

Recurso 286/2019**Resolución 347/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 24 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **3M ESPAÑA, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 8 de julio de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material de esterilización para los centros que integran la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén” (Expte. 2018/071714 CCA. 6VBBE4R), respecto del Lote 55, convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 12 de diciembre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea n.º 2018/s 239-545422 y en el perfil de contratante en 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 valor estimado del contrato asciende a 221.812,22 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

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

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el 8 de julio de 2019, el órgano de contratación resolvió adjudicar el contrato, respecto del lote 55, a la entidad ANTONIO MATACHANA, S.A.

En el anexo I de la mencionada resolución de adjudicación aparece el orden de puntuaciones otorgadas por la mesa de contratación a las distintas ofertas. En segunda posición se encuentra la propuesta presentada por la entidad AMCOR FLEXIBLES PERGUT, S.L. y en tercer y último lugar la correspondiente a la entidad recurrente 3M ESPAÑA, S.L.

CUARTO. El 16 de julio de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial presentado por 3M ESPAÑA, S.L. (en adelante 3M) contra la citada resolución de adjudicación, de 8 de julio de 2019.

QUINTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de fecha 17 de julio de 2019, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. El 25 de julio de 2019, tiene entrada en el Registro de este Tribunal la documentación



solicitada al órgano de contratación.

En el informe al recurso el órgano de contratación se allana a las pretensiones de la recurrente.

SEXTO. Con fecha 1 de agosto de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad AMCOR FLEXIBLES PERGUT, S.L. (en adelante AMCOR), que aquí se dan por reproducidas.

SÉPTIMO. Asimismo, por parte de la Secretaría de este Tribunal se dio traslado al resto de entidades licitadoras, el 8 de agosto de 2019, del allanamiento del órgano de contratación concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se hayan presentado en el plazo concedido para ello.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP.

En este sentido, el objeto de la presente licitación es un contrato de suministro convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, y el acto impugnado es la adjudicación. Por tanto, contra el mismo cabe recurso especial conforme a lo establecido en los artículos 44.1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al requisito del plazo para interponer el recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

(...)

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Asimismo, la disposición adicional decimoquinta del citado texto legal, en su apartado 1, establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia*



electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.

En el supuesto analizado, consta que la publicación de la adjudicación en el perfil de contratante se realizó el 17 de julio de 2019. No queda constancia en el expediente remitido por el órgano de contratación de la fecha de la notificación de la adjudicación aunque sí de su remisión por medios electrónicos, el 12 de julio de 2019. En cualquier caso, teniendo en cuenta que el recurso fue presentado en el Registro de este Tribunal, el 16 de julio de 2019, de conformidad con la regulación a la que se ha hecho referencia, ha de entenderse que el mismo ha sido interpuesto dentro de plazo.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada en el presente recurso.

En este sentido, la entidad 3M combate la resolución de adjudicación solicitando, de un lado, la exclusión de la oferta presentada por la entidad adjudicataria -ANTONIO MATACHANA, S.A.- y, de otro, una nueva valoración de la oferta de AMCOR respecto a uno de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor al considerar que la realizada ha sido incorrecta.

A continuación y por razones metodológicas se expondrá de forma sintética los motivos de recurso y las alegaciones que sobre los mismos realiza el órgano de contratación en su informe.

- En primer lugar, la recurrente manifiesta que la oferta de la entidad adjudicataria debió ser excluida por incumplir un requerimiento técnico establecido en la descripción del suministro a ofertar -lote 55- en el anexo al pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), en concreto, el siguiente: *«control biológico esporas lectura rápida para autoclave, -tipo de ciclo: 134º,*



-tiempo de lectura: [1-1]». De lo anterior, la recurrente entiende que el *tiempo de lectura* exigido en el PPT es una hora. Argumenta que, tras el trámite de vista, de expediente ha podido comprobar que el suministro incluido en la oferta de la adjudicataria contiene una solución cuyo tiempo de *lectura* es de 24 horas, motivo por el que debe ser excluida.

Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta en su informe que a la vista del recurso ha procedido a revisar las ofertas técnicas detectando que, efectivamente, la oferta presentada por ANTONIO MATACHANA, S.A. no cumple con los requisitos mínimos exigidos en el PPT por lo que procede su exclusión. Sobre lo anterior, solicita a este Tribunal que estime este motivo de recurso, que anule la resolución de adjudicación y que retrotraiga las actuaciones al momento de valoración de las ofertas.

- En segundo lugar, la recurrente argumenta que la oferta presentada por AMCOR -la siguiente clasificada- ha sido incorrectamente evaluada en relación con el único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado: *«valoración técnico funcional de los productos»* y, en concreto, respecto al subcriterio denominado *«facilidad de utilización»* al que se le atribuye un máximo de 12,5 puntos y en el que se evalúa: *«la facilidad de aplicación en los procesos asistenciales, uso y retirada de producto, identificación exterior del envase del contenido (esterilización, referencia del producto, lote, n.º de unidades contenidas, etc)»*.

Según consta en el anexo I de la resolución de adjudicación tanto la oferta de la recurrente como la de AMCOR obtuvieron respecto a este criterio de adjudicación la máxima puntuación, con base en la siguiente motivación: *«facilidad de uso debido al poco tiempo de respuesta, rapidez de lectura»*.

Pues bien, la entidad 3M se alza contra la valoración de la oferta de AMCOR argumentando que tras la vista de expediente ha podido comprobar que esta entidad no presentó la incubadora de muestra que se solicita en los pliegos



rectores del procedimiento y que por tanto es imposible que se haya podido valorar por parte de la comisión técnica la facilidad de uso del suministro.

Sobre lo anterior, la recurrente solicita a este Tribunal que retrotraiga las actuaciones para que se valore la oferta de AMCOR respecto a este subcriterio de adjudicación de conformidad con lo establecido en los pliegos -ley entre las partes-.

Por otro lado, el órgano de contratación argumenta en su informe que en los pliegos no se exige a los licitadores que presenten el dispositivo alegado por la recurrente -una incubadora- y que en la oferta de AMCOR se incluyó la información suficiente para que la mesa de contratación pudiera valorar la oferta presentada por la mencionada entidad respecto al subcriterio de adjudicación controvertido. Sin embargo, argumenta que a la vista de las alegaciones contenidas en el recurso ha procedido a revisar la documentación contenida en la oferta de AMCOR y ha emitido una nueva valoración de su oferta respecto al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor.

Según consta en el anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), el mencionado criterio de adjudicación *«valoración técnico funcional de los productos»* -con una puntuación máxima de 50 puntos- se encuentra desglosado en tres subcriterios: *«Rentabilidad y eficacia del material objeto del suministro»* -máximo de 25 puntos-; *«calidad de los materiales, composición y fabricación»* -máximo 12,5 puntos- y *«facilidad de utilización»* -máximo 12,5 puntos-.

Como anteriormente se ha indicado la recurrente combate la valoración de la oferta de AMCOR respecto al subcriterio de valoración *«facilidad de utilización»*. Por otro lado, según indica el órgano de contratación, la comisión técnica tras revisar la documentación de las ofertas ha emitido nuevo informe, de 22 de julio de 2019, en el que vuelve a evaluar la propuesta de AMCOR resultando que



modifica la puntuación otorgada a su oferta respecto al subcriterio de adjudicación *«rentabilidad y eficacia del material objeto de suministro»*.

La nueva valoración de la comisión técnica se diferencia de la original en que ahora se atribuye una puntuación de 12,5 puntos en el subcriterio de valoración *«rentabilidad y eficacia del material objeto de suministro»* en lugar de los 25 puntos que se concedieron en la evaluación original. Por ello, solicita el órgano de contratación a este Tribunal que anule la resolución de adjudicación impugnada y que retrotraiga las actuaciones con el objetivo de que pueda determinar qué oferta satisface mejor sus necesidades.

SEXTO. Visto lo alegado por cada parte procede entrar ahora a analizar el fondo de la controversia.

Por razones metodológicas se comenzará analizando el segundo de los motivos de recurso, el relativo a la valoración de la oferta presentada por AMCOR, toda vez que una eventual desestimación de esta alegación haría innecesario el análisis del otro motivo de recurso en tanto que la recurrente -cuya oferta quedó valorada en tercer lugar- nunca podría resultar ya adjudicataria y por tanto perdería de forma sobrevenida su interés legítimo.

Pues bien, como se ha indicado, la entidad 3M se alza contra la valoración de la oferta de AMCOR respecto al subcriterio de adjudicación *«facilidad de utilización»* argumentando que al no haber presentado esta entidad una incubadora -que afirma es un dispositivo exigido en los pliegos- ha resultado imposible que la comisión técnica haya podido valorar este aspecto de su proposición.

Sobre lo anterior, el órgano de contratación en su informe afirma, de un lado, que en ningún lugar de los pliegos rectores de la presente licitación se exige a los licitadores la presentación de una incubadora y, de otro, que la documentación



técnica aportada por AMCOR ha sido suficiente para la valoración de su oferta respecto del lote recurrido.

Además, el órgano de contratación manifiesta que ha procedido a evaluar de nuevo la oferta de AMCOR respecto del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, resultando de la nueva evaluación que la oferta de AMCOR recibe 12,5 puntos menos respecto de un subcriterio de valoración «*rentabilidad y eficacia*» distinto del impugnado por 3M, es decir, respecto de un subcriterio de adjudicación cuya valoración no es el objeto de la controversia planteada por la recurrente, que se encuentra circunscrita al aspecto «*facilidad de utilización*».

Sentado lo anterior y al no ser cuestionada por 3M en su recurso la valoración originaria de las ofertas respecto del subcriterio de adjudicación «*rentabilidad y eficacia*», este Tribunal no puede pronunciarse sobre este asunto, so pena de incurrir en incongruencia “*ultra petita*”, proscrita por el artículo 57.2 de la LCSP, y que tiene lugar, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 132/2007, de 4 de junio, “*cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones*”; en este sentido se ha manifestado este Tribunal en las Resoluciones 78/2019 y 84/2019 ambas de 21 de marzo de 2019.

Sí procede ahora analizar la cuestión que combate la recurrente que no es otra que la valoración de la oferta de AMCOR respecto al subcriterio de adjudicación «*facilidad de utilización*».

Como se ha indicado, a juicio de la recurrente no es posible que se haya podido valorar correctamente la oferta de AMCOR respecto a este subcriterio de adjudicación en tanto que la mencionada entidad no presentó la incubadora de muestra que se exigía en los pliegos, aunque 3M no llega a mencionar en qué cláusula concreta se establece esta obligación. En este sentido, concluye que no



se puede valorar la *«facilidad de uso de un control biológico sin ponerlo a incubar en su incubadora»*.

Por otro lado, el órgano de contratación indica en su informe al recurso que en los pliegos, en ningún lugar, se exige la incubadora y que en la documentación técnica que acompaña al suministro se indica que: *«el proceso es válido para todos los ciclos de esterilización por vapor de agua, así como período de incubación: 1 hora»* información suficiente para la valoración del mismo.

Finalmente, la entidad AMCOR en su escrito de alegaciones argumenta que ambas ofertas obtuvieron la misma puntuación respecto al criterio de adjudicación controvertido al tener ambas el mismo tiempo de respuesta -1 hora- y utilizar ambas la misma tecnología -lectura por fluorescencia- y concluye que es perfectamente posible valorar la facilidad de uso sin necesidad de la mencionada incubadora puesto que lo que realmente se valora en este subcriterio de adjudicación es su facilidad de utilización en los procesos asistenciales.

Pues bien, como anteriormente se ha indicado los aspectos a valorar en el subcriterio de adjudicación *«facilidad de utilización (0-12,5 puntos)»* son *«la facilidad de aplicación en los procesos asistenciales, uso y retirada de producto, identificación exterior del envase del contenido (esterilización, referencia del producto, lote, n.º de unidades contenidas, etc)»*.

Según consta en el anexo I de la resolución de adjudicación ambas ofertas obtuvieron la máxima puntuación. La motivación en ambos casos fue la siguiente *«facilidad de uso debido al poco tiempo de respuesta, rapidez de lectura»*.

La recurrente sostiene que es imposible la valoración de la oferta porque AMCOR no presentó la incubadora, sin embargo, no especifica en qué lugar de los pliegos se exige que se tenga que presentar este dispositivo y este Tribunal



tras el análisis de los pliegos no ha encontrado esta exigencia que, además, es negada por el órgano de contratación en su informe.

Por lo demás, y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un aspecto de la oferta cuya valoración se realiza mediante criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, procede recordar la doctrina mantenida por este Tribunal en sus Resoluciones 89/2019, de 21 de marzo y 232/2019, de 11 de julio en las que se manifiesta: *«En este sentido, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.*

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica.

En relación con esta última, este Tribunal también ha expresado en numerosas ocasiones (v.g. Resoluciones 273/2016, de 4 de noviembre, 51/2017, 15 de marzo, 186/2017, de 26 de septiembre, 84/2018, de 28 de marzo y 236/2018, de 8 de agosto, entre otras muchas) que la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que “la discrecionalidad



técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega”».

Aplicando lo anterior al presente supuesto, este Tribunal concluye que la argumentación de la recurrente parte de una premisa -la exigencia de la aportación de un dispositivo para poder probar determinadas características del suministro ofertado- que no queda acreditada y que este Tribunal tampoco ha podido verificar. Finalmente, la recurrente no cuestiona de forma intrínseca la motivación de la valoración de las ofertas realizada por la mesa de contratación respecto a esta concreta cuestión y este Tribunal no aprecia arbitrariedad, error o ausencia de toda posible justificación en la valoración realizada por lo que se debe desestimar este motivo de recurso.

SÉPTIMO. Visto lo anterior, procede ahora analizar la primera de las alegaciones realizadas por la recurrente.

La entidad 3M manifiesta que la oferta de la entidad adjudicataria debió ser excluida por incumplir un requerimiento técnico establecido en la descripción del suministro a ofertar y el órgano de contratación reconoce que efectivamente ha cometido un error al evaluar la oferta de la adjudicataria por lo que, efectivamente, procede su exclusión.

Sobre lo anterior, procede recordar que la oferta de la adjudicataria quedó calificada en tercer lugar y que el motivo de recurso contra la oferta situada en segundo lugar en el orden de puntuaciones -la propuesta de AMCOR- ha sido anteriormente desestimado, por lo que aunque se estimase este motivo de recurso, ello nunca le podría provocar un beneficio a 3M pues continuaría



quedando situada su oferta en segundo lugar, no pudiendo nunca ser adjudicataria del presente contrato.

Al respecto, se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio, 79/2019, de 21 de marzo y 232/2019, de 11 de julio, en las que se indicaba que una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio.

En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 354/2015, de 17 de abril y 2/2016, de 12 de enero, y más recientemente en la 1054/2018, de 16 de noviembre, en la que ha declarado que *«Por consiguiente, el sentido de la adjudicación se mantiene invariable, lo que nos obliga a desestimar el recurso y a confirmar la resolución recurrida, de conformidad con el principio de economía procesal, que pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de la que no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado (cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 –Roj STS 1137/2012- y 28 de abril de 1999 –Roj STS 2883/1999-»*.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas en la presente resolución, procede desestimar el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **3M ESPAÑA, S.L.** contra la resolución del órgano



de contratación, de 8 de julio de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material de esterilización para los centros que integran la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén” (Expte. 2018/071714 CCA. 6VBBE4R), respecto del Lote 55, convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

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

TERCERO. 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.

CUARTO. Notificar 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.

