Recurso 66/2023
Resolución 92/2023
Sección Segunda

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

Sevilla, 21 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LAPHYSAN, S.A.U.** (en adelante, LAPHYSAN) contra la resolución de adjudicación del contrato denominado «Suministro de medicamentos para sueroterapia para los centros sanitarios adscritos a la Central de Compras de la provincia de Cádiz» (Expediente CONTR 2022 646055) promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, Agencia administrativa adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 16 de agosto de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato indicado en el encabezamiento con un valor estimado de 3.170.663,40 €. En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la sesión de la mesa de contratación celebrada el 18 de noviembre de 2022 -según refleja el acta n.º 2- se procede al examen del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos de fecha 25 de octubre de 2022, y se acuerda la exclusión, entre otras, de la mercantil recurrente por no superar el umbral mínimo, conforme al cuadro que en aquel se inserta. El acta es publicada en el perfil de contratante el 10 de enero de 2023.

La mesa de contratación, en la sesión celebrada el 30 de diciembre de 2022 -según refleja el acta n.º 3- eleva al órgano de contratación la propuesta de adjudicación a favor de los licitadores que en aquella se indican, a excepción de los lotes n.º 2, 6, 11 y 12 que propone declarar desiertos.

Mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 20 de enero de 2023 se resuelve adjudicar los lotes n.º 1,3,4,5,7,8,10 y 13 a la entidad B.BRAUN MEDICAL S.A, así como notificar la adjudicación a las empresas licitadoras y publicar aquella en el perfil de contratante.

Con fecha 25 de enero de 2023 se publicó en el perfil de contratante el anuncio de adjudicación de la Resolución anteriormente citada con referencia 2023-0001182177 y con fecha 26 de enero de 2023 se le notificó a la recurrente, según consta en el expediente administrativo remitido.

Con fecha 8 de febrero de 2023 se dicta, al amparo del artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Resolución de corrección de error de la Resolución de adjudicación, tras advertir que se había omitido la publicación de las páginas 4,5,6,7,8,9, y 10 del informe técnico de valoración de los criterios no automáticos.

SEGUNDO. El 31 de enero de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad antes indicada contra su exclusión de la licitación de la que tuvo conocimiento a través de la Resolución de adjudicación.

Con fecha 1 de febrero de 2023, la Secretaría del Tribunal recabó del órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, reiterado mediante oficio de fecha 6 de febrero, no tuvo entrada en este Tribunal hasta el 10 de febrero de 2023.

Tras la cumplimentación del trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, con fecha 16 de febrero de 2023 se han recibido las presentadas por la entidad B. BRAUN MEDICAL S.A.

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, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

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.

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.

Aun cuando desde un punto de vista formal, el recurso se interpone contra tres actos distintos: el acta de la mesa de contratación de fecha 18 de noviembre de 2022, por la que se contiene el acuerdo de exclusión de la licitadora del procedimiento de adjudicación; el acta de la mesa de fecha 30 de diciembre de 2022 por la que se eleva al órgano de contratación la propuesta de adjudicación, y la resolución de adjudicación del órgano de contratación de fecha 20 de enero de 2023, sustantivamente el recurso se dirige contra la exclusión del licitador,

que se ha hecho definitiva y ha sido confirmada en la resolución de adjudicación, que ha de entenderse que es el acto recurrido.

En el presente supuesto se recurre, por tanto, el acuerdo de adjudicación que confirma de manera definitiva la exclusión de aquella, con relación a un contrato de suministro, con un valor estimado superior a cien mil euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1, letra a) y apartado 2, letra, c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento".

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *"Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado".

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación de 20 de enero de 2023 se publicó en el perfil de contratante el día 25 de enero de 2023, y se notificó a la recurrente con fecha 26 de enero de 2023, por lo que el recurso se habría interpuesto en el plazo establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Solicita de este Tribunal que «*se declare la nulidad de pleno derecho o anule el procedimiento de licitación, ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior a la presentación de las ofertas con el fin de que puedan otras ser presentadas y valoradas siguiendo el procedimiento con plenas garantías, no sirviendo en este momento la retroacción al instante anterior a la valoración de las ofertas técnicas, pues ya son conocidas las ofertas de los criterios de adjudicación automáticos».*

La recurrente acciona contra su exclusión por no superar el umbral mínimo alegando, por un lado, que es manifiesta la falta absoluta de motivación de las razones que justificaron su exclusión, y por otro, denuncia el error y la arbitrariedad en que ha incurrido el informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, de fecha 25 de octubre de 2022, que aporta como documento n.º 4. En ese sentido, expone, por una parte, que el referido informe fue publicado el 25 de enero de 2023, quince días después de la publicación

de las actas n.º 2 y 3 de la mesa de contratación, respectivamente, por lo que, a su juicio -siendo aquellos actos impugnables de forma independiente- adolecerían de un defecto de motivación, al no ser transcrito dicho informe técnico en las referidas actas. Por otro lado, manifiesta que el informe técnico no se publicó en su integridad en el perfil de contratante junto con la resolución de adjudicación, lo que le impidió conocer la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos que determinó su exclusión, generándole una situación de indefensión.

Al respecto, señala que, con fecha 25 de enero de 2023 y a la vista de lo anteriormente expuesto, solicitó del órgano de contratación la subsanación de dicho extremo, que no ha sido atendida por aquel.

Los motivos sobre los que articula el recurso pueden resumirse, como se expone a continuación.

En primer lugar, denuncia la falta de motivación manifiesta del acuerdo de exclusión, con infracción del artículo 35, letras a) y f) de la Ley 39/2015, y del artículo 151.1 de la LCSP. En este sentido, invoca la Resolución de este Tribunal de 11 de julio de 2015 sobre la falta de motivación del informe técnico; así como la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 25 de septiembre de 2015 sobre idéntica cuestión.

Considera que el defecto de motivación puede tener efectos diferentes, según obedezca a una insuficiencia de motivación o a la inexistencia de aquella, exponiendo que, en el primer supuesto, procede la anulación del acuerdo de exclusión con retroacción de actuaciones al momento de la emisión del informe técnico para que se proceda a justificar adecuadamente la valoración efectuada, invocando doctrina de este Tribunal, mientras que, en el segundo caso, debe declararse la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación.

Alega que su exclusión del procedimiento, "*por no superar el umbral mínimo*" de 20 puntos establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para los criterios de adjudicación no automáticos, sin explicitar ni motivar las razones en que se sustenta aquella, y remitiéndose al informe técnico de valoración de los criterios, le ha generado una situación de absoluta indefensión que debe abocar a la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos.

Afirma que, si bien el informe técnico "*ha sido notificado mediante su publicación en la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía*" (sic) dicha notificación ha sido parcial, de donde infiere la imposibilidad de conocer en modo alguno la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos que determinaron su exclusión, respecto de los lotes 4,6,7,8 y 9, sumiéndola en la más absoluta indefensión(sic). En definitiva, considera que se ha realizado una motivación aparentemente formal que no satisface las exigencias del artículo 151 de la LCSP, y que conculca, de forma palmaria, lo establecido en los artículos 150 y 151 de la LCSP, lo que le impidió interponer recurso suficientemente fundado contra su exclusión.

A continuación, el recurso se centra en la falta de motivación de la exclusión, en concreto, respecto del lote 10 criticando, en primer lugar, que el informe técnico en que se apoya la exclusión recoge la clasificación de subcriterios que establece el PCAP pero a cada criterio le asigna una puntuación global, sin explicitar los elementos a los que va a atender cada uno de los subcriterios, las razones de su ponderación y su dimensionamiento individualizado en orden a su cuantificación (sic).

En segundo lugar, señala una serie de errores manifiestos en que, a su juicio, incurre la valoración de los criterios y que se detallan en el informe pericial que acompaña como documento n.º 9 y que se concreta en los siguientes aspectos:

1º La falta de justificación de la asignación 15 puntos a la oferta con relación al criterio relativo a la "*calidad del material",* al considerar que la explicación que se detalla no aporta las razones por las que no se le ha otorgado la máxima puntuación.

2º La falta de justificación de la atribución de 2 puntos a la oferta con relación al criterio relativo a la "*facilidad de utilización*" indicando que la valoración carece de una mínima motivación sobre la puntuación asignada, señalando, asimismo, una serie de errores puestos de manifiesto en el informe pericial. Entre ellos, alude a unos serie de extremos o datos resultantes de la documentación técnica presentada por LAPHYSAN que parecen sugerir una facilidad de utilización que, por el contrario, no han sido evaluados en el informe técnico que sirvió de base a la adjudicación.

3º La justificación de la atribución de 0 puntos a la oferta con relación al criterio " *seguridad*" alegando que la valoración de su oferta con arreglo a dicho criterio es errónea y no coincidente con el concepto normativo de seguridad del medicamento.

Concluye que, con fundamento en el informe pericial, resulta desvirtuada la presunción de acierto que deriva de la doctrina de la discrecionalidad técnica, porque la valoración incurre en errores manifiestos y manifiesta que la división en subcriterios efectuada por el pliego no resulta explicada en su concreta aplicación individual a las ofertas analizadas.

Finalmente, denuncia la vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia, y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española, señalando que el primero de ellos exige la transparencia en los criterios de adjudicación aplicados, pues la indeterminación de estos impide la exigibilidad de aquel y vulnera la esencia del procedimiento de contratación. En este sentido, invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo, así como diversas Resoluciones de los órganos de resolución de recursos contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los motivos del recurso, y solicita la desestimación del mismo con fundamento en las alegaciones que pasamos a exponer a continuación.

En primer lugar, respecto de la falta de motivación de los actos impugnados por la falta de publicación integra del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos que denuncia la recurrente, el órgano de contratación se opone en el informe al recurso indicando que se ha procedido a la corrección del error material advertido mediante el dictado de la Resolución del órgano de contratación de corrección de errores de fecha 8 de febrero de 2023, que ha sido publicada en el perfil de contratante, y notificada a los licitadores, según consta en el documento n.º 55 del expediente administrativo remitido. Alega, por tanto, que deviene insostenible denunciar la falta de motivación y la situación de indefensión generada ya que, que, tras la notificación de aquella, junto con el informe técnico íntegro, renace la posibilidad de recurrir aquella.

En cuanto al fondo del asunto, el informe se opone a la alegación de indeterminación en la configuración de los criterios de adjudicación no automáticos, indicando que los supuestos defectos que el recurrente achaca a aquellos debió ser objeto, en su caso, de impugnación en el momento procedimental oportuno, invocando al respecto, la Resolución 225/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por otro lado, y con relación a los errores puestos de manifiesto en el recurso respecto de la valoración de la oferta al lote 10, el informe considera correcta la valoración efectuada, deteniéndose en la justificación efectuada en el informe técnico respecto de los tres criterios controvertidos, e invoca la discrecionalidad técnica en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, dentro de los límites y principios consagrados en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

B.BRAUN en su escrito de alegaciones analiza, de manera comparativa, las diferencias entre su oferta y la de la recurrente respecto del lote 10 para justificar la suficiente justificación de la puntuación asignada a cada una en el informe técnico, que considera suficientemente motivado, concluyendo no se aprecia infracción del artículo 145.5 b) de la LCSP ya que en la ponderación de las ofertas rige el principio de discrecionalidad técnica en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, conforme a la doctrina de este Tribunal que invoca.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: respecto de la incidencia de las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de contratación con posterioridad a la interposición del presente recurso.

El recurso se fundamenta en la improcedencia de su exclusión definitiva en la resolución de adjudicación de 20 de enero de 2023 por no haber superado el umbral mínimo establecido para los criterios dependientes de un juicio de valor que se situaba en 20 puntos, denunciando la falta absoluta de motivación -respecto de su exclusión de los lotes 4,6,7,8 y 9, puesto que el informe técnico que se adjuntaba a la resolución de adjudicación figuraba incompleto. En segundo lugar, denuncia la existencia de errores en la valoración de la oferta de la recurrente con relación al lote 10 del que también resultó excluida.

La cuestión principal sobre la que se articula el recurso es, por tanto, la situación de indefensión generada por la falta de motivación de la resolución de adjudicación y en concreto, por el desconocimiento de las causas de exclusión de la recurrente respecto de los lotes 4,6,7,8 y 9, ante la falta de publicación del informe técnico íntegro que sirvió de sustento a aquella, lo que le ha impedido interponer un recurso suficientemente fundado, respecto de los citados lotes.

A efectos de la resolución del recurso se han de tener en consideración las siguientes actuaciones procedimentales llevadas a cabo por el órgano de contratación, una vez que advirtió el error cometido por la falta de publicación del informe técnico íntegro que sirvió de base a la resolución de adjudicación.

Así, según consta en el expediente administrativo, (página 399) la resolución de adjudicación de 20 de enero de 2023 se publica en el perfil de contratante el 25 de enero de 2023 a las 12:39:45 horas. Como ha podido constatar este Tribunal, desde el apartado "*Documentación complementaria"* del perfil, es posible acceder a la citada resolución de adjudicación a la que figura unido el informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, de fecha 25 de octubre de 2022, que sirve de fundamento a aquella, si bien este aparece incompleto, como señala la recurrente.

Con fecha 1 de febrero de 2023, a las 13:46:32 horas, esto es, con posterioridad a la comunicación de la interposición del recurso especial por parte de este Tribunal al órgano de contratación -lo que acontece el 1 de febrero de 2023 a las 9:27 horas- se publica en el perfil de contratante un anuncio de documentación, en el apartado "*Documentación complementaria*" desde el que se puede acceder al informe técnico completo, lo que hace presumir que el órgano de contratación publicó el citado informe una vez que tuvo conocimiento de la

interposición del recurso especial, y a pesar de que, una vez interpuesto el recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, como acontece en el supuesto que examinamos, queda en suspenso la tramitación del procedimiento por los efectos de la suspensión automática que decreta el artículo 53 de la LCSP. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

Según consta en el expediente administrativo (páginas 431 y ss) con fecha 8 de febrero de 2023, se dicta Resolución del órgano de contratación de corrección del error advertido en la resolución de adjudicación de fecha 20 de enero de 2023, por no haber sido publicado íntegramente junto a aquella el informe técnico de valoración de los criterios no automáticos. Dicha Resolución consta publicada en el perfil de contratante el 8 de febrero de 2023 a las 13:05:18 horas y notificada a la recurrente con fecha 9 de febrero de 2023, junto con la diligencia de suspensión de adjudicación del contrato de los lotes 4,6,7,8,9 y 10 publicada en el perfil de contratante el 9 de febrero de 2023 a las 9:04:38 horas y notificada ese mismo día a la recurrente.

Como hemos expuesto, el órgano de contratación reconoce sin ambages en el informe al recurso el error cometido al no publicar íntegramente el informe técnico de valoración de las ofertas que motivaba la resolución de adjudicación, y, en lugar de reconocer, como *de facto* ha hecho posteriormente, que asistía la razón a la recurrente y allanarse a la pretensión ejercitada, por el contrario, al margen de toda ortodoxia procedimental, ha realizado actuaciones que, bajo ningún concepto, debió realizar dada la suspensión de la tramitación que operaba automáticamente ex artículo 53 de la LCSP desde la interposición del recurso especial el 31 de enero de 2023.

En efecto, el artículo 53 de la LCSP establece que *«Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación...»* por lo que el órgano de contratación, si tras la comprobación de los hechos alegados por la recurrente, llegó a la conclusión de que efectivamente, se había producido el error a la hora de publicar el informe técnico en su integridad, y que se había generado una situación de indefensión a la recurrente, por no conocer las causas de su exclusión, respecto de los lotes 4,6,7,8,9, debió allanarse a las pretensión ejercitada, y no llevar a cabo las actuaciones que, a continuación, analizamos, a pesar de que le estaba vetada cualquier actuación por la suspensión automática decretada por ministerio de la ley.

En concreto, con fecha 1 de febrero de 2023, con posterioridad a tener conocimiento de la interposición del recurso especial, e- insistimos- pese a la suspensión automática de la tramitación, el órgano de contratación procedió a subsanar “de oficio” la falta de publicación del informe técnico en su integridad en el perfil de contratante, sin que tal actuación -que, en cualquier caso, era improcedente por el momento procedimental- pudiera enervar la situación de indefensión generada a la recurrente en el momento en que el órgano de contratación debió motivar la resolución de adjudicación y en concreto, las razones de la exclusión de la oferta de la recurrente, esto es, en el momento del dictado de la resolución de adjudicación y de la notificación a la recurrente como establece el artículo 151 de la LCSP.

Por otra parte, con fecha 8 de febrero de 2023, el órgano de contratación dicta una resolución de corrección de errores de la resolución de adjudicación que, en el fondo, implica, como antes se ha indicado, un reconocimiento de las pretensiones de la recurrente, tras haber comprobado el órgano de contratación los hechos expuestos en el recurso, y concluir que efectivamente se había producido un error por no haberse publicado íntegramente el informe técnico y por tanto, admitir que la resolución de adjudicación adolecía de falta de motivación. Ello debió motivar el allanamiento del órgano de contratación a las pretensiones de la recurrente, una vez que estaba en tramitación el recurso especial ante este Tribunal, y estaba suspendido el

procedimiento de licitación, sin que fuere posible subsanar por la vía del error material o de hecho, el defecto de motivación de la resolución de adjudicación que ocasionó, efectivamente, una situación de indefensión a la recurrente.

Por lo tanto, la actuación del órgano de contratación carece de virtualidad alguna en orden a evitar la indefensión en su momento producida y denunciada a través del recurso.

Así las cosas, la infracción del deber de motivación que ha acarreado la actuación del órgano de contratación es irremediable, y la indefensión provocada a la recurrente, en el momento en que se debió motivar la resolución de adjudicación y en concreto, las causas de su exclusión, no admite cuestionamiento. La omisión de la publicación del informe técnico en su integridad impidió a la recurrente conocer los motivos de no haber superado el umbral mínimo de puntuación, respecto de los lotes a los que concurrió, así como la justificación de la puntuación asignada, y consecuentemente no pudo disponer de la suficiente información para interponer el recurso, en el momento en que se le notificó la resolución de adjudicación y fue publicada en el perfil de contratante.

El criterio expuesto es el que viene sosteniendo este Tribunal en reiteradas resoluciones. Por todas, se cita la Resolución 93/2017, de 12 de mayo, cuya doctrina es perfectamente aplicable en el momento presente, si bien fue dictada bajo la vigencia del anterior texto normativo. En la misma se señalaba:

> *«(…) en cuanto a la falta de motivación del acuerdo de exclusión, es doctrina reiterada de este Tribunal -manifestada, entre otras más recientes, en las Resoluciones 431/2015, de 29 de diciembre, 28/2016, de 11 de febrero, 69/2017, de 6 de abril y 75/2017, de 21 de abril- que la adjudicación y por ende, la exclusión se entenderán motivadas adecuadamente si al menos contienen la suficiente información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada. De no ser así, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz, produciéndole por tanto indefensión.*
>
> *Por su parte, el artículo 151.4 del TRLCSP exige que la resolución de adjudicación del contrato sea motivada y se notifique a todas las licitadoras y respecto a las excluidas, el precepto legal señala que deberá expresarse en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta.*
> *(...)*
> *Al respecto, como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.*
>
> *Abundando en el criterio expuesto, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que las licitadoras puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.*

En el caso que nos ocupa, procede pues examinar si la notificación del acuerdo de exclusión de la oferta de RELIEVE MDC, contiene la motivación suficiente en el sentido expuesto en este fundamento de derecho para que la recurrente pueda interponer un recurso suficientemente fundado.

En este sentido, dicha notificación le informa que la puntuación que ha obtenido en el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor "Calidad de la metodología propuesta o, en su caso, memoria en relación con los trabajos objeto de licitación", ha sido de 13 puntos por lo que no supera el umbral mínimo exigido de 15 puntos en el Anexo VII del PCAP. Sin embargo, en la notificación de la exclusión de la oferta no se mencionan ni siquiera en forma resumida las razones por las que su oferta ha obtenido los 13 puntos.

Como se ha expuesto anteriormente, la motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto, circunstancia que no ocurre en el supuesto examinado en el que la recurrente desconoce por completo cuáles han sido las concretas reflexiones que se han llevado a cabo por el órgano de contratación para otorgarle dicha puntuación a su oferta, sin que pueda llegar a comprender la justificación de la misma.

En este sentido, la Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional sostiene que la indefensión constitucionalmente relevante es aquella situación en que se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material en el sentido de que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, concurriendo en el supuesto examinado la citada indefensión material.

En su descargo, el órgano de contratación en el informe al recurso manifiesta que además de notificar la exclusión de su oferta a la ahora recurrente -en el sentido expuesto anteriormente- también lo hizo público a través de su perfil de contratante.

Al respecto, en el perfil de contratante del órgano de contratación, la última publicación que aparece, a fecha de la presente resolución, es una de 30 de marzo de 2017 a las 12:09 horas por el motivo "Resultado de la apertura del sobre 3 y ponderación asignada a criterios evaluables mediante juicio de valor". En ella el contenido de su versión impresa difiere del que aparece en la versión web descargable, de tal forma que en esta última no aparecen dos ficheros que sí están en la versión impresa, denominados "resultado admisión sobre 1 y 2" y "cuadro mesa económica", desconociéndose por tanto el contenido de ambos.

En todo caso, aun cuando dicha información pudiese ser accesible -que no lo es- y que la misma fuese suficiente para entender motivado el acto de exclusión -circunstancia que se desconoce-, no podría admitirse la posibilidad de que la recurrente pudo tener acceso al perfil de contratante o haber solicitado el acceso al contenido exacto de la motivación de la exclusión de su oferta, pues no se puede intentar solventar la infracción en que se incurre respecto al deber de motivar el acuerdo de exclusión, alegando que el perfil de contratante o el expediente de contratación estaba a disposición de todos las licitadoras y que la recurrente pudo acceder a ambos antes de la interposición del recurso.

No existe para las licitadoras obligación legal de darse por notificadas a través del perfil de contratante ni de solicitar el acceso al expediente en orden a la interposición del recurso, pero por el contrario sí existe para la Administración el deber legal de motivar la exclusión de la oferta, ex artículos 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y 151.4 del TRLCSP (v.g. Resoluciones 47/2017, de 9 de marzo y 69/2017, de 6 de abril, entre otras), deber que pudo cumplir mediante la incorporación al texto de la notificación del acuerdo de exclusión del contenido exacto de las reflexiones tenidas en cuenta para llegar al resultado o solución incluida en el acto, o del informe de valoración de las ofertas con arreglo al criterio evaluable mediante juicio de valor objeto de controversia, tal y como dispone el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, pero no es esto lo que hizo el órgano de contratación, y la mera puesta a disposición o la publicación, en su caso, en el perfil de contratante es insuficiente.

Así las cosas, la infracción del deber de motivar es ya irremediable y solo puede corregirse mediante la estimación del recurso interpuesto, al haberse conculcado los artículos 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y 151.4 del TRLCSP; en particular, se ha vulnerado este último cuando se refiere a la necesidad de proporcionar con la notificación la información necesaria respecto a las licitadoras excluidas».

La recurrente insta la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación y la consecuente retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al de presentación de ofertas para que sean presentadas otras y valoradas, argumentando que no es viable la retroacción al instante anterior por ya ser conocidas las ofertas técnicas. Dicha pretensión no puede ser acogida puesto que, a la vista de cuanto hemos analizado, y del reconocimiento efectuado por el órgano de contratación, la corrección de la infracción legal cometida conlleva únicamente la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al que se cometió aquella, esto es, al de la debida motivación de la resolución de adjudicación, y su notificación, sin perjuicio de que la recurrente, una vez que se le notifiquen las causas de su exclusión, en debida forma, pueda recurrir de nuevo la resolución de adjudicación en un posterior recurso especial que pudiera interponer contra aquella, al haber quedado sin juzgar ante este Tribunal la cuestión de fondo en relación con los errores y la arbitrariedad en la valoración de las ofertas.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

La estimación parcial del presente recurso conlleva únicamente la anulación de la resolución de adjudicación de fecha 25 de enero de 2023, con la consecuente anulación de cuantos actos posteriores haya realizado el órgano de contratación y deriven de aquella, así como la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a aquel en que se produjo la infracción legal cometida, para que se proceda a motivar debidamente aquella, en los términos que han sido analizados, así como a su publicación y debida notificación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LAPHYSAN, S.A.U.** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado « Suministro de medicamentos para sueroterapia para los centros sanitarios adscritos a la Central de Compras de la provincia de

Cádiz» (Expediente CONTR 2022 646055) promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, Agencia administrativa adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, y, en consecuencia, anular la resolución de adjudicación de 25 de enero de 2023 y cuantos actos posteriores haya realizado el órgano de contratación y deriven de aquella, y retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a aquel en que se produjo la infracción legal cometida, para que se proceda a motivar debidamente aquella, y a su publicación y debida notificación, en los términos que han sido expuestos en el fundamento de derecho séptimo de la presente Resolución.

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. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.