presentados por los licitadores al expediente en relación a los aspectos técnicos de valoración para cada lote señalados en el PPT y documentos anexos, que a todos los efectos tendrán la consideración de requisitos mínimos exigibles”*.

A la vista de estas previsiones contenidas en los pliegos resulta claro que en la valoración funcional del producto, como criterio de adjudicación, había que considerar los gránulos en forma de D como aspecto susceptible de evaluación, según el Anexo 2 del PPT. No obstante, el órgano de contratación esgrime que este Anexo del PPT, al hacer referencia a la forma de los gránulos en el lote 8,



puede entrar en contradicción con el Anexo al cuadro resumen del PCAP que describe los atributos del producto conforme a lo previsto en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, Catálogo en el que no se hace mención a la forma que deban tener los gránulos del producto. Por tal razón, dicho órgano afirma que se han valorado las ofertas al lote 8 atendiendo a los requisitos señalados en el Anexo al cuadro resumen del PCAP, pliego este que prevalece sobre el de prescripciones técnicas en caso de discrepancia entre ambos, como prevé la cláusula 1.1.5 del PCAP.

Pues bien, esta alegación del órgano de contratación viene a poner de manifiesto que el Anexo 2 al PPT contiene aspectos sujetos a evaluación que no debían haberse establecido porque van más allá de los atributos definidos para el producto del lote 8 en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud. Ahora bien, ante tal extralimitación del PPT, la opción correcta del órgano de contratación hubiera sido desistirse del procedimiento de adjudicación respecto a dicho lote por concurrir en el seno del mismo una infracción no subsanable, pero no interpretar que existe una contradicción entre los anexos de ambos pliegos con la finalidad de inaplicar o apartarse de un aspecto del PPT que sí han podido tener en cuenta los licitadores a la hora de decidir su participación o no en la licitación. Piénsese, por ejemplo, en aquellas empresas que no hayan concurrido por el hecho de carecer sus productos de aquella característica valorable que ahora, según afirma el órgano de contratación, no debe tenerse en cuenta en el proceso de valoración de las ofertas.

En definitiva, pues, el órgano de contratación, al no desistir del procedimiento, tampoco podía apartarse del contenido de los pliegos que él mismo había aprobado, estando vinculado a ellos y siendo esta vinculación predicable tanto del pliego de cláusulas administrativas como del de prescripciones técnicas. Resulta muy ilustrativa en este particular la Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14) del Tribunal General de la Unión Europea, al señalar en su apartado 78 que “(...) si la *EU IPO* [entidad contratante] no se hubiera atendido



a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)”.

Asimismo, no puede acogerse el alegato del órgano de contratación relativo a que ante la discrepancia en el contenido de los Anexos deba prevalecer el Anexo del PCAP por el hecho de que así se diga expresamente en este último documento, porque dicha contradicción no es algo que resulte de la mera lectura y examen del contenido de los dos Anexos -de hecho el propio órgano de contratación se refiere a una aparente contradicción y no a una contradicción clara y rotunda-, sino que es fruto de una apreciación técnica efectuada por el órgano de contratación y puesta de manifiesto en el informe al recurso.

Lo expuesto hasta ahora nos lleva a considerar que, al no poder apartarse el órgano de contratación del contenido de los pliegos que él mismo había aprobado, el aspecto relativo a los gránulos en forma de D debió ser un elemento a considerar en la valoración de las ofertas al lote 8.

No obstante, ya hemos indicado que en el informe al recurso se afirma que las ofertas se valoraron atendiendo a los atributos que figuraban en el Anexo al cuadro resumen del PCAP y en el Catálogo de Bienes y Servicios, en ninguno de los cuales se hacía mención a aquella forma específica de los gránulos.



Por otro lado, el informe técnico obrante en el expediente asignó la máxima puntuación (20 puntos) a las ofertas de la adjudicataria y de la recurrente con la sola justificación de que ambas cumplían técnicamente, pero no indicó qué aspectos evaluables se tuvieron en cuenta para otorgar aquellos puntos. En definitiva, pues, a la vista del informe técnico no es posible saber qué atributos o cualidades de las dos ofertas merecieron que cada una de ellas recibiera la mayor ponderación en el criterio “valoración funcional del producto” porque nada se dice en el informe al respecto; asimismo, de haberse tomado en consideración la forma del gránulo prevista en el Anexo 2 del PPT, tampoco es posible saber si la valoración de la oferta adjudicataria hubiera sido menor -como sostiene la recurrente- y si la valoración de la oferta recurrente se hubiera mantenido igual, toda vez que el órgano de contratación indica que los gránulos de esta última tampoco tendrían forma de D, sino de U, C ó símbolo similar según el ángulo, extremo este que también sostiene INTERSURGICAL en sus alegaciones al recurso.

Lo anterior obligaría a estimar el recurso anulando la adjudicación para que se volvieran a valorar ambas ofertas con arreglo al criterio de adjudicación mencionado sobre la base de lo aquí expuesto, es decir, tomando en consideración todos los aspectos de valoración técnica descritos en el Anexo 2 del PPT para el lote 8. No obstante, una vez conocidos y ponderados aquellos aspectos de la ofertas sujetos a criterios de evaluación automática, no es posible efectuar una nueva valoración de las mismas con arreglo a un criterio sujeto a juicio de valor porque se vulnerarían las garantías de imparcialidad y objetividad preservadas por el legislador contractual en el artículo 150 del TRLCSP y concordantes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

En el mismo sentido, se pronuncian los restantes Tribunales administrativos de recursos contractuales en supuestos como el aquí analizado, valga a título de ejemplo la Resolución 225/2016, de 1 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde se señala que *“No podemos dejar de lado, como hemos señalado en anteriores Resoluciones (por todas las números*



155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero y 673/2015, de 17 de julio), la exigencia de respetar el principio de confidencialidad y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre concurrencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas matemáticas de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP ”.

En consecuencia, la estimación del recurso obliga a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación respecto al lote 8, por lo que habrá de convocarse, en su caso, una nueva licitación, todo ello sin perjuicio de que, con carácter previo, el órgano de contratación pueda modificar el Anexo 2 del PPT por las razones esgrimidas en su informe al recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CAREFUSION IBERIA 308, S.L.** contra la resolución, de 4 de septiembre de 2017, de la Directora Gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de ventilación y monitorización cardio-respiratoria para los centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Granada”, respecto al lote 8 (Expte. 661/2016), y en consecuencia, anular el acto impugnado y todo el procedimiento de licitación, debiendo procederse en los términos señalados en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue adoptado por Resolución de este Tribunal de 24 de octubre de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

