Recurso 482/2022
Resolución 625/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENDOOK EUROPA, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 18 de noviembre de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro equipamiento para central de esterilización con destino al Hospital Universitario Virgen de la Victoria, perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, financiado con fondos React-EU." (Expte. CCA.6LN5VCT, CONTR 2022 549608), respecto del lote 3, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, 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 2 de agosto de 2022 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 320.492,31 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

El órgano de contratación acordó, el 18 de noviembre de 2022, la adjudicación respecto del lote 3 a favor de la entidad ANTONIO MATACHANA, S.A.. La citada adjudicación fue remitida a la entidad recurrente el 22 de noviembre de 2022.

SEGUNDO. El 30 de noviembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENDOOK EUROPA, S.L. (en adelante ENDOOK o la recurrente) contra el citado acuerdo de adjudicación, de 18 de noviembre de 2022.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad ANTONIO MATACHANA, S.A. (en adelante la adjudicataria).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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. Legitimación.

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. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el cláusula 3.5.2 y por remisión de esta, el apartado 11 del cuadro resumen, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*".

QUINTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 58 del Real Decreto ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

SEXTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación que culminan con el acuerdo de adjudicación impugnado.

Se ha de comenzar indicando que la controversia se centra en la valoración de la oferta de la recurrente respecto de uno de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).

Los criterios de adjudicación se encuentran establecidos en el anexo I al cuadro resumen del PCAP, entre los establecidos y para el lote 3, se encuentra el denominado: *«3. Criterio medioambiental (máximo 5 puntos)»* que se configura de la siguiente forma: *«Consumo eléctrico: Consumo asociado a la potencia eléctrica nominal en vatios (W) del equipo ofertado. La fórmula aplicable será: la puntuación de este criterio multiplicada por el cociente que resulta de dividir la potencia eléctrica nominal del equipo de menor potencia/potencia eléctrica nominal del equipo que se está valorando».*

Consta en el expediente remitido a este Tribunal informe técnico de valoración de las ofertas de 13 de octubre de 2022, que en relación a la propuesta de la recurrente, para el citado criterio y lote número 3, se señala*: «DECLARA – Que el consumo asociado a la potencia eléctrica nominal en vatios (W) del equipo ofertado es de 8,25 KW/H ("Declaración Criterio Ambiental"). No presenta potencia nominal de la lavadora, por lo que no se considera este criterio para valoración»*. Posteriormente la mesa de contratación asume el informe técnico de valoración de ofertas no concediendo a la oferta de la recurrente puntuación respecto del citado criterio por los motivos manifestados, quedando la proposición de ENDOOK clasificada en segundo lugar.

Finalmente, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación el 18 de noviembre de 2022, siendo el acto objeto de recurso en lo que respecta al lote 3.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Como se ha indicado recurre la resolución de adjudicación cuestionando la valoración de las ofertas y en concreto la consideración por parte de la mesa de contratación de la información que facilitó para que le fuera valorada su proposición respecto del criterio de adjudicación de aplicación mediante fórmulas: *«criterio medioambiental»* cuyo objeto es el «*Consumo asociado a la potencia eléctrica nominal en vatios (W) del equipo ofertado»* y en el que la fórmula aplicable queda configurada de la siguiente forma: *«la puntuación de este criterio multiplicada por el cociente que resulta de dividir la potencia eléctrica nominal del equipo de menor potencia/potencia eléctrica nominal del equipo que se está valorando».*

En este sentido la recurrente manifiesta que en su oferta incluyó el siguiente dato: *«Que el consumo asociado a la potencia eléctrica nominal en vatios (W) del equipo ofertado es de 8,25 KW/H ("Declaración Criterio Ambiental")».* Como se ha indicado la mesa de contratación no valoró su oferta respecto del criterio controvertido por no presentar la potencia nominal de la lavadora.

A lo anterior, se opone argumentado, en síntesis lo siguiente:
- Que ha indicado el dato según la dicción literal del pliego, dado que, el kilovatio (kW) hace referencia a la potencia, el kilovatio hora (kWh) al consumo de energía.
- Que el kilovatio hora es una unidad de energía (consumo eléctrico) y que si la energía se transmite o se utiliza a una tasa constante (potencia) durante un período de tiempo, la energía total en kilovatios hora es igual a la potencia en kilovatios multiplicada por el tiempo en horas.
- Que por tanto, la potencia eléctrica nominal en W del equipo se obtiene directamente del dato aportado como

consumo eléctrico (8,25 kw/h), que es lo que se solicita el pliego de condiciones y que sería en este caso de 8.250W o lo que es lo mismo 8,25kw.
- En este sentido, que la oferta se ajusta al pliego y que si al órgano de contratación le generaba duda la información aportada, debería haberle solicitado aclaración al respecto, siendo la misma una simple aplicación de la fórmula o una reconversión del dato.

Concluye argumentando que a su juicio, queda demostrado que la valoración por parte de la mesa de contratación de su proposición ha sido contraria a derecho, siendo por ello totalmente incomprensible, formalista y excesiva, cuando podría resolverse la posible incongruencia o duda con una simple solicitud de aclaraciones.

Solicita que se estime el recurso y se anule la resolución de adjudicación retrotrayendo el procedimiento para que se le soliciten aclaraciones sobre el dato aportado en su oferta y se le adjudique el contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al escrito de recurso y solicita su desestimación. En síntesis argumenta lo siguiente:
- Que el PCAP, sus anexos, así como el pliego de prescripciones técnicas es la "lex contractus" en la medida en que la presentación de oferta al citado expediente, por parte del recurrente, supone la aceptación incondicional de lo señalado en el mismo.
- Que según lo establecido en los pliegos y en concreto en la dicción literal del criterio de adjudicación, la información que debe ser facilitada por el licitador se corresponde con la potencia eléctrica nominal, y la cual debe ser objeto de comparación, entre los diversos licitadores, al objeto de otorgar la puntuación correspondiente.
- Que a la vista de la información facilitada por la recurrente en su oferta, se especifica el consumo asociado a la potencia nominal, pero no la potencia nominal. Ello impide disponer de dicho dato para la aplicación de la fórmula para ese criterio.
- Que respecto a la solicitud de la recurrente de la posibilidad de aclarar su oferta la misma no resulta ajustada a derecho, pues no se puede aclarar aquello que no se ha aportado. En este sentido, supondría facilitar dicha información, en un momento ulterior, procediendo a quebrar el principio de igualdad de trato de los licitadores participantes. Igualmente, señala que de haber solicitado aclaración para que se facilitase el dato de la *"potencia nominal*" hubiese gozado esa mercantil del privilegio de conocer la potencia nominal de cada uno de los licitadores, lo que permite obtener una ventaja competitiva a la hora de prever la puntuación total que podría obtener por dicho criterio automático de valoración.
- Que dicho extremo, en lo relativo a facilitar el dato de potencia nominal, no ha supuesto ningún problema, ni ha sido objeto de petición de aclaración, del resto de licitadores, los cuales en su documentación del sobre electrónico número 3 sí han detallado la información.
- Alude a la doctrina de este Tribunal (Resolución 530/2022) para manifestar que el derecho a una aclaración no puede suplir la falta de diligencia empresarial en la elaboración de una oferta, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato que preside la contratación pública.

En conclusión, solicita la desestimación del recurso.

3. Alegaciones de la adjudicataria.

Solicita igualmente la desestimación del recurso, esgrimiendo en síntesis los siguientes argumentos:

«La realidad es que la verdadera potencia nominal del equipo es una información que la Mesa de Contratación desconocía en el momento de valorar la oferta, al no haberse aportado en la documentación técnica del equipo ofertado y que tampoco podía deducirse con la información facilitada por ENDOOK EUROPA, S.L., el cual indica un dato completamente diferente, que incluso se expresa en otra medida (KW/H).

Es decir, siendo únicamente conocido el consumo eléctrico por ciclo del equipo (KW/H), la Mesa de Contratación desconocía el dato necesario y además no se puede calcular como indica Endook Europa para valorar este criterio medioambiental aplicando la fórmula, que no es otro que la potencia eléctrica nominal (en W o KW).

Partiendo de lo anterior, la pretensión de la recurrente, consistente en que esta circunstancia debía haber determinado que la Mesa de Contratación solicitara aclaraciones respecto de la oferta presentada por ENDOOK EUROPA, S.L. no puede ser admitida, ya que el acto en sí no constituiría una mera aclaración a la oferta: al haberse aportado un dato completamente diferente al necesario para aplicar la fórmula de este criterio, la aclaración de la oferta implicaría obligatoriamente que el licitador aportara nueva información, adicionando nuevos elementos a su oferta, lo que comportaría, en todo caso, la alteración de su contenido, en quiebra de los más elementales principios que deben regir el procedimiento de selección del contratista, entre otros el principio de igualdad de trato.

Así, sirva de ejemplo el caso del equipo ofertado por esta casa comercial, con referencia Mat LD100, si el consumo eléctrico por ciclo es de 3.650 W/H o 3,65 KW/H, ¿Cómo se puede calcular la potencia de la lavadora con ese dato de consumo eléctrico por ciclo? No se puede calcular que la potencia total que es de 10.000 W (dato real y especificado en la documentación técnica, ya que no todo está funcionando el 100 % del tiempo, ni entran los 10.000 W siempre, ya que es la suma de lo consumido por bomba de agua, resistencias para calentar el agua, resistencias para calentar el aire del secado, etc… y en cada fase del lavado los consumos varían). Según el argumento de Endook para un consumo de 3,65 KWh tendríamos una potencia de 3,65 Kw de potencia y no es real, ya que realmente son 10 kW. Es decir, para que pudiera haber sido valorado en el momento oportuno, la Mesa habría necesitado que el licitador indicara su potencia eléctrica nominal.

Lo cierto es que el ejemplo que trae a colación la recurrente no atiende a la realidad de utilización de los equipos objeto de licitación. El ejemplo referido relaciona tres parámetros, potencia, tiempo de uso y consumo, atendiendo al uso de bombillas, que tienen una demanda energética lineal en el tiempo, no siendo la demanda energética de las lavadoras lineal en el tiempo. Haciendo una analogía con las lavadoras de uso doméstico es evidente que las mismas tienen demandas energéticas (potencia en uso) diferenciadas en el proceso de lavado (tiempo) y en atención a los dos anteriores parámetros se determina el consumo (Kwh), no tiene una demanda de potencia igual una lavadora doméstica en el proceso de llenado de agua, que en el proceso de centrifugado».

La entidad adjudicataria, alude a la doctrina relativa a los límites a la aclaración de las ofertas, los pliegos como la lex contractus del procedimiento, y la discrecionalidad técnica de la administración a la hora de valorar las ofertas así como el principio de igualdad de trato y solicita, como se ha indicado, que se desestime el recurso.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.

Procede a continuación analizar el objeto del recurso que se centra en analizar si la mesa de contratación valoró de forma correcta la proposición de la recurrente respecto del criterio de adjudicación *«criterio medioambiental»* y, concretamente, si a la vista de la información contenida en la oferta de ENDOOK esta debió de solicitarle aclaraciones a su contenido en lugar de no valorarla.

Pues bien, sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre, o la Resolución 152/2021, de 22 de abril de 2021.

Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

• Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

• Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.

• El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que "*excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta"* Y concluye la sentencia citada que *"(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron*."

En la misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08), al indicar que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la desestimación inmediata de la oferta -opción que siempre tiene en última instancia el órgano de contratación o la mesa de contratación en el supuesto examinado- se dé oportunidad al licitador de confirmar la veracidad del dato dudoso, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante

alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder tomar una decisión fundada en orden a su admisión o exclusión, y, de otro lado, que el propio licitador reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos o bien de reconocer el error padecido en su oferta que la hace inviable.

Así las cosas, la cuestión concreta a dilucidar en el presente asunto es si existe un error material manifiesto o un dato dudoso en la proposición de ENDOOK que hubiera posibilitado, en su caso, un requerimiento de aclaración acordado por la mesa, o si por el contrario, como indican el órgano de contratación y la entidad adjudicataria el trámite habría supuesto en realidad ofrecerle la posibilidad de modificar su oferta en un momento posterior a la finalización del plazo de presentación de proposiciones y una vez conocidas el contenido de las demás, conculcando así el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que el dato que se establece a efectos de la valoración del criterio de adjudicación denominado *«criterio medioambiental»* es el consumo asociado a la potencia nominal en vatios y que en la fórmula se establece con suficiente claridad que para valorar las ofertas se exige la información correspondiente a la *«potencia eléctrica nominal».* A pesar de que la recurrente trata de argumentar que incluye en su oferta lo exigido en el PCAP, considerando que el dato 8,25 KW/H es lo requerido, este Tribunal concluye que, efectivamente, este dato se refiere al consumo y no a la potencia nominal. Es decir, aunque la recurrente se escuda en que en el criterio de adjudicación aparece la palabra consumo, resulta suficientemente claro y así se desprende de su literalidad, que el dato a incluir en la fórmula para calcular la puntuación es la potencia nominal del suministro, información que no facilita ENDOOK en su oferta.

Sentado lo anterior, la recurrente viene a manifestar que del dato aportado en la oferta sobre el consumo se puede extraer con una mera operación básica la potencia nominal por lo que la mesa pudo solicitar aclaraciones a la recurrente para que confirmase el dato.

Pues bien, dicha alegación no puede ser admitida por este Tribunal por tres razones; (i) porque la recurrente afirma que *«El kilovatio hora es una unidad de energía (consumo eléctrico) si la energía se transmite o utiliza a una tasa constante (potencia) durante un período de tiempo, la energía total en kilovatios hora es igual a la potencia en kilovatios multiplicada por el tiempo en horas»* para justificar que del consumo puede extraerse la potencia nominal, sin embargo, dada la naturaleza del suministro ofertado no cabe presuponer que este vaya a utilizar una *«tasa constante de potencia»,* como indica la entidad adjudicataria, al no tener el mismo una demanda constante de energía. (ii) Porque la recurrente no hace el esfuerzo probatorio mínimo que confirme su afirmación, como hubiera sido aportar documentación técnica del suministro que corroborase dicha afirmación, la potencia nominal que dice tener su suministro y, (iii), porque en ninguno de los suministros ofertados coincide el consumo (KW/H) con la potencia en vatios realizando la operación que indica la recurrente, como alega el órgano de contratación en su informe al recurso.

En conclusión, tras lo expuesto y aplicando al caso los criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos, apreciamos que, en el caso que analizamos, no nos encontramos ante un error material de la oferta o un dato susceptible de ser aclarado, sino que se trata de la omisión de una información requerida para la valoración de la proposición respecto de un criterio de adjudicación cuya aclaración habría implicado permitir a la recurrente la modificación de la oferta inicial presentada. Por tanto, se concluye que la mesa de contratación obró correctamente no otorgando puntuación a la proposición de la recurrente respecto del citado criterio de adjudicación.

En consecuencia, con fundamento en las consideraciones precedentes, este Tribunal entiende que procede desestimar el presente recurso.

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 **ENDOOK EUROPA, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 18 de noviembre de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro equipamiento para central de esterilización con destino al Hospital Universitario Virgen de la Victoria, perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, financiado con fondos React-EU." (Expte. CCA.6LN5VCT, CONTR 2022 549608), respecto del lote 3, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, 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 del lote 3.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni 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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.