

Recurso 24/2020

Resolución 297/2020

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

Sevilla, 8 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BRAINLAB SALES GMBH** contra la resolución, de 19 de noviembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Arrendamiento y mantenimiento con opción de compra de un neuronavegador destinado a la Unidad de Gestión Clínica de neurocirugía del Hospital Universitario de Jaén, centro vinculado a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén” (Expte. PA 305/2019 CCA: +6.63KNJKV), convocado por el Hospital Universitario 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 junio de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea 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 426.599,77 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.



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. El órgano de contratación, mediante resolución de 19 de noviembre de 2019, adjudica el contrato a la entidad MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. (en adelante MEDTRONIC).

El 22 de enero de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BRAINLAB SALES GMBH (en adelante BRAINLAB) contra la citada resolución de adjudicación. Dicho escrito de recurso fue remitido a través de Correos, sucursal 46 de Madrid, donde tuvo entrada el 15 de enero de 2020, circunstancia que fue comunicada dicho día mediante correo electrónico a este Órgano.

CUARTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 23 de enero de 2020 se da traslado del recurso al órgano de contratación y se le solicita el informe sobre el mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha documentación tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 11 de febrero de 2020.

QUINTO. Previa solicitud por parte del órgano de contratación de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, este Tribunal por Resolución de 13 de marzo de 2020 acuerda su mantenimiento.

SEXTO. 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.

SÉPTIMO. Con fecha 22 de junio de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad MEDTRONIC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente -BRAINLAB- para la interposición del recurso dada su condición de entidad 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.

El objeto de licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil 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.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución de adjudicación le fue notificada a la entidad ahora recurrente el 20 diciembre de 2019, por lo que el escrito de recurso dirigido a este Tribunal y presentado el 15 de diciembre de 2019 a través de correos, cumpliendo las formalidades previstas en el artículo 51.3 de la LCSP, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de dicha norma.



QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 19 de noviembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo se declare su nulidad, y «se proceda con el siguiente orden de prelación:

1 Se retrotraerán las actuaciones, cuando menos, hasta el momento de la reunión de la Mesa de contratación en la que se realizó la propuesta de adjudicación, no debiéndose admitir la oferta de 0 € de MEDTRONIC en el criterio objetivo de coste de final de vida del equipo al implicar la imposibilidad de valorar la oferta de BRAINLAB en proporcionalidad inversa como exigen los PCAP, y proponer al Órgano de contratación la adjudicación a la empresa BRAINLAB, previa apertura del periodo de prueba solicitado.

2 Siempre que no se acepte lo recurrido en el punto anterior se retrotraerán las actuaciones, cuando menos, hasta el momento de la reunión de la Mesa de contratación en la que aprobó el informe técnico de valoración de los criterios subjetivos, excluyendo del mismo la valoración de los criterios 2 y 3 expuestos anteriormente, por ir contra el principio de transparencia e igualdad de trato, previa apertura del periodo de prueba solicitado.».

Como se infiere de su pretensión, formula la primera con carácter principal y la segunda de forma subsidiaria, para el supuesto que no le fuese estimada aquella.

Funda la recurrente su pretensión principal en la incorrecta valoración del criterio de adjudicación evaluable mediante la aplicación de fórmulas “Costes de final de vida del equipo”, recogido en el apartado 13.2 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Dicho criterio dispone expresamente lo siguiente: «*Costes de final de vida del equipo (costes de desconexión, retirada y de reciclado del equipo): hasta 2 puntos. Se otorgará la máxima puntuación a la mejor oferta, puntuándose el resto mediante proporcionalidad inversa*».

Al respecto, manifiesta la recurrente que el órgano de contratación al asignarle una valoración de cero puntos, por su oferta de un euro, no ha aplicado en su obtención la proporcionalidad inversa, al haber empleado una fórmula que se invalida cuando hay ofertas de importe cero, por lo que se ha incumplido la regla de valoración marcada en el PCAP. En este sentido, señala que prueba de que la fórmula empleada por el órgano evaluador no es válida cuando hay ofertas de importe cero es que si hubiese otra, de por



ejemplo mil euros, obtendría la misma puntuación, cero puntos, que la oferta de importe de un euro, lo que va contra cualquier norma de proporcionalidad.

Asimismo, indica que en cuanto a la posibilidad, contemplada en la Resolución 1044/2018, de 16 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de asignar a la oferta cero el precio de 0,01 euros para que funcionara una fórmula que no había previsto esta circunstancia, en este caso no sería admisible pues beneficiaría a MEDTRONIC que sería la adjudicataria de la licitación, como dictamina el mencionado Tribunal en la referida resolución; en todo caso, si se pretendiera asignar a la oferta cero un precio cercano para que funcionara la fórmula, este debería ser el inmediatamente anterior a la siguiente oferta por orden de cuantía, como contempla la Resolución 482/2016 del referido Tribunal, que sería de 0,99 euros (al ser la oferta de BRAINLAB de un euro).

En este sentido, señala la recurrente que al preparar su oferta en dicho criterio de coste de final de vida del equipo fue consciente, como cualquier otra licitadora con cierta experiencia en preparar ofertas públicas, que hacerlo por cero euros, incluso centésimas de euro, impediría la utilización de la fórmula de proporcionalidad inversa para valorar el resto de las proposiciones o, al menos, la desvirtuaría, por lo que en un ejercicio de responsabilidad y acatamiento del PCAP ofertó un euro.

Concluye la recurrente en que debe estimarse la nulidad de la resolución de adjudicación, retrotrayendo las actuaciones, cuando menos, hasta el momento de la reunión de la mesa de contratación en la que se realizó la propuesta de adjudicación, no debiendo admitirse la oferta de cero euros de MEDTRONIC en el criterio de coste de final de vida del equipo, al implicar la imposibilidad de valorar la oferta de BRAINLAB en proporcionalidad inversa como exige el PCAP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que la proporcionalidad inversa a la que alude el cuadro resumen del PCAP se ha aplicado de acuerdo con la siguiente regla matemática, que es la misma que se ha utilizado con los criterios “Oferta económica” y “Coste de mantenimiento de futuro”: oferta más económica * puntuación máxima del criterio/oferta objeto de valoración. En este sentido, aclara que de acuerdo con lo expuesto, no hay duda que la oferta de MEDTRONIC, sin necesidad de realizar cálculo matemático alguno, habría de recibir la máxima puntuación (2 puntos), conforme lo dispone



aquel (el PCAP) de manera expresa, y la de BRAINLAB, aplicada la fórmula antes indicada, recibió cero puntos.

A juicio del órgano de contratación, lo anteriormente expuesto demuestra que la alegación realizada por la recurrente de que la admisión de la oferta de la adjudicataria impide valorar la presentada por BRAINLAB, por no permitir aplicar la regla de proporcionalidad inversa prevista por el PCAP, carece, como se ha visto, de todo fundamento, porque todos los operadores matemáticos que se han utilizado en la fórmula, funcionan sin dificultad alguna, siendo, asimismo, importante señalar que no resulta contrario a las normas sobre contratación pública la admisión de ofertas con valor de cero euros.

Por último, MEDTRONIC, como entidad interesada en su escrito de alegaciones al recurso señala que a juicio de la recurrente su oferta no se ha valorado por proporcionalidad inversa pues al ser por importe cero invalidaría dicha regla matemática. En este sentido, indica que si bien desde el punto de vista matemático esto es cierto, entiende que BRAINLAB ofrece a este Tribunal una interpretación interesada de lo ocurrido y de las soluciones jurídicas ofrecidas en otros casos parecidos al presente, con lo cual su recurso resulta carente de todo respaldo legal.

Al respecto, afirma que la validez de una oferta por precio de cero euros es ampliamente reconocida por los tribunales de contratación pública, incluso en una de las resoluciones que menciona la recurrente, la 1044/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, queda claro que una oferta de precio cero puede admitirse sin ningún inconveniente siempre que reúna una serie de requisitos que se cumplen en el caso que se examina.

Asimismo, tras reproducir parte de determinadas resoluciones de dicho Tribunal Central de Recursos Contractuales, indica que es posible convertir el cero en un 0,01 para aplicar la fórmula. En este sentido, aclara que la ahora recurrente no sería en ningún caso la adjudicataria, pues de la aplicación de la misma podría haber obtenido un máximo de 0,02 puntos en lugar de 0 puntos.

SEXTO. Vistas la alegaciones de la partes procede el examen de la controversia suscitada en la pretensión principal del recurso.



Al respecto, ha de partirse necesariamente, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), de que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su la citada cláusula del PCAP, necesariamente han de estar ahora al contenido de la misma.

En este sentido, ha de tenerse asimismo en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso el contenido del criterio de adjudicación evaluable mediante la aplicación de fórmulas “Costes de final de vida del equipo” previsto en el apartado 13.2 del cuadro resumen del PCAP-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Sobre el particular, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*.



Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido al no constar impugnación del mismo en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.

En el supuesto examinado la fórmula elegida para valorar el criterio de adjudicación evaluable de forma automática «*Costes de final de vida del equipo (...): hasta 2 puntos. Se otorgará la máxima puntuación a la mejor oferta, puntuándose el resto mediante proporcionalidad inversa*», como afirman el órgano de contratación y MEDTRONIC, implica atribuir la máxima puntuación (2 puntos) a la proposición que oferte cero euros (sin necesidad de aplicar fórmula alguna), puntuándose las demás ofertas mediante proporcionalidad inversa, esto es en orden decreciente de forma proporcional mediante regla de tres inversa. Lo anterior supone que si alguna entidad licitadora oferta cero euros, como de hecho ha ocurrido, además de obtener la máxima puntuación en ese criterio, determina que a aquellas otras empresas que no hayan ofertado cero euros se le atribuyan cero puntos, como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de cero euros.

Sin embargo, no por ello la fórmula, tal como se recoge en el PCAP, se convierte en inviable cuando alguna entidad licitadora oferta cero euros, como pretende la recurrente, únicamente conduce a puntuar con cero puntos todas aquellas proposiciones que no oferten cero euros respecto a los costes de final de vida del equipo.

En efecto, el hecho de que la valoración del criterio evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas «*Costes de final de vida del equipo*» dé lugar a que las proposiciones que no hayan ofertado cero euros se puntúen con cero puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad, pero que lo vincula, autolimitándolo en el ejercicio de su facultad de apreciación, impidiéndole apartarse de las condiciones que el mismo ha definido.

En este mismo sentido, se pronunció este Tribunal ante un supuesto parecido, en la Resolución 250/2017, de 21 de noviembre, en el que al igual que en el presente caso, la aplicación de la fórmula establecida para la valoración de un criterio evaluable de forma automática, suponía que si alguna entidad licitadora ofertaba cero euros, determinaba que a aquellas otras empresas que hubiesen ofertado otro importe se les



atribuyeran cero puntos. También, en la Resolución 262/2017, de 1 de diciembre, este Tribunal se manifestó en el mismo sentido, en ella fue objeto de análisis el criterio de adjudicación de aplicación automática *«Mejora en la tarifa por exceso de kilometraje»*, que disponía que se valorará con 5 puntos a la oferta que tenga la tarifa cero euros al exceso de kilometraje (lo que exceda de los 30.000 km por vehículo) que se exigen en el pliego de prescripciones técnicas, las demás ofertas presentadas se puntuarán en orden decreciente de forma proporcional mediante regla de tres inversa.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en supuesto similares, se ha pronunciado en el mismo sentido, así en su Resolución 2/2012, de 5 de enero, en la que disponía que *«El sistema elegido para valorar las ofertas económicas implica atribuir la máxima puntuación establecida para cada precio y/o comisión al que ofrezca el menor precio y/o la menor comisión (sin necesidad de aplicar la fórmula), atribuyéndose al resto de ofertas la puntuación -resultante de aplicar la fórmula- que proporcionalmente corresponda en relación con la máxima puntuación y precio y/o comisión mínima. Es verdad que si un licitador ofrece cero para un determinado precio y/o comisión, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto valorable, determinará para el resto de licitadores la atribución de cero puntos en relación con dicho concepto como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de la menor; pero ello no convierte en inaplicable la fórmula, tal como pretende el órgano de contratación. Simplemente, conduce a puntuar (proporcionalmente) con cero puntos todas las ofertas que difieran de la que incorpora el valor cero con respecto al precio y/o comisión de que se trate.»*.

También, el citado Tribunal en ese sentido, ha dispuesto en la Resolución 482/2016, de 17 de junio, que *«El hecho de que la valoración en el subapartado impugnado dé lugar a que las restantes ofertas se puntúen con prácticamente 0 puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la modificación de la fórmula.»*.

No puede, por tanto, admitirse las sugerencias realizadas por las partes de sustituir la oferta de 0 euros por la de 0,01 (órgano de contratación y adjudicataria) o por la de 0,99 (recurrente), al aplicar la fórmula de valoración del criterio evaluable de forma automática que se analiza, pues la ficción jurídica que se hace de sustituir el valor 0 por el de 0,01 o 0,99 para evitar el valor nulo en el cálculo de la puntuación del resto de entidades licitadoras -en este caso de la recurrente-, o bien supone un incumplimiento claro y manifiesto de



lo dispuesto en el PCAP o bien una modificación de la proposición de la licitadora que oferta cero euros a la hora de aplicar la fórmula, cuestiones ambas que infringen el ordenamiento jurídico contractual y, en particular, los principios de seguridad jurídica, de no discriminación e igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 146 de la LCSP, los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas permiten al órgano de contratación llegar a un resultado automático, mediante la aplicación de la misma fórmula a todas las ofertas presentadas, de tal suerte que no queda margen de discrecionalidad alguna ni posibilidad de adecuación de las ofertas para corregir resultados en la valoración de las proposiciones.

En definitiva, la mesa y, por ende, el órgano de contratación aplicaron la fórmula para la valoración del criterio evaluable de forma automática de costes de final de vida del equipo, de la forma establecida en los pliegos a todas las entidades licitadoras, y ello aun cuando supusiese que si alguna entidad licitadora ofertaba cero euros, además de obtener la máxima puntuación en ese criterio, determinaría que a aquellas otras empresas que no hayan ofertado cero euros se le atribuyese cero puntos, pues como se ha expuesto los pliegos son la ley del contrato y vinculan no solo a las entidades licitadoras sino también a los poderes adjudicadores que están obligados a respetarlos.

A mayor abundamiento, ha de ponerse de manifiesto que la fórmula de valoración del citado criterio evaluable de forma automática de «*Costes de final de vida del equipo*», estaba prevista en los pliegos de forma clara y concreta, de tal forma que cualquier entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, debería haber comprendido las consecuencias de la aplicación de dicha fórmula, - pues la misma resulta apreciable tras su mera lectura- y haber impugnado en su caso la cláusula del pliego que establecía la misma en su momento procedimental oportuno, sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas y a la adjudicación del contrato para denunciar esta circunstancia.

En consecuencia, en base a la consideraciones expuestas, procede desestimar la pretensión principal del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Como pretensión subsidiaria, la recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación, con retroacción de «*las actuaciones, cuando menos, hasta el momento de la reunión de la Mesa de*



contratación en la que aprobó el informe técnico de valoración de los criterios subjetivos, excluyendo del mismo la valoración de los criterios 2 y 3 expuestos anteriormente, por ir contra el principio de transparencia e igualdad de trato, previa apertura del periodo de prueba solicitado».

Dichos criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor, se encuentran recogidos en el apartado 13.2 del cuadro resumen del PCAP, que dispone expresamente al respecto lo siguiente: *«Criterios de carácter subjetivo (45 puntos). Para la evaluación de los criterios de carácter subjetivo, se requerirá del personal técnico correspondiente un informe técnico en el que se valorará la manejabilidad del equipo, la facilidad de utilización, el hardware y software de que consta, las funcionalidades y prestaciones, así como la valoración de los elementos y características exigidas en la cláusula 1.2. del pliego de prescripciones técnicas que hacen alusión a la tecnología, estructura técnica, disponibilidad de emisores electromagnéticos y de aspiradoras flexibles y navegables y la posibilidad de utilización en columna vertebral. Asimismo, se valorarán los planes de mantenimiento preventivo, correctivo y técnico legal».*

Por su parte, la valoración de las ofertas de las dos únicas empresas licitadoras relativas a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, se encuentra recogida en el informe técnico, de 11 de noviembre de 2019, de la persona responsable en funciones de la Unidad de Gestión Clínica de Neurocirugía. En dicho informe se señala que los 45 puntos con que se ponderan los criterios de valoración no automática se han asignado de la siguiente forma:

- «1. Cumplimiento de las características y elementos técnicos exigidos en la cláusula 1.2. del pliego de especificaciones técnicas: 25 puntos*
- 2. Valoración del hardware y software: 6 puntos*
- 3. La manejabilidad y facilidad de utilización del equipo, centrado en si el equipo presenta un sistema de navegación electromagnética: 10 puntos*
- 4. Funcionalidades y prestaciones: 2 puntos*
- 5. Planes de mantenimiento preventivo, correctivo y técnico legal: 2 puntos».*

Acto seguido, el informe detalla la valoración de ambas proposiciones en función de la citada asignación y de lo ofertado por dichas licitadoras, estableciendo para los criterios 2 y 3 anteriores lo siguiente:

«Valoración de la oferta presentada por BRAINLAB SALES GmbH



2. *Valoración del hardware y software: la oferta no incluye en el sistema ofertado la integración con el microscopio quirúrgico, ni la integración con el ecógrafo intraoperatorio. Por tanto, no se asigna puntuación en este apartado al considerarse dos temas esenciales para la unidad, como se aclara más adelante.*

3. *Manejabilidad y facilidad de utilización del equipo: en la página 16 de la informa técnica aportada por la empresa se dice textualmente "... posibilidad de usar el emisor móvil con el paciente sujeto a cabezal Mayfield estándar o con cabezal de herradura, aunque no es óptimo debido a las interferencias generadas por este tipo de uso". En la página 17 de la documentación se añade "... la cabeza del paciente puede estar apoyada en la mesa quirúrgica con almohadillas de gel o apoyacabezas radiotransparentes en herradura compatible con cabezales radiotransparentes". En la UGC de Neurocirugía no se dispone de cabezal ni de sistema de herradura radiotransparente. Esto no nos permite realizar la navegación electromagnética con la cabeza del paciente sin fijar, Por otra parte, el sistema para biopsia con el brazo "Varioguide" de Brainlab solo permite la navegación óptica, no la electromagnética, lo que dificulta su realización en determinadas situaciones, como intervención en pacientes despiertos con la cabeza sin fijar o de cirugías en fosa posterior. Por lo expuesto se asignan un total de 7 puntos.*

Valoración de la oferta presentada por MEDTRONIC IBÉRICA S.A.

2. *Valoración del hardware y software: el sistema ofertado es un equipo completo que integra todas las posibilidades. En la página 3 de la ficha técnica se especifica "...la integración con dispositivos externos incluyendo microscopio y ultrasonidos" (ecógrafo). La integración con el microscopio permite la visualización directa a través del microscopio de la planificación realizada en el navegador, haciéndola coincidir con la visión del cerebro a tiempo real, comprobando directamente que coincide con la información proporcionada por el navegador. La integración con la ecografía (ultrasonidos) permite la navegación a tiempo real, evitando las consecuencias del desplazamiento cerebral cuando nos tenemos que basar en una RNM o TAC prequirúrgicos en caso de resección de tumores voluminosos o profundos o de lesiones quísticas de cualquier localización, o cambio de la posición de la cabeza del paciente en relación con la imagen de RNM prequirúrgica. Por lo expuesto se asignan un total de 6 puntos.*

3. *Manejabilidad y facilidad de utilización del equipo: con respeto a la navegación electromagnética, el sistema de Medtronic aporta mayor inmunidad frente a interferencias de elementos ferromagnéticos lo que permite la utilización con cabezal de Mayfield habitual (el que se dispone en la unidad) sin necesidad de ser radiotransparente. El sistema de biopsia de Medtronic permite tanto la navegación óptica como la electromagnética. Dispone de posibilidad de utilizar sistema fijado a cráneo y del brazo "Vertek". Consta además de dos sistemas de emisión electromagnética, uno de ellos de montaje lateral y de un segundo emisor, es plano y permite colocarlo debajo de la cabeza del paciente, eliminando obstrucciones de los flujos de trabajo (página 7 de la documentación aportada). Por lo expuesto se asignan un total de 10 puntos.».*



Pues bien, como expone en su pretensión la recurrente solicita que se excluya del informe técnico de evaluación, *“la valoración de los criterios 2 y 3 expuestos anteriormente, por ir contra el principio de transparencia e igualdad de trato”*. Y ello en base a los siguientes argumentos:

1. De forma general señala que en el PCAP, por un lado, no se establece ponderación individual alguna sino una global para asignar los 45 puntos, y por otro lado, tampoco se han establecidos aspectos (criterios en terminología del recurso) para la valoración.

2. En concreto, respecto del criterio 2 recogido en el informe técnico *“Valoración del hardware y software”*, señala la recurrente que en el informe de valoración se reseña que la nula puntuación asignada a BRAINLAB se justifica en no haber ofertado el software de la integración con el microscopio quirúrgico y con el ecógrafo intraoperatorio, al considerarse dos temas esenciales para la Unidad de Gestión Clínica (UGC). En este sentido, indica el recurso que al tratarse de dos temas esenciales para dicha UGC, deberían haberse detallado en los PCAP como elementos para la valoración del citado criterio 2 recogido en el informe técnico.

Manifiesta la recurrente que es paradójico que en la valoración del citado criterio 2, no se hayan tenido en cuenta las numerosas e importantes mejoras ofertadas por BRAINLAB, habiéndose valorado todas ellas con 0 puntos de los 6 puntos posibles, mientras que a MEDTRONIC se le haya asignado la puntuación máxima, sólo por haber ofertado la integración con el microscopio y el ecógrafo, como se justifica en el informe técnico de valoración. Ello, a juicio de la recurrente, le ha privado de la información de la necesidad de dicha integración, que debería haber figurado en el PCAP, para poder incluirla en su oferta.

3. En cuanto al criterio 3 recogido en el informe técnico *“La manejabilidad y facilidad de utilización del equipo, centrado en si el equipo presenta un sistema de navegación electromagnética”*, señala la recurrente que se marca como criterio para su valoración el sistema de navegación electromagnética ofertado en el equipo, aspecto no recogido en el PCAP para la valoración del criterio, por lo que BRAINLAB no pudo tener en cuenta dicho aspecto para realizar su oferta, habiéndose asignado por ello a su oferta 7 puntos y a MEDTRONIC la puntuación máxima de 10 puntos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala en síntesis, por un lado, que este Tribunal siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C 331/04), admite



la posibilidad de aceptar la concreción de subcriterios y de su ponderación, siempre que no se modifiquen los criterios de adjudicación definidos en el pliego; no se incluyan elementos que de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubieran podido influir en aquella; y la atribución realizada no tenga efectos discriminatorios, requisitos que se dan en el presente supuesto. Alega que en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 899/2015, de 5 de octubre, y por otro lado, afirma rechazar que, vía informe técnico, se hayan incluido elementos no relacionados con el criterio de adjudicación que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas por la recurrente, hubieran podido influir en aquella.

En este sentido, señala que las empresas licitadoras han dispuesto de la misma información y de idénticas posibilidades para realizar su oferta. Para justificar dicho alegato el informe al recurso indica que *«Las dos empresas que se han presentado a la licitación han dispuesto desde el comienzo del proceso de la misma información por nuestra parte, y, en todo momento, hemos respondido a las dudas o requerimientos que nos hayan manifestado. Tanto a Brainlab como a Medtronic les explicamos la importancia para nuestra Unidad de un navegador con todas las características disponibles, puesto que se trata de nuestra adquisición más ambiciosa, solo podemos disponer de un único sistema durante muchos años a la vista y, por tanto, éste requiere estar dotado de la tecnología actual más avanzada para hacer frente a las necesidades presentes y futuras. A ambas empresas les hemos concedido las mismas oportunidades de mostrarnos y explicarnos su sistema de navegación.*

Esto incluyó un periodo de prueba de los dos sistemas en el entorno de quirófano de nuestra Unidad para realizar intervenciones tanto craneales como de columna durante el tiempo y con las funcionalidades que cada empresa estimó oportuno mostrar.

A las dos casas comerciales, BRAINLAB Y MEDTRONIC les especificamos desde el comienzo la importancia de adquirir un sistema completo, dotado de todas las características, como corresponde a un equipo de alta gama y precio y las necesidades de nuestra Unidad.

(...)

A las dos empresas les enfatizamos la importancia de un equipo completo, incluyendo integración con el microscopio y con el ecógrafo (...).».



En este sentido, el órgano de contratación en su informe al recurso hace referencia a tres correos electrónicos emitidos por la entidad BRAINLAB con fecha 5 y 24 de junio y 28 de agosto, todos de 2019, dirigidos a determinado profesional miembro de la UGC de Neurocirugía, cuya existencia ha sido constatada por este Tribunal. Sobre el particular, dicho profesional en informe al respecto en síntesis señala:

1. Con respecto a la integración con el microscopio y con el ecógrafo, que a los dos empresas se les enfatizó la importancia de la adquisición de un equipo completo, incluyendo la integración con el microscopio y con el ecógrafo. En este sentido, señala que en correo electrónico de de 24 de junio de 2019 la empresa BRAINLAB le especifica que tras nuestra reunión en su servicio, sobre información y videos detallados de las soluciones que queremos ofrecerle les invito a conocer las soluciones de Brainlab que comentamos, y entre se incluye la integración con el microscopio y con el ecógrafo.

Asimismo, indica dicho informe que en otro email remitido también por BRAINLAB el 28 de agosto de 2019, afirman resumir algunas de las soluciones que podrá encontrar en su stand y que pueden ser de interés, como la navegación con ecógrafo.

Al respecto, señala el informe que estos dos emails remitidos por la casa BRAINLAB y las conversaciones mantenidas muestran el conocimiento que tenían de nuestras prioridades y las soluciones pertinentes para nuestros pacientes, lo que nos hizo estar convencidos de que su sistema ofertado presentaba tanto la integración con el microscopio como con el ecógrafo intraoperatorios, hasta que leímos la documentación de su oferta definitiva; como queda de manifiesto en estos emails, la propia casa comercial BRAINLAB nos indica la importancia y las ventajas que tiene la integración con el microscopio y con el ecógrafo.

Por tanto, concluye el mencionado informe que sí que les hicimos saber qué las dos características eran relevantes para nuestro servicio; sin embargo, en la oferta definitiva de BRAINLAB se especifica que su sistema no incluye estas características (paginas 26 y 27 del libreto de su oferta técnica). Asimismo, indica que MEDTRONIC, habiendo dispuesto de la misma información, ha ofertado un equipo que sí incluye la integración con el microscopio y con el ecógrafo intraoperatorios. En este sentido, aclara el informe que nuestro microscopio es de la marca Zeiss (Pentero) con el hardware y el software actualizados hace un año,



y completamente compatible con la integración con el navegador, siendo ese el motivo de otorgarle una mayor puntuación a dicha entidad en el apartado "Valoración del hardware y software".

2. Con respecto a la navegación electromagnética, afirma el informe que en el navegador ofertado por BRAINLAB, en las páginas 16 y 17 de su proposición se detallan las posibilidades del mismo. En este sentido, indica dicho informe que en su unidad de neurocirugía no se dispone de cabezal de Mayfield ni de arco herradura radiotransparentes, por lo que en caso de adquirir el navegador de BRAINLAB no podrían utilizar la navegación magnética con los soportes disponibles, o deberían hacer un muy importante desembolso económico después de la compra para adquirir unas fijaciones radiotransparentes (que pueden estar en torno a 40.000 euros).

Sin embargo, señala el informe que el sistema de navegación electromagnética de MEDTRONIC aporta mayor inmunidad frente a interferencias de elementos ferromagnéticos (página 7 de su documentación) lo que permite la utilización con cabezal de Mayfield habitual, metálico (el que se dispone en la unidad), sin necesidad de ser radiotransparente; esta característica del navegador de MEDTRONIC se ha podido comprobar en cirugía real en quirófano durante el periodo de prueba, y funciona perfectamente con los sistemas de fijación metálicos con los que cuenta la unidad.

Concluye el informe al recurso que estos correos electrónicos acreditan varias cosas:

«Primero: que la entidad recurrente dispone de soluciones que permiten la integración de su equipo con microscopio y el ecógrafo.

Segundo: que aquella es perfectamente conocedora de la importancia de aquellas soluciones para un Servicio de neurocirugía en general y el del Hospital Universitario de Jaén, en particular.

Tercero: que no resulta extraño que en el presente procedimiento se valore, dentro del parámetro denominado hardware y software del equipo, la disponibilidad de dichas soluciones informáticas, habituales en un equipo de última generación.

Cuarto: que es totalmente compatible con la lógica y el sentido común que un Servicio de Neurocirugía cuente, como se afirma en el nuevo informe al que se viene aludiendo, con un equipo



completo, con el mayor número de prestaciones posibles, siempre, claro está, que, como aquí ocurre, se cuenta con la disponibilidad económica adecuada.

Quinto: que la mercantil dispuso de la información suficiente para haber realizado una oferta que incluyera la integración con el microscopio y el ecógrafo. El hecho de que no lo hiciera, lógicamente es desconocido para la Administración, pero quizás pueda responder a una visión economicista, que ahora, vía recurso, quiere imponerse, y que no encuentra cabida en la vigente Ley de Contratos de Sector Público, entre cuyos principales objetivos, junto al de lograr una mayor transparencia, totalmente respetado en la presente licitación, se encuentra el de “ (...) conseguir una mejor relación calidad-precio (...) ” para lo que “ (...) se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, servicios y suministros de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos (...) vinculados al objeto del contrato”.

Sexto: que al valorar y asignar la puntuación de este elemento de valoración no se ha discriminado en modo alguno a la recurrente pues esta, que disponía de las soluciones informáticas analizadas, tenía efectivo y real conocimiento de su importancia.».

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la pretensión subsidiaria formulada en el recurso. En este sentido, como se ha expuesto la recurrente denuncia que en los criterios 2 y 3 establecidos en el informe técnico de valoración no se ha seguido lo recogido en el PCAP, dado que en éste, por un lado, no se establece ponderación individual alguna sino una global para asignar los 45 puntos, y por otro lado, tampoco se han establecido los aspectos para la evaluación que después se recogen en el citado informe de valoración.

Pues bien, en primer lugar, como se ha expuesto, denuncia la recurrente que el PCAP no establece ponderación individual alguna sino una global de 45 puntos. Al respecto, se ha de poner de manifiesto que el hecho de que la puntuación establecida para los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor haya sido distribuida por la comisión técnica entre los cinco apartados (criterios en la terminología del informe técnico de valoración) descritos anteriormente en la proporción de 25, 6, 10, 2 y 2 puntos, respectivamente, de un total de 45, de los cuales el recurso solo cuestiona los apartados 2 y 3 (6 y 10 puntos), no vicia de nulidad sin más la valoración efectuada. En este sentido, el informe técnico solo ha pretendido objetivar el peso de tales apartados al definir la metodología a seguir en la valoración de las



ofertas, lo que no puede considerarse por sí solo exceso de discrecionalidad ni falta de transparencia. En definitiva, la metodología del informe es el modo en el que el órgano evaluador pretende aplicar y concretar aquellos criterios en ejercicio de su juicio técnico y especializado.

En sentido similar se ha pronunciado este Tribunal, entre las más recientes, en su Resolución 139/2020, de 1 de junio, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 391/2019, de 17 de abril.

Asimismo, es doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 316/2019, de 2 de octubre, entre otras), apoyada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005 (asunto C 331/04 – ATI EAC Srl y Viaggi di Maio), que la mesa de contratación puede ponderar, en fase de valoración de las ofertas, subcriterios de adjudicación descritos pero no puntuados en el pliego siempre que concurren dos requisitos: que no se modifiquen los criterios de adjudicación definidos en el pliego y que la valoración no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de preparar las ofertas, hubieran influido en su preparación, circunstancias que conforme a lo expuesto en el presente fundamento de derecho concurren en el supuesto examinado.

Por tanto, ha de concluirse que en los aspectos evaluados objeto de recurso, no se han visto superados los límites de la discrecionalidad técnica que rige en el proceso de valoración de las proposiciones.

En segundo lugar, si bien es cierto que si el órgano de contratación tanta importancia le daba a que el equipo a adquirir, por un lado, se integrara con el microscopio y con el ecógrafo, y por otro lado, poseyera un sistema de navegación electromagnética, podía haberlo exigido, justificándolo adecuadamente, bien como requisito mínimo o expresamente como criterio de adjudicación.

Sin embargo, a pesar de ello, no es menos cierto que, al contrario de lo que manifiesta la recurrente, como se puede constatar de lo expuesto, la misma sí disponía de la información necesaria para elaborar una oferta que cubriera las necesidades que la Administración demandaba.

En efecto, como la propia BRAINLAB manifiesta en sus correos electrónicos -que obran en el expediente del recurso y a los que ha tenido acceso este Tribunal- conocía la situación y necesidades del servicio de neurocirugía e incluso ofreció la posibilidad de mostrar las diversas soluciones para dicho servicio a través



de videos explicativos, entre los que se encontraban los relativos a la integración con el microscopio y con el ecógrafo y la de poseer un sistema de navegación electromagnética (correo electrónico de 5 de junio de 2019).

En definitiva, la ahora recurrente tuvo conocimiento de las necesidades del servicios de neurocirugía relativas a que el equipo que se pretendía adquirir debía integrarse con el microscopio y con el ecógrafo y poseer un sistema de navegación electromagnética, pudiendo haber realizado una oferta acorde a las mismas.

Procede, pues, la desestimación de la pretensión subsidiaria y con ella 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 **BRAINLAB SALES GMBH** contra la resolución, de 19 de noviembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Arrendamiento y mantenimiento con opción de compra de un neuronavegador destinado a la Unidad de Gestión Clínica de neurocirugía del Hospital Universitario de Jaén, centro vinculado a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén” (Expte. PA 305/2019 CCA: +6.63KNJKV), convocado por el Hospital Universitario 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.

