

Recurso 141/2019

Resolución 365/2019.

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

Sevilla, 31 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OPTIMUM VISION CARE,S.A** contra la resolución, de 18 de marzo de 2019, de la Directora Gerente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba de adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de prótesis oftalmológicas, con destino al Hospital Universitario Reina Sofía, Hospital Infanta Margarita (AGS Córdoba Sur) y Hospital Comarcal Valle de los Pedroches (AGS Norte de Córdoba), centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba. (Expte. 960/2018)”, en relación al lote 3, promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de noviembre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 226-516464, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue publicado en idéntica fecha, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del acuerdo marco asciende a 2.692.675,49 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por 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 por 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 citada LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta resolución del órgano de contratación de 18 de marzo de 2019, en la que se adjudica entre otros el Lote 3 a la entidad BAUSCH & LOMB, S.A y en la que se recoge la exclusión de la oferta de la recurrente al citado Lote, por no superar el umbral mínimo en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor de acuerdo con el informe de valoración técnica.

La citada resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 22 de marzo de 2018 y notificada a la entidad recurrente el 25 de marzo de 2018 a través del sistema de notificaciones telemáticas de la Junta de Andalucía.

CUARTO. El 10 de abril de 2019, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad OPTIMUM VISION CARE,S.A (en adelante, OPTIMUM) contra la citada resolución de adjudicación, respecto del lote 3. Dicho escrito de recurso, junto con el informe al mismo y el expediente de contratación, fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 15 de abril de 2019.

QUINTO. Por la Secretaría de este Órgano, mediante escrito de 22 de abril de 2019, se solicita al órgano de contratación determinada documentación en relación con el recurso



interpuesto que siendo necesaria para su resolución no había sido remitida con anterioridad, así como el listado de licitadores. La documentación solicitada fue remitida a este Tribunal el 25 de abril de 2019.

SEXTO. Con fecha 16 de mayo 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 BAUSCH & LOMB, S.A (en adelante, BAUSCH & LOMB).

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos 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 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 respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.



En este sentido, aun cuando sustantivamente se combate la exclusión, la recurrente ha tenido conocimiento de la misma a través de la notificación de la adjudicación, siendo este el acto formalmente impugnado y al que debe atenderse en orden a examinar los requisitos de admisión del recurso y en particular, el plazo de interposición.

El objeto de licitación es un acuerdo marco cuyo valor estimado asciende a 2.692.675,49 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. b) y 2. c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del 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”.

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta 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, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 22 de marzo de 2019 y notificada a la entidad ahora recurrente el 25 de marzo de 2019, por lo que el recurso especial presentado el 10 de abril de 2019 en el registro del órgano de contratación ha sido formalizado dentro del plazo legal.



QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar el motivo en que el mismo se sustenta que será analizado en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 18 de marzo de 2019, citada en el encabezamiento, en la que se adjudican, entre otros, el lote 3 al haber sido excluida su oferta al citado lote por no superar el umbral mínimo conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor previsto en el pliego, solicitando que con estimación del mismo, se acuerde su anulación dejando sin efecto la valoración que le sirvió de fundamento y procediendo a la admisión de su oferta.

Para ello, la recurrente cuestiona la valoración técnica de su oferta al lote 3 “*L.I.O CÁMARA POSTERIOR PLEGABLE ACRÍLICA*”, por considerar que los motivos consignados en el informe técnico en virtud de los cuales ha sido excluida, carecen de fundamento, por cuanto se contradicen con los resultados obtenidos con ocasión de la demostración práctica del producto ofertado realizada por sendos facultativos en fechas 28 y 29 de enero y cuyos resultados ponen de manifiesto, según indica en su recurso, que el comportamiento de la lente antes y después de la cirugía del postoperatorio es excelente, así como la suavidad del producto durante la misma, confirmándose su idoneidad.

Por su parte el órgano de contratación, en su informe al recurso, se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente, manifestando que para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, ha recabado el correspondiente informe técnico de conformidad con el artículo 157.5 de la LCSP, estando la comisión técnica encargada de evaluar las ofertas de la recurrente formada por profesionales –en concreto tres- con larga experiencia en los productos licitados y en este tipo de procedimiento de adjudicación, y que expresan los juicios de valor del colectivo que representan, consensuando sus decisiones apoyados en su especialización y formación, gozando estas de presunción de certeza y veracidad, en virtud del principio de discrecionalidad técnica que preside su actuación.

Asimismo, señala que el citado informe recoge de forma motivada las incidencias, que hacen otorgar al producto ofertado respecto a su “valoración funcional”, la calificación de



“inadecuada”, considerando que aun cuando cumple las características técnicas, presenta deficiencias en cuanto a la facilidad de utilización, seguridad de resultados, rendimiento y eficacia.

Por lo expuesto, concluye que la valoración realizada por la recurrente no deja de ser un juicio técnico paralelo que, en ningún caso, desvirtúa ni puede sustituir la valoración técnica en virtud de la cual la recurrente ha sido excluida.

Por último, la entidad BAUSCH & LOMB como interesada en el procedimiento, se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, se dan por reproducidas.

SEXTO. Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede analizar el fondo de la cuestión suscitada, que se circunscribe a determinar si, como señala la recurrente, la valoración técnica de su oferta no es conforme a derecho, no procediendo su exclusión por no superar el umbral mínimo.

Para ello, se ha de partir de lo expuesto en los pliegos y en el informe de valoración de las ofertas, respecto de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor .

El apartado 2 del anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), establece respecto a los criterios de adjudicación no automáticos:

**“2.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN
(...)”**

<u>CRITERIOS NO AUTOMÁTICOS</u>	<u>PUNTOS</u>
<u>4. VALORACIÓN FUNCIONAL DEL PRODUCTO</u>	<u>20</u>
<u>SE UTILIZARÁ LA SIGUIENTE ESCALA:</u>	



<i>MUY BUENA: la oferta cumple las características técnicas solicitadas, considerándose que presenta ventajas muy destacables en cuanto a facilidad de utilización, seguridad de resultados, rendimiento y eficacia</i>	<i>20</i>
<i>BUENA: la oferta cumple las características técnicas solicitadas, considerándose que presenta ventajas destacables en cuanto a facilidad de utilización, seguridad de resultados, rendimiento y eficacia</i>	<i>13</i>
<i>APTA: la oferta cumple las características técnicas solicitadas, considerándose que no aporta ventajas destacables en cuanto a facilidad de utilización, seguridad de resultados, rendimiento y eficacia</i>	<i>7</i>
<i>INADECUADA: la oferta cumple las características técnicas solicitadas, considerándose que presenta deficiencias en cuanto a facilidad de utilización, seguridad de resultados, rendimiento y eficacia</i>	<i>5</i>
<i>NO CUMPLE: la oferta no cumple las características técnicas solicitadas</i>	<i>0</i>
<i>UMBRAL MÍNIMO APLICABLE 7 PUNTOS</i>	

Asimismo, la cláusula 7.1.4 del PCAP, dispone que “La valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la LCSP”.

Por su parte, el informe técnico de valoración de las ofertas de 24 de enero de 2019, aprobado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 31 de enero de 2019, y que se anexa a la resolución de adjudicación impugnada, dispone en relación a la oferta realizada por la recurrente, respecto al lote 3, lo siguiente “*Lente hidrófoba precargada, incisiones de 2,2 mm, mayor que otras ofertas. Por las muestras presentadas se observa que el sistema de inyección no es suave. No disponemos de resultados contrastados sobre el buen comportamiento de la lente durante la cirugía y en el postoperatorio*”, otorgándole una puntuación de 5 puntos.

De acuerdo con la valoración realizada la mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente al citado lote por no superar el umbral mínimo, extremo que se recoge en la resolución de adjudicación impugnada, en los siguientes términos “*Constituida la mesa, se procede, en sesión privada, al examen del informe técnico emitido por la Comisión técnica encargada de su valoración, conforme a los criterios dependientes de un*



juicio de valor, de las distintas empresas admitidas en el procedimiento abierto de referencia, acordándose por unanimidad, excluir a las empresas: «(...) OPTIMUM VISION CARES,S.A», por no superar el umbral mínimo en todos los lotes a los que oferta, y aprobar dicha valoración (....)”.

En relación a la alegada inadecuada valoración de su oferta en aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, debemos acudir a la doctrina de la discrecionalidad técnica, recogida por este Tribunal, en numerosas ocasiones, valga por todas su Resolución 198/2019, de 19 de junio, en la que indicaba que “(...) 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»”.

En consecuencia, los argumentos expuestos en el informe de valoración técnica son reflejo del juicio valorativo realizado por un órgano técnico y que debe ser respetado de acuerdo con la doctrina de la discrecionalidad técnica invocada, salvo que se acredite que se han superado los límites de la misma, circunstancia que no acontece en el presente supuesto, donde la recurrente se limita a rebatir los argumentos consignados en el informe de valoración técnica y que han motivado su exclusión, mediante la comparación de estos con los resultados obtenidos, según indica, a través de la realización de una serie de demostraciones prácticas del producto ofertado, de las que no aporta testimonio documental alguno, posponiendo por el contrario su acreditación a la posible apertura de un periodo de prueba por este Tribunal.

Asimismo, respecto a la “demostración práctica” referida por la recurrente, -realizada según manifiesta el recurso el 28 y 29 de enero de 2019 y, por tanto, una vez emitido el informe de valoración técnica de 24 de enero de 2019, y antes de que la mesa se reuniera en sesión de fecha 31 de enero de 2019, para su examen y aprobación- procede señalar que los pliegos no prevén su realización, y tampoco consta a este Tribunal con ocasión del expediente de contratación remitido que esta se haya realizado, ni en el informe emitido por el órgano de contratación se hace referencia alguna a dicha extremo.

En cualquier caso, los posibles resultados obtenidos con ocasión de la demostración práctica que en su caso se haya podido realizar, constituyen una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador, que es el previsto en el PCAP para la evaluación de las ofertas. De esta manera dicha demostración no puede prevalecer sobre el criterio adoptado de forma consensuada por los profesionales designados por el órgano de contratación y que ha sido asumido por la mesa de contratación, siendo esta última el juicio de valor con mayor presunción de certeza y veracidad, sin que en ningún caso haya superado el límite de la discrecionalidad técnica que lo ampara.



SÉPTIMO. Por último, respecto a la petición de prueba realizada por la recurrente conforme a lo dispuesto en el artículo 56.4 de la LCSP, debemos señalar que la misma se ha formulado de forma genérica e imprecisa, sin concretar los aspectos sobre los que solicita se practique esta. En cualquier caso, este Tribunal no considera necesario en el presente supuesto la práctica de un trámite de prueba toda vez que la documentación contenida en el expediente remitido se considera suficiente para adoptar su decisión.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el 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 **OPTIMUM VISION CARE, S.A**, contra la Resolución, de 18 de marzo de 2019, de la Directora Gerente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba de adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de prótesis oftalmológicas, con destino al Hospital Universitario Reina Sofía, Hospital Infanta Margarita (AGS Cordoba Sur) y Hospital Comarcal Valle de los Pedroches (AGS Norte de Córdoba), centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba. PAAM 46/18 (Expte. 960/2018)”, en relación al lote 3, promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, 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, respecto al lote 3.



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.

