

**Recurso 372/2019**

**Resolución 152/2020**

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

Sevilla, 1 de junio de 2020

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L.**, contra la Resolución, de 12 de julio de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el acuerdo marco para el “*Suministro de Medicamentos para Fluidoterapia con destino a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén*” (Expte. A.M. 155/2019), respecto a los lotes 1, 4 y 11, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 8 de abril de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el 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 contrato asciende a 4.092.875,45 euros.

**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 (en adelante RGLCAP), 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 procedimiento, el 12 de julio de 2019 se dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, los lotes 1, 4 y 11 fueron adjudicados a la entidad GRIFOLS MOVACO, S.A.

La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 10 de septiembre de 2019 y remitida a la entidad BAXTER, S.L., mediante el sistema de notificaciones electrónicas de la Junta de Andalucía el 18 de septiembre de 2019.

**CUARTO.** El 1 de octubre de 2019, BAXTER, S.L. (en adelante, BAXTER) presentó -previo acceso al expediente en sede del órgano de contratación- en el Registro telemático de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la anterior resolución de adjudicación del acuerdo marco citado en el encabezamiento, respecto a los lotes 1, 4 y 11.

**QUINTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 2 de octubre de 2019, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe relativo al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada fue recibida en el Registro de este Tribunal el 17 de octubre de 2019.

**SEXTO.** Mediante escritos de 7 de noviembre de 2019, 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 la entidad GRIFOLS MOVACO, S.A. (en adelante, GRIFOLS) - adjudicataria de los lotes impugnados-.



**SÉPTIMO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

## **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.** Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un acuerdo marco para la celebración de contratos de suministro, cuyo valor estimado asciende a 4.092.875,45 euros y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el 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.”*

La 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.”*

Como se ha señalado en los antecedentes de esta resolución, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 10 de septiembre de 2019 y notificada a la entidad recurrente el 18 de septiembre de 2019, por lo que el recurso presentado el 1 de octubre de 2019, en el Registro del Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, y antes de proceder al estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, procede traer a colación determinadas actuaciones acaecidas en el presente procedimiento y que resultan de interés para la resolución del presente recurso.

- Tras la apertura de los sobres y valoración de las ofertas, la mesa de contratación, en sesión celebrada el 21 de junio de 2019, formula propuesta de adjudicación, entre otros de los lotes 1, 4 y 11, -impugnados- a la entidad BAXTER, por resultar la proposición mejor valorada con arreglo a los criterios de adjudicación. Dicha oferta, según el informe de valoración técnica de fecha 12 de junio de 2019 -que consta en el expediente de contratación remitido-, recibió la máxima puntuación (10 puntos) en los citados lotes, en el criterio de adjudicación no automático *“Código de colores”* con la justificación siguiente *“No emplea colores pero su impresión en negro sobre fondo blanco (transparente) es de mayor claridad y mas fácil lectura que la impresión en color”*.



- El 8 de julio de 2019, la entidad GRIFOLS -actual adjudicataria de los citados lotes-, presentó, según consta en el expediente de contratación remitido, solicitud en el Registro del órgano de contratación, para la revisión de las puntuaciones asignadas en relación a los criterios no automáticos, consignados en el informe técnico de 12 de junio de 2019, en concreto y en lo que aquí interesa, solicita respecto al criterio de adjudicación no automático *“Código de colores”* la asignación de 0 puntos a la oferta realizada por BAXTER a los lotes licitados por esta -entre los que se encuentran los lotes 1, 4 y 11-, en lugar de los 10 puntos asignados, alegando para ello que *“las bolsas de Baxter NO DISPONEN del código de colores”*, indicando textualmente que *“en este criterio se está valorando si tiene o no tiene código de colores. No se está valorando si es más o menos legible. Por tanto, si se dispone de código de colores la valoración debe ser 10 y si no se dispone de código de colores la valoración debe ser 0”*.

- Analizado el escrito presentado por GRIFOLS, a solicitud de la mesa de contratación, -según indica el órgano de contratación en su informe-, la comisión técnica emitió el 12 de julio de 2019, un nuevo informe en el que pone de manifiesto respecto al citado criterio -*“Código de colores”*-, que Baxter *“no emplea código de colores”*, entre otros, respecto de los lotes 1, 4 y 11, asignándole 0 puntos. El citado informe ha sido publicado en el perfil de contratante el 29 de julio de 2019.

- Previa publicación en el perfil de contratante el 24 de julio de 2019, de la correspondiente convocatoria, la mesa de contratación en sesión celebrada el 26 de julio de 2019 comunica en acto público el resultado del nuevo informe técnico, indicando la correspondiente acta que *“vistas las alegaciones formuladas por la mercantil GRIFOLS MOVACOS, S.A., la Comisión Técnica Provincial, ha procedido a emitir un nuevo informe técnico de las distintas ofertas, aplicando los criterios de adjudicación de carácter subjetivo establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*. La citada acta ha sido publicada en el perfil de contratante el 6 de agosto de 2019.

- Posteriormente el órgano de contratación dicta resolución de adjudicación del contrato. En concreto los lotes 1, 4 y 11 son adjudicados a GRIFOLS. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 10 de septiembre de 2018.

**SEXTO.** Contra la citada resolución de adjudicación, se alza BAXTER, solicitando que con estimación del presente recurso, se anule la adjudicación realizada a favor de GRIFOLS de los lotes 1, 4 y 11, ordenando



que se mantenga la valoración inicial realizada y, por ende, la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación en fecha 21 de junio de 2019, y de acuerdo con esta se proceda a la adjudicación de los citados lotes a la entidad recurrente.

Para ello, la recurrente funda su pretensión en la inadecuada actuación de la mesa de contratación, al considerar que la nueva valoración se ha realizado obviando el procedimiento legalmente establecido, con clara infracción del artículo 146.2 de la LCSP y de la cláusula 7.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), alegando que esta, -la mesa de contratación-, según ha podido constatar con ocasión de la vista de expediente realizada en sede del órgano de contratación y tras consultar el perfil de contratante, tras aprobar una primera valoración de las ofertas en aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, y proceder a la apertura de los sobres que contenían la documentación evaluable de forma automática, y, una vez efectuada la propuesta de adjudicación de los lotes impugnados a favor de BAXTER, decidió, tras recibir un escrito de la mercantil GRIFOLS, de forma unilateral retrotraer el procedimiento para efectuar una nueva evaluación de la documentación obrante en el sobre número 2, alterando, según indica “la adjudicación de los lotes 1, 4 y 11” y resultando finalmente adjudicataria de los citados lotes la entidad GRIFOLS, con clara ruptura del principio de confidencialidad de las ofertas e igualdad de los licitadores.

Asimismo, señala que la resolución de adjudicación impugnada no contiene ningún antecedente de hecho o motivación que incite a pensar que se ha producido alguna alteración en la puntuación inicialmente asignada o que denote que el órgano de contratación se ha apartado de la propuesta realizada por la mesa de contratación en fecha 21 de junio. De 2019.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe al recurso, manifiesta, que en ningún caso se ha producido una quiebra del principio de igualdad de trato, máxime cuando ha existido un error por parte de la comisión técnica que nunca debió haber otorgado puntuación alguna a la oferta de BAXTER en el correspondiente criterio de adjudicación, al no reunir el requisito del código de colores en sus productos.

Respecto a los efectos derivados del error acaecido, en orden a determinar si procede la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas con arreglo a tales criterios de adjudicación o en su caso la anulación íntegra del procedimiento de adjudicación, por entender comprometida la



confidencialidad y el secreto de las proposiciones de los interesados, el órgano de contratación, considera que el criterio de adjudicación “Código de colores”, nunca debió calificarse como criterio no automático, por ser a su juicio un criterio objetivo, por lo que la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración del citado criterio de adjudicación no altera el orden lógico de sus fases ni afecta al principio de transparencia y no discriminación.

Finalmente, concluye que en cualquier caso no procede atender la solicitud de la recurrente para que se corrijan las puntuaciones concedidas y se le adjudique el contrato, apreciado el error en la valoración realizada por la comisión técnica.

Por su parte, GRIFOLS -adjudicataria-, en el trámite de alegaciones concedido se opone a las pretensiones de la recurrente en los términos que constando en el presente procedimiento se dan aquí por reproducidos.

**SÉPTIMO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Para ello debemos analizar si la propuesta de BAXTER a los lotes impugnados cumple con lo previsto en el criterio de adjudicación no automático “Código de colores”, y en consecuencia la baremación realizada en su día fue correcta, o por el contrario la comisión técnica con ocasión del primer informe de valoración emitido, cometió un error al valorar la oferta de BAXTER de acuerdo con el citado criterio.

Al respecto, el Anexo al cuadro resumen del PCAP, establece los criterios de adjudicación del presente acuerdo marco, y en concreto en lo que aquí interesa, dispone lo siguiente:

Nºorden	CRITERIO	Evaluable auto/no automáticamente	Ponderación
6	Código de colores: *En las distintas presentaciones (composición) Y también en el caso de sueros aditivados con potasio (distintas concentraciones)	No automático	0 - 10

De la redacción del propio criterio se desprende que es condición necesaria para valorar la oferta conforme al mismo, la disposición del código de colores en los productos ofertados. En consecuencia la no disposición de este requisito determinaría la imposibilidad de asignar puntuación alguna a la oferta presentada por BAXTER conforme al citado criterio.



Procede recordar que es doctrina consolidada de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales que el pliego es *“lex inter partes”* y vincula no solo a los licitadores sino también al órgano de contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquel se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina existente, la apreciación de la posible existencia de error en la valoración no requiere de un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

En este sentido, de la propia documentación obrante en el expediente, en concreto del contenido del informe técnico de 12 de junio de 2019 –reproducido en el fundamento de derecho QUINTO de la presente resolución y donde se reconoce que la oferta de BAXTER no presenta código de colores-, se evidencia el error cometido por la comisión técnica, al asignar a los productos ofertados por BAXTER a los lotes 1, 4 y 11, 10 puntos, sin disponer de dicho código, y sin que por otra parte, la recurrente cuestione dicho extremo con ocasión del recurso interpuesto, limitándose a combatir únicamente la actuación de la mesa de contratación, lo que supone el reconocimiento implícito de la ausencia del citado código en los productos ofertados.

Sentado lo anterior, una vez advertido el error en la puntuación asignada, procede analizar la conformidad a derecho de la actuación de la mesa de contratación.

Al respecto, procede señalar que si bien, como señala la recurrente, el artículo 146.2 de la LCSP, determina la imposibilidad de efectuar una nueva valoración de la oferta conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas automáticas al objeto de preservar el secreto de las ofertas y garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, dicha circunstancia no acontece en el presente supuesto, donde la comisión técnica con la emisión del nuevo informe, corrige el



error material acaecido durante el proceso de valoración de la oferta de BAXTER, mediante la rectificación de la valoración inicialmente realizada, en relación a los criterios de adjudicación no automáticos, pero en ningún caso como alega la recurrente, se realiza una nueva evaluación de su oferta conforme a los citados criterios, sin que dicha actuación comprometa la confidencialidad de las ofertas ni la quiebra del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Sentado lo anterior, procede señalar que, en contra de lo alegado por la recurrente, en ningún caso la nueva puntuación asignada a esta, implicaría una alteración de “la adjudicación de los lotes 1, 4 y 11”, por cuanto de conformidad con el artículo 157.6 de la LCSP, en el procedimiento abierto, *“La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. (...)”*. En este sentido, procede traer a colación la resolución 242/2019, de 25 de julio, de este Tribunal, en la que se reconocía la posibilidad de que por parte de la mesa de contratación se revisara la propuesta de adjudicación inicial advertido el error cometido en la valoración de la oferta conforme a los criterios sujetos a juicio de valor, y en la que con invocación del artículo 157 de la LCSP, antes citado, señalaba que *“Por tanto, antes de la adjudicación, es posible la corrección de defectos apreciados durante el proceso de licitación. Así lo reconoce expresamente el artículo 44.3 de la LCSP cuando señala que <<Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho(..)>>”*.

De este modo, una corrección a tiempo de la infracción detectada permite salvar la legalidad de actos posteriores y en particular, de la adjudicación; máxime cuando, en el caso que analizamos, el error se evidencia de un modo objetivo, sin necesidad de realizar juicios valorativos, al constatarse del contenido del primer informe de valoración emitido el incumplimiento por la oferta de la recurrente de las condiciones previstas en el criterio de adjudicación *“Código de colores”*.

Por otra parte, si se hubiese mantenido la propuesta inicial de adjudicación de los lotes impugnados a BAXTER -recurrente-, y la puntuación inicialmente asignada a esta en el criterio *“Código de colores”*, la mesa de contratación habría vulnerado el principio *“lex contractus”*, eximiendo a la recurrente de cumplir las condiciones previstas en un criterio para su valoración, con clara vulneración del principio de igualdad respecto al resto de empresas participantes.



Así pues, debemos concluir, que en el caso examinado, se dan todas las circunstancias para considerar ajustada a derecho la actuación de la mesa de contratación, retrotrayendo las actuaciones para la aprobación de un nuevo informe de valoración técnica y corrección de la irregularidad cometida durante el proceso de valoración de las ofertas, mediante la rectificación de la puntuación inicialmente asignada a BAXTER en el criterio “ *Código de colores*”.

Por último, la recurrente aduce que la resolución de adjudicación no deja constancia en sus antecedentes de hecho de ninguna actuación de la mesa que incite a pensar que ha rectificado la puntuación inicialmente asignada a esta, o de que el órgano de contratación se ha apartado de la propuesta inicialmente realizada por la mesa de contratación, sin que argumente el perjuicio que dicha circunstancia le ha causado.

Al respecto, consta en el perfil de contratante, la publicación el 6 de agosto de 2019, del acta correspondiente a la sesión celebrada por la mesa el 26 de julio de 2019, donde se comunica públicamente el nuevo informe técnico emitido con ocasión de las alegaciones formuladas por GRIFOLS. Asimismo, procede señalar que el fundamento de derecho SEGUNDO de la Resolución de adjudicación impugnada, recoge de forma expresa que el Anexo I adjunto a la citada Resolución contiene la información necesaria a la que hace referencia el artículo 151.1 de la LCSP, detallándose en este las puntuaciones obtenidas por los distintos licitadores y su justificación, quedando patente la rectificación operada en la puntuación inicialmente asignada a la recurrente en los lotes impugnados y los motivos de la misma. Lo anterior determina que la omisión referida por la recurrente en los antecedentes de hecho de la resolución impugnada en ningún caso le ha causado perjuicio alguno a la hora de combatir la puntuación asignada a su oferta, mas aun cuando la propia recurrente, en su escrito de recurso, pone de manifiesto que ha tenido conocimiento de la actuación de la mesa de contratación con ocasión de la vista de expediente realizada en sede del órgano de contratación con carácter previo a la interposición del presente recurso.

En consecuencia, procede la desestimación 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 **BAXTER, S.L.**, contra la Resolución, de 12 de julio de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el acuerdo marco para el “*Suministro de Medicamentos para Fluidoterapia con destino a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén*” (Expte. A.M.155/2019), respecto a los lotes 1, 4 y 11.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto a los lotes 1, 4 y 11 del contrato.

**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.

