

**Recurso 67/2016****Resolución 126/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 3 de junio de 2016

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECTON DICKINSON, S.A.U.** contra la resolución, de 23 de marzo de 2016, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otros, los Lotes 5 y 6 del contrato denominado <<Suministro de material de infusión con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga>> (Expte. 285/2015) convocado por la citada Dirección Gerencia, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

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

**PRIMERO.** El 3 de julio de 2015, 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. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 16 de julio de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm.



169.

El valor estimado del contrato asciende a 1.321.306,69 euros y entre las empresas que participaron en la licitación se encontraba la recurrente.

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

**TERCERO.** Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 23 de marzo de 2016 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. Los lotes 5 y 6 de la contratación fueron adjudicados a la empresa MENARINI DIAGNOSTICS, S.A. (MENARINI, en adelante). La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente el 28 de marzo de 2016.

**CUARTO.** El 14 de abril de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BECTON DICKINSON, S.A.U. (BECTON, en adelante) contra la resolución de adjudicación del contrato, en lo relativo a los lotes 5 y 6 del contrato.

**QUINTO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 15 de abril de 2016, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento instado por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones con este Tribunal. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 20 de abril de 2016.



Posteriormente, el 4 de mayo de 2016, la Secretaría del Tribunal solicitó al órgano de contratación documentación complementaria relativa a las ofertas presentadas por las empresas recurrente y adjudicataria de los lotes 5 y 6. Esta documentación fue recibida el 6 de mayo de 2016 en el Registro de este Tribunal.

**SSEXTO.** Mediante escritos de 22 de abril de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo MENARINI.

**SSEXPTIMO.** El 25 de abril de 2016, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**SSEXPRIMERO.** 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.

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

Asimismo, como quiera que en el informe al recurso el órgano de contratación manifiesta que no se ha aportado con el escrito de impugnación la escritura de



poder a favor del firmante de dicho escrito, hemos de indicar que, en efecto, BECTON adjunta al recurso escritura de poder por la que se confieren facultades expresas al compareciente para representar a aquella entidad ante los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

**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 acto impugnado es la resolución de 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 tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

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

En el supuesto examinado, la resolución impugnada fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente el 28 de marzo de 2016, presentándose el recurso especial en el Registro de este Tribunal el 14 de abril de 2016. Por tanto, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

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

La recurrente articula cinco motivos de impugnación que, en realidad, pueden encuadrarse en dos fundamentales: la incorrecta valoración de la oferta de



MENARINI en los lotes 5 y 6, y la insuficiente motivación de la resolución de adjudicación. Comenzamos, pues, con el examen de estos alegatos.

En primer lugar, BECTON esgrime que MENARINI nunca debió resultar adjudicataria de los lotes 5 y 6, por cuanto su oferta debió ser excluida al no superar el umbral mínimo de 6 puntos establecido para el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor <<valoración funcional del producto>>.

En tal sentido, la recurrente manifiesta que su oferta y la de MENARINI obtuvieron 12 puntos en el citado criterio. En cambio, la oferta de otra empresa licitadora, IZASA HOSPITAL, S.L.U. (IZASA en adelante), fue excluida de la licitación a los lotes 5 y 6 por no alcanzar el umbral mínimo establecido en el criterio de adjudicación mencionado.

A juicio de la recurrente, sorprende que las ofertas de MENARINI e IZASA se hayan valorado de forma tan dispar cuando ambas empresas distribuyen en territorio nacional las agujas fabricadas por HTL-STREFA, S.A. De este modo, afirma que MENARINI ha ofertado la aguja de este fabricante comercializada bajo la marca GlucoJet® e IZASA lo ha hecho con la aguja de este mismo fabricante, comercializada con el nombre Droplet®.

A continuación, la recurrente intenta demostrar con imágenes de los productos que ambas agujas tienen las mismas características técnicas, y concluye que nada tiene que objetar a la exclusión de la oferta de IZASA en los lotes 5 y 6, toda vez que los productos ofertados presentaban deficiencias en su identificación al indicarse el calibre y longitud de la aguja en letras muy pequeñas. No obstante, añade que en la oferta de MENARINI el tamaño de la letra también es diminuto, por lo que tratándose en uno y otro caso de productos idénticos resulta inadmisibles que ambas proposiciones hayan sido puntuadas de modo tan diferente, debiéndose haber excluido también la proposición de la adjudicataria en aquellos dos lotes.



En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que la valoración técnica de las ofertas de IZASA y MENARINI no cuestiona los aspectos técnicos de uno y otro producto. Lo que se ha valorado negativamente en el caso de IZASA es la identificación exterior del bien -a juicio de la Comisión técnica, el calibre y la longitud de la aguja está indicado en letras excesivamente pequeñas y cuesta leerlo, incluso con lupa- lo cual está relacionado directamente con su manejabilidad y facilidad de utilización. Así, el órgano de contratación señala que, en la página 16 del recurso, puede comprobarse como las fotos escaneadas de los productos de IZASA y de MENARINI son diferentes en cuanto al zoom, pudiendo observarse que la foto del producto de IZASA está recogida con un zoom muy superior a la de MENARINI.

Finalmente, afirma que el criterio de adjudicación cuya valoración es cuestionada en el recurso está sujeto a juicio de valor, por lo que la evaluación de las ofertas queda amparada por el principio de discrecionalidad técnica, sin que por otro lado sea veraz ni válido el argumento esgrimido por la recurrente. A tales efectos, el órgano de contratación aporta a este Tribunal muestras de los productos ofertados por ambas licitadoras en los dos lotes objeto de impugnación.

En el trámite de alegaciones al recurso, MENARINI se opone a este primer motivo en términos semejantes a como lo hace el órgano de contratación, mostrando imágenes de los envases de ambos productos para demostrar que difieren en el tipo y tamaño de la letra.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede analizar este primer motivo del recurso. La controversia gira en torno a la valoración de la oferta de MENARINI -empresa adjudicataria de los lotes 5 y 6- en el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor <<valoración funcional del producto>>, ponderado con un máximo de 20 puntos y en el que se contempla un umbral mínimo de 6 puntos para continuar en el procedimiento.



Los lotes controvertidos se definen en el Anexo B del cuadro resumen del modo siguiente:

- Lote 5: Aguja hipodérmica para pluma insulina: longitud (5-7); Diámetro (31-31)
- Lote 6: Aguja hipodérmica para pluma insulina: longitud (7-10); Diámetro (31-31)

Asimismo, el Anexo A del cuadro resumen del PCAP establece lo siguiente respecto al criterio de adjudicación <<valoración funcional del producto>>:

*“Se utilizará la siguiente escala:*

*MUY ADECUADO: el producto cumple las características técnicas solicitadas, con mejora significativa de las mismas en cuanto a calidad de materiales, manejabilidad, facilidad de utilización, eficiencia, rendimiento y eficacia. **13 a 20 puntos***

*ADECUADO: el producto cumple las características técnicas solicitadas, con alguna mejora de las mismas en cuanto a calidad de materiales, manejabilidad, facilidad de utilización, eficiencia, rendimiento y eficacia. **7 a 12 puntos***

*ACEPTABLE: el producto cumple las características técnicas solicitadas. **6 puntos.***

*INADECUADO: el producto cumple las características técnicas solicitadas, pero presenta deficiencias en cuanto a calidad de materiales, manejabilidad, facilidad de utilización, eficiencia, rendimiento y eficacia, o bien cumple las características técnicas, pero no es compatible con el equipo existente en el Centro Sanitario con el cual se ha de utilizar el producto. **0 a 5 puntos***

*Se establece para este criterio de adjudicación un umbral mínimo de **6 puntos.***

*No serán objeto de valoración funcional aquéllas ofertas que no cumplan las características técnicas solicitadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

A los lotes 5 y 6 concurren tres empresas, IZASA, BECTON y MENARINI. Las ofertas de BECTON y MENARINI obtuvieron la misma puntuación en ambos lotes (12 puntos) con arreglo al criterio de adjudicación transcrito, siendo la motivación del informe técnico la siguiente: *“Cumple prescripciones técnicas y aporta mejoras en cuanto a facilidad de manejo por su correcta conexión a la pluma de insulina.”*



En cambio, la oferta de IZASA obtiene 2 puntos en ambos lotes, con la siguiente motivación: *“cumple prescripciones técnicas pero presenta deficiencias en cuanto a identificación del producto porque el calibre y longitud de la aguja está indicado en letras excesivamente pequeñas y cuesta leerlo, incluso con lupa”*

La recurrente funda su primer motivo en que la oferta de MENARINI debió ser excluida al igual que la de IZASA que no alcanzó el umbral mínimo de 6 puntos establecido para el criterio, y ello porque, a su juicio, las agujas ofertadas por ambas empresas pertenecen al mismo fabricante y son idénticas.

Al respecto, como señala el órgano de contratación en su informe, la razón por la que se da distinta puntuación a ambas ofertas no está en los aspectos intrínsecos del producto -de hecho el informe técnico alude a que ambas ofertas cumplen las prescripciones técnicas- sino en aspectos externos que afectan al envase y entrañan dificultad para la identificación y lectura del producto en el caso de la oferta de IZASA, toda vez que el calibre y longitud de la aguja se indica en letra excesivamente pequeña.

La recurrente intenta también demostrar el diminuto tamaño de la letra en el envase de la aguja ofertada por MENARINI y para ello aporta en su escrito de recurso imágenes tanto del envase del producto de esta, como del envase de la oferta de IZASA.

No obstante, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, junto al expediente de contratación, muestras de los productos de ambas empresas en los dos lotes, pudiendo comprobarse, tras el reconocimiento efectuado en esta sede, que la identificación del producto en los envases de IZASA presenta más dificultad que en los envases de MENARINI, influyendo el color de la letra y el color del fondo sobre el que la misma está escrita.



Así, en el caso de los envases de MENARINI, el calibre y longitud de la aguja se escriben en letra de color negro sobre un fondo blanco, mientras que en el caso de IZASA, para el lote 5, la letra es de color amarillo sobre un fondo que no es totalmente blanco y para el lote 6, la letra es de color azul claro sobre un fondo blanco, lo que no facilita su lectura del mismo modo que en el caso de los envases de la adjudicataria.

Resumiendo, pues, y como quiera que el motivo esgrimido por la recurrente se centra básicamente en que los productos ofertados por ambas empresas presentan idénticas características técnicas, hemos de indicar que el informe de valoración no indica que ello no sea así, pues señala expresamente que ambas ofertas cumplen las prescripciones técnicas del pliego. El dato que se extrae del informe para motivar la distinta asignación de puntos es la deficiente identificación de la letra en el envase que contiene las agujas ofertadas por IZASA en los lotes 5 y 6, extremo este que se confirma a la vista de las muestras aportadas.

BECTON no discute la exclusión de la oferta de IZASA por el motivo anterior, razón por la que no procede entrar a analizar si la Comisión técnica superó o no los límites de su discrecionalidad técnica al efectuar aquella apreciación y determinar que aquella proposición no superaba el umbral mínimo de puntuación en el criterio. Lo único que aduce la recurrente es que el tamaño de la letra en el caso de los envases de MENARINI también dificulta la identificación del producto, por lo que la oferta de esta debió correr la misma suerte que la de IZASA.

En cambio no lo ha considerado así la Comisión técnica que, al examinar físicamente las muestras de la adjudicataria, no ha efectuado ninguna manifestación sobre la defectuosa identificación de sus productos. Tal cuestión se encuadra, pues, en el margen de discrecionalidad técnica de aquel órgano evaluador, sin que la recurrente haya demostrado error o arbitrariedad en su juicio, pues pese a las imágenes de productos que inserta en su escrito de



recurso, el examen de las muestras realizado por este Tribunal refleja que la lectura del calibre y longitud de la aguja no presenta dificultad en el caso de la oferta de la adjudicataria, lo que sí acontece en el caso de las muestras de IZASA.

Con base en lo argumentado, procede desestimar este primer motivo del recurso.

**SEXTO.** En segundo lugar, la recurrente alega infracción del artículo 151.4 del TRLCSP ante la motivación insuficiente de la resolución de adjudicación, toda vez que la misma se limita a expresar la puntuación obtenida por las ofertas en los distintos criterios sin incluir una mínima o sucinta mención de las causas que han determinado la asignación de tales puntuaciones. Ello se traduce, a juicio de BECTON, en una clara indefensión ante la falta de información necesaria para la interposición de un recurso fundado, carencia que ha tenido que suplir mediante el acceso al expediente. En la fundamentación de este alegato alude a abundante doctrina sentada por los Tribunales administrativos de recursos contractuales a propósito del carácter esencial que tiene la motivación en el acto de adjudicación del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que BECTON ha recibido la resolución de adjudicación, junto al escrito de remisión de la misma en el que se expone la valoración técnica de su oferta y de la oferta adjudicataria. Por tanto, se ha respetado lo establecido en el artículo 151.4 del TRLCSP. Además, dicho órgano aduce que la recurrente ha dispuesto de toda la información necesaria para la interposición del recurso, como lo demuestra el contenido del mismo, habiendo tenido acceso al informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a los criterios dependientes de un juicio de valor.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen del motivo. Al respecto, se observa que el texto de la resolución de adjudicación contiene detalle de las puntuaciones de las ofertas en los criterios de adjudicación, pero



no menciona la razón determinante de las mismas en lo que se refiere a su valoración con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor. En cambio, tal justificación sí se aprecia en el acto de notificación de la adjudicación a la recurrente, pues el mismo contiene detalle de la motivación expuesta en el informe técnico para asignar puntos a las ofertas de la recurrente y de la adjudicataria en el criterio de adjudicación <<valoración funcional del producto>>, respecto a los lotes 5 y 6 del contrato.

De este modo, la notificación de la adjudicación respeta lo dispuesto en el artículo 151.4 c) del TRLCSP *“La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.*

*En particular expresará los siguientes extremos:*

*c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.”*

A mayor abundamiento, la recurrente solicitó y recibió vista del expediente antes de la interposición del recurso. Así, en el acto de la vista tuvo acceso al informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor, por lo que ha dispuesto de datos y documentación suficientes para la interposición del recurso y ello lo demuestra el extenso y detallado contenido del mismo.

En definitiva, la infracción formal de falta de motivación en la resolución impugnada no ha sido óbice para que BECTON haya podido interponer el recurso tras obtener información suficiente a tales efectos, objetivo que persigue el artículo 151.4 del TRLCSP, sin que se le haya producido perjuicio alguno por infracción material del derecho de defensa constitucionalmente protegido.



Al respecto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Procede, pues, la desestimación de este motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** Los tres motivos restantes del recurso se exponen a continuación y van a ser objeto de un examen conjunto. Así, BECTON esgrime los siguientes:

1. Vulneración de los principios informadores que deben regir el proceso de selección del contratista, y en concreto del principio de igualdad de trato y no discriminación, toda vez que su oferta se ha visto forzada a competir con otra que no ha superado el umbral técnico establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Ello es suficiente, a juicio de la recurrente, para declarar la nulidad de la adjudicación.
2. Justificación de la procedencia de revisar la resolución de adjudicación: a juicio de la recurrente, no compete al Tribunal una intromisión en la discrecionalidad técnica del órgano evaluador, sino una revisión de las apreciaciones en que dicho órgano se ha basado. En tal sentido, insiste en que debe revisarse una resolución incorrecta desde un punto de vista técnico y objetivo, que otorga la misma puntuación a productos que cumplen y que no cumplen.
3. Concurrencia de causa de nulidad del procedimiento de selección de contratistas, al amparo de los artículos 31 y 32 del TRLCSP y 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: considera BECTON que la valoración funcional del producto llevada a cabo vulnera los principios básicos de la



contratación consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, en particular los principios de igualdad de trato y de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.

Frente a tales alegatos, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso.

Al respecto, debemos indicar que la desestimación de los dos motivos analizados en los fundamentos previos lleva consigo la de estos tres alegatos que acabamos de exponer. En este sentido, ni la recurrente ha tenido que competir con una oferta que debió ser rechazada -pues ya hemos analizado que la oferta de MENARINI no presentaba las deficiencias observadas en la oferta de IZASA-, ni existen razones para revisar la adjudicación con base en los motivos esgrimidos por BECTON, toda vez que su oferta recibió los mismos puntos que la de MENARINI porque, según el informe técnico, ambas mejoraban *“la facilidad de manejo por su correcta conexión a la pluma de insulina”*, y esta apreciación técnica no ha sido objeto de discusión en el recurso, que solo se ha centrado en la consideración de que la proposición adjudicataria en los lotes 5 y 6 debió seguir la misma suerte que la de IZASA.

Finalmente, tampoco puede apreciarse causa de nulidad en el proceso de selección, ni vulneración de los principios básicos de la contratación consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, siendo el alegato de la recurrente en tal sentido absolutamente genérico y carente de fundamento.

Con base, pues, en todas las consideraciones realizadas, procede la desestimación íntegra del recurso interpuesto.

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.U.** contra la resolución, de 23 de marzo de 2016, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otros, los lotes 5 y 6 del contrato denominado <<Suministro de material de infusión con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga>> (Expte. 285/2015) convocado por la citada Dirección Gerencia.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 25 de abril de 2016.

**CUARTO.** 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.

