

Recurso 109/2024
Resolución 137/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 5 de abril de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U.**, contra la resolución, de 16 de febrero de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Suministro de material del grupo 04.06 Prótesis de Cadera y Rodilla, para los Centros Sanitarios vinculados a la Central Provincial de compras de la Provincia de Jaén”, (Expte. CONTR 2023 0000872217), en relación a la Agrupación nº 1 (Lotes 1, 2 y 3), Agrupación nº 3 (Lotes 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14), Agrupación nº 4 (Lotes 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21), Agrupación nº 5 (Lotes 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31), tramitado por el Hospital Universitario de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de septiembre de 2023, 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 acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado 15.729.600,08 euros.

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.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación, el 16 de febrero de 2024 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación de las agrupaciones 4 y 5 del acuerdo marco a la entidad EXACTECH IBERICA S.L. (en adelante EXACTECH) y de las agrupaciones 1, 2, 3 y 6 a la entidad MEDACTA ESPAÑA S.L. (en adelante MEDACTA).

SEGUNDO. El 18 de marzo de 2024, ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U., (en adelante la recurrente) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación antes citada, en relación a la Agrupación nº 1 (Lotes 1, 2 y 3), Agrupación nº 3 (Lotes 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14), Agrupación nº 4 (Lotes 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21), Agrupación nº 5 (Lotes 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31), de las que ha resultado excluida por no alcanzar el umbral mínimo tras la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada el 21 de marzo de 2024 en esta sede.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han presentado en el plazo conferido las formuladas por la entidad adjudicataria EXACTECH.

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.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso respecto a la Agrupación nº 1 (Lotes 1, 2 y 3), Agrupación nº 3 (Lotes 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14), Agrupación nº 4 (Lotes 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21), Agrupación nº 5 (Lotes 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31), del acuerdo marco, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución del órgano de contratación por la que se adjudica el acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a ser formalizado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso contra el citado acto es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la resolución de adjudicación fue notificada a la recurrente el 23 de febrero de 2024, por lo que el recurso presentado el 18 de marzo de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto de conformidad con lo estipulado en los artículos 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución del órgano de contratación de 16 de febrero de 2024 por la que se adjudica el acuerdo marco, tras haber sido excluidas sus ofertas a las agrupaciones 1, 3, 4 y 5, solicitando que *“se declare la nulidad o anulabilidad de la Resolución de Adjudicación, así como del Acuerdo de Exclusión de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. en atención a la errónea valoración de los criterios de adjudicación de la proposición presentada por esta casa comercial, retro trayendo las actuaciones al momento procedimental oportuno y, todo ello, en atención a la realidad de las ofertas presentadas y a los criterios de adjudicación y extremos sujetos a valoración efectivamente contemplados en el expediente de referencia.”*



Asimismo, solicita “Que, subsidiariamente y en caso de que el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos determine la irregularidad de las valoraciones realizadas y asimismo la imposibilidad de retrotraer las actuaciones para realizar una nueva valoración al tratarse de criterios subjetivos y conociéndose las ofertas objetivas, se resuelva la nulidad o anulabilidad de la Resolución de Adjudicación, así como del procedimiento.”

La recurrente, cuyas ofertas a las citadas agrupaciones han resultado excluidas por no alcanzar el umbral mínimo de puntuación en la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, alega que en el informe de valoración de las ofertas, aceptado por la mesa y el órgano de contratación, siendo la única diferencia para considerar una propuesta “Muy buena” o “Buena”, el que ésta presente “mejoras” o “alguna mejora”, <<no se especifica lo suficiente a qué características técnicas y qué mejoras presenta. Es decir, la justificación se limita a trasponer la previsión de los pliegos, pero no realiza un análisis concreto de la propuesta remitida de por qué únicamente considera “algunas mejoras”. (el énfasis es nuestro)

En este sentido, conviene expresar que la propuesta de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U., en las Agrupaciones nº 1, 3, 4 y 5 cumple con las prescripciones técnicas del pliego y presenta varias mejoras respecto a: 1.- facilidad de uso, 2.- seguridad en resultados y 3.- compatibilidad de componentes, en cuanto a su utilización y aplicación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales y, por tanto, debiéndose considerar “Muy buena” y obtener la máxima puntuación.

Esta parte es plenamente consciente de la discrecionalidad técnica con la que cuenta la Administración, sin embargo, en el presente caso esta debe ser matizada puesto que, aunque la misma parte de una presunción iuris tantum, a continuación, se demostrará que la valoración realizada por el órgano de contratación se ha fundamentado en patentes errores>>.

A continuación, la recurrente realiza una argumentación técnica de porqué considera que la prótesis de rodilla NexGen ofertada por ella debe considerarse como muy buena en los distintos criterios de valoración, con objeto de demostrar el error alegado.

Y, a mayor abundamiento, pretende constatar que también se ha cometido error en la valoración de la oferta de EXACTECH IBÉRICA S.L.U. a las agrupaciones 4 y 5 en las que ha resultado adjudicataria, con argumentos tales como los siguientes:

“En primer lugar, cabe destacar que NexGen, el producto ofertado por ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U., posee un número significativamente mayor de publicaciones en revistas prestigiosas de traumatología y con una evidencia clínica manifiestamente superior, tal como se aporta en la recopilación del documento “Resultados.pdf” aportado en su día (Referencias 10 a 53).

Por el contrario, la prótesis adjudicada no tiene presencia en los registros nacionales más prestigiosos (registro sueco SVK_2020_Eng_1.0.pdf y australiano AOA 2022 AR Digital.pdf) con lo que no están acreditados buenos resultados en manos de multitud de cirujanos de diferentes centros hospitalarios.

Añadido a lo anterior, lo cierto es que el producto de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. dispone de fémures estándar y de componentes GSF, lo cual es una ventaja que permite al cirujano adaptarse a la anatomía M/L del paciente sin tener que cortar hueso adicional para evitar el sobredimensionado de los componentes.

EXACTECH IBÉRICA S.L.U. no dispone de dichos femorales como se puede observar en la oferta económica, con lo que la oferta de ZIMMER es superior en lo que respecta a la seguridad en los resultados, por lo que el hecho de que ambas casas comerciales obtengan la misma puntuación en dicho criterio es, de nuevo, un claro reflejo del error en



la puntuación. ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. debió haberse valorado como mejor solución que la de la adjudicataria, como ya se ha expresado, por presentar varias mejoras y no solo alguna como podría ser la de la adjudicataria.

Por otro lado, NexGen, el producto de ZIMMER, dispone de una gama de instrumentaciones de referencia anterior, referencia posterior y de ayudas técnicas como guías de moldes personalizadas, navegación de los cortes distal de fémur y proximal de tibia, y la más actual solución colaborativa robótica que proporciona información predictiva sobre la colocación y alineamiento de la articulación para una cirugía más segura y satisfactoria para el paciente, mientras que la oferta instrumental de Exactech es mucho más reducida

Además, ZIMMER configura un sistema COMPLETO para atender las necesidades de indicaciones que puede atender NexGen. Con NexGen se puede ofrecer al facultativo desde una indicación primaria convencional pasando por una cirugía de revisión constreñida, una prótesis de bisagra y llegando hasta una indicación de sustitución masiva ósea con la prótesis tumoral, con plena compatibilidad de componentes dentro del mismo sistema instrumental (3 Compatibilidad sistema NexGen.pdf).

Por su parte, EXACTECH IBÉRICA S.L.U. solo dispone de solución primaria y revisión, dejando desierta la solución de bisagra y la tumoral compatible dentro del sistema.

Estas consideraciones hacen de nuevo que nos planteemos, ¿cómo una oferta que presenta menos soluciones y, por tanto, menos compatibilidades, puede ser considerada como mejor solución que otra que presenta más? Recordemos que la oferta de la adjudicataria fue valorada como “Muy buena” por presentar “Muy buena compatibilidad de componentes, en cuanto a la versatilidad del sistema y la adaptación a diferentes estrategias quirúrgicas” y la oferta de ZIMMER se valoró como “buena” por presentar “Buena compatibilidad de componentes, en cuanto a la versatilidad del sistema y la adaptación a diferentes estrategias quirúrgicas”. Sin embargo, como ya hemos comprobado, el sistema que presenta esta casa comercial es COMPLETO y contiene un mayor número de compatibilidades de componentes, lo cual debió llevar al organismo a valorar a ZIMMER, al menos al mismo nivel que la actual adjudicataria o bien, considerar la oferta de EXACTECH al mismo nivel de la de ZIMMER, suponiendo que obtiene también 4 puntos en dicho criterio y no superando el umbral mínimo, quedando desierto el procedimiento.

Por tanto, resulta indudable que la valoración efectuada a ambas casas comerciales debe ser objeto de revisión y debe realizarse una nueva valoración con base en las apreciaciones y hechos apuntados”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que la recurrente no ha realizado en su escrito de recurso alegación alguna relativa a la valoración de sus ofertas a las agrupaciones 1, 3 y 4, que incluyen prótesis de cadera, por lo que entiende que no da argumentos para descalificar la valoración de la comisión técnica de esas ofertas, que además está amparada por la discrecionalidad técnica de la administración y de los informes de valoración, por lo que solicita la desestimación del recurso respecto de dichas agrupaciones.

Respecto de la agrupación 5 informa que «Antes de la adjudicación del expediente, una vez que ZIMMER tuvo conocimiento de la valoración de las ofertas técnicas, presentó con fecha 7 de febrero de 2024 un escrito dirigido a la Mesa de Contratación donde anticipaba alguna de las alegaciones que ahora contienen el recurso. Dicho órgano, en sesión de fecha 16 de febrero de 2024 (Acta_05_02_AM_1070_2023), con fundamento en el informe de la comisión asesora de fecha 12 de febrero d 2024, en el que se ratifica en su valoración inicial, desestimó aquellas».



Asimismo, aporta nuevo informe de la comisión técnica de 20 de marzo de 2024 realizado con ocasión del recurso especial, que respecto a la oferta de la recurrente a la agrupación 5 motiva las valoraciones concedidas a las ofertas de la recurrente y de la adjudicataria, concluyendo que:

“Así pues, este comité no ha valorado de forma negativa en ningún momento la prótesis NexGen presentada por Zimmer Biomet y la puntuación dada viene motivada por el hecho de que esta prótesis fue lanzada al mercado en el año 1996 (como reconoce la propia compañía el Recurso Especial al que estamos contestado), es decir, se empezó a comercializar hace 28 años y teniendo en cuenta la importancia que tiene el avance en cuando a las mejoras tecnológicas en los implantes usados en nuestra especialidad consideramos que esta prótesis se ha quedado y no introduce grandes mejoras en los aspectos arriba expuestos que le puedan otorgar la puntuación de MUY BUENO.

Por tanto, y a modo de resumen, y a pesar de que este comité evaluador técnico considera la prótesis de rodilla NexGen presentada por la compañía Zimmer Biomet un buen producto en los apartados puntuados, estima también que es un recurso técnico algo más anticuado, mejorado en los aspectos descritos por la competencia. Para finalizar, a nuestro juicio, la prótesis de rodilla Optetrak Logic presentada por la compañía Exactech S.L.U es un producto más actualizado y que presenta mejoras en cuanto a la Compatibilidad entre sus componentes.”

En cuanto a la nulidad del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente, alega que “ZIMMER basa la nulidad de la resolución de adjudicación objeto del recurso en la concurrencia de las causas establecidas en el artículo 39 de la LCSP y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que expresamente negamos, pues aquellas, como dispone el artículo 38 de la primera de las normas legales antes citadas, son solo predicables de los contratos ya celebrados por los poderes adjudicadores, en los que aún no se ha producido la formalización del acuerdo marco.”

Por último, solicita la imposición de multa por temeridad a la recurrente.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria de las agrupaciones 4 y 5.

EXACTECH, entidad adjudicataria de las agrupaciones 4 y 5, alega que la exclusión de la licitación de las agrupaciones 4 y 5 de la recurrente está motivada y se ajusta a derecho, manteniendo que la valoración del órgano técnico está amparada por la doctrina de la discrecionalidad técnica.

A mayor abundamiento alega que los argumentos esgrimidos por la recurrente carecen de fundamento, son erróneos o faltan a la verdad.

Por último, subsidiariamente afirma que la recurrente se encuentra incurso en prohibición de contratar al no disponer de un plan de igual en el momento de presentación de las proposiciones.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen, si bien, 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, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente.

El objeto del acuerdo marco es el suministro del siguiente material sanitario, con división en lotes agrupados como sigue:



- Agrupación I. Prótesis cadera biarticular cementada parcial (lotes 1 a 3).
- Agrupación II. Prótesis total de cadera cementada y no cementada (lotes 4 a 7).
- Agrupación III. Prótesis total de cadera no cementada con par cerámica- polietileno (lotes 8 a 14).
- Agrupación IV. Prótesis total de cadera no cementada con par metal-polietileno (lotes 15 a 21).
- Agrupación V. Prótesis primaria de rodilla: estándar (lotes 22 a 31).
- Agrupación VI. Prótesis primaria de rodilla: ultra congruente (lotes 32 a 48).

El anexo I del cuadro resumen del PCAP contiene los criterios de adjudicación, entre ellos los sujetos a juicio de valor:

“CRITERIOS DE VALORACIÓN NO AUTOMÁTICOS

VALORACIÓN TÉCNICO-FUNCIONAL DE LOS ARTÍCULOS: 0 - 50 PUNTOS

La valoración técnico-funcional del producto se efectuará atendiendo a la documentación técnica aportada por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base a la facilidad de uso, la seguridad de resultados, y la compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación.

Se utilizará la siguiente escala de valoración:

NIVEL DE LA VALORACIÓN TÉCNICO-FUNCIONAL
MUY BUENO: <i>El producto cumple con las prescripciones técnicas del pliego y presenta mejoras respecto a: 1.- facilidad de uso, 2.- seguridad en resultados y 3.- compatibilidad de componentes, en cuanto a su utilización y aplicación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales.</i>
BUENO: <i>El producto cumple con las prescripciones técnicas del pliego y presenta alguna mejora respecto a: 1.- facilidad de uso, 2.- seguridad en resultados y 3.- compatibilidad de componentes, en cuanto a su utilización y aplicación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales.</i>
ADECUADO: <i>El producto cumple las prescripciones técnicas del pliego y NO presenta mejora respecto a: 1.- facilidad de uso, 2.- seguridad en resultados y 3.- compatibilidad de componentes, en cuanto a su utilización y aplicación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales.</i>

Se utilizará la siguiente escala de puntuación.

1.- Facilidad de utilización: *En este parámetro se valorarán las condiciones del producto que hagan sencilla su utilización y la rapidez de programación para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales. 20 puntos.*

MUY BUENO: 20

BUENO: 10

ADECUADO: 0



2.- Seguridad de resultados: En este parámetro se valorará la ausencia de riesgo asociada a los productos en todas sus dimensiones (usuarios y profesionales) para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales. 20 puntos

MUY BUENO: 20

BUENO: 10

ADECUADO: 0

3.-Compatibilidad de componentes: Capacidad del material utilizado en cuanto a la compatibilidad de componentes en la utilización y la aplicación, para conseguir los efectos perseguidos o deseados en las intervenciones para las que están destinados estos materiales. 10 puntos.

MUY BUENO: 10

BUENO: 4

ADECUADO: 0

UMBRAL MINIMO

El umbral mínimo de puntuación que deberán alcanzar las ofertas en cada uno de los lotes independientes es de **25 puntos**. Para la obtención de dicha puntuación se sumarán las puntuaciones parciales conseguidas en cada uno de los anteriores subcriterios, debiendo alcanzar al menos una puntuación distinta de 0 en cada uno de ellos.

Aquellas ofertas que no alcancen un mínimo de 25 puntos del total de puntuación, en los criterios basados en juicio de valor, quedarán excluidas y no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Si la oferta no cumple las características técnicas recogidas en el Cuadro Resumen, el PCAP o el PPT, se considerará **NO ADECUADA** y quedará excluida de la licitación.”

La comisión técnica emite informe de valoración de dichos criterios de adjudicación el 11 de enero de 2024, que forma parte de la resolución de adjudicación recurrida como anexo II. En el mismo, todas las ofertas de la recurrente presentadas a las agrupaciones 1, 3, 4 y 5 (en total 27 lotes), obtienen en cada uno de los tres criterios de adjudicación un nivel de valoración de “BUENO”, obteniendo en cada lote 10, 10 y 4 puntos, en total 24 puntos en cada lote, sin alcanzar, por tanto, el umbral mínimo exigido en ninguno de ellos. En todos los lotes, la observación que ha de entenderse como motivación de la puntuación otorgada es la misma:

“El diseño y la amplitud de tallas de los componentes hacen que en la facilidad de uso y seguridad en resultados, presente alguna mejora, respecto a las características técnicas recogidas PPT. Buena compatibilidad de componentes, en cuanto a la versatilidad del sistema y la adaptación a diferentes estrategias quirúrgicas.”

No obstante, la recurrente tuvo conocimiento de dicho informe con anterioridad a la resolución de adjudicación, presentando el 7 de febrero de 2024 alegaciones ante la mesa de contratación en relación con su oferta a los lotes de la agrupación 5, prótesis primaria de rodillas: estándar, con argumentos que ahora, prácticamente, reproduce en su escrito de recurso.



Dichas alegaciones fueron remitidas por la mesa de contratación a la comisión técnica para su valoración, que realiza el 12 de febrero de 2024, informando que *“nos ratificamos en el “informe técnico de valoración que emite la comisión técnica provincial en relación con los criterios de adjudicación de carácter subjetivo”. La valoración en los tres ítems es “buena”, pero consideramos que la prótesis nexgen, desde 1996 cuando se lanzó (como ellos mismos reseñan en su escrito de alegación) han pasado muchos años y han aparecido otras prótesis en el mercado incluso dentro de su misma empresa, más modernas y con más “mejoras”.*

En efecto, se confirma, como alega la recurrente, que *“no se especifica lo suficiente a qué características técnicas y qué mejoras presenta. Es decir, la justificación se limita a trasponer la previsión de los pliegos, pero no realiza un análisis concreto de la propuesta remitida de por qué únicamente considera “algunas mejoras”.*

Dicha alegación ha de entenderse realizada respecto de todas las agrupaciones a la que concurre la recurrente, sin que pueda afirmar el órgano de contratación, que la recurrente *“no ha realizado en su escrito de recurso alegación alguna relativa a la valoración de sus ofertas a las agrupaciones 1, 3 y 4,”*

Pues bien, conforme a lo establecido en el artículo 151 de la LCSP sobre la *“Resolución y notificación de la adjudicación,* se debe indicar lo siguiente:

«1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores.»

Según lo expuesto, a la vista de las puntuaciones otorgadas y la motivación, que provienen del PCAP, en nuestras resoluciones hemos señalado, a propósito de las frases hechas o expresiones estereotipadas (v.g. Resolución 16/2018, de 22 de enero), que *“(…) la Jurisprudencia sostiene que no suponen una adecuada motivación (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1980 y de 27 de febrero de 1990, entre otras) y ello, por cuanto son fórmulas convencionales o alusiones genéricas que no permiten conocer las singularidades de una oferta frente a otra y que, en todo caso, incumplen lo previsto en el artículo 151.4 del TRLCSP, toda vez que no permiten identificar las concretas características y ventajas de la proposición de la adjudicataria -ANPARK GESTIÓN, S.L.- determinantes de su selección con preferencia a las ofertas del resto de licitadores y en concreto, de la recurrente.*



Como ya señalaba la Resolución de este Tribunal 66/2013, de 21 de mayo, las frases genéricas e iguales para todas las ofertas que reciban una determinada puntuación no aportan información concreta y específica sobre las razones que han determinado esa puntuación en cada una de aquéllas. Y es que tratándose de criterios cuantificables mediante un juicio de valor, la valoración no puede quedar reducida a una alusión genérica igual para todas las proposiciones, pues ello no permite distinguir las individualidades de ofertas diferentes, ni conocer los motivos concretos que han llevado a esa puntuación para poder combatirlos y ejercer con garantías el derecho de defensa.

3. Como tiene reconocido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000), la motivación no tiene que ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, pero sí ha de ser racional y de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento del fundamento del acto, lo que no acontece en el supuesto examinado pues unas breves frases predeterminadas y genéricas no permiten comparar la calificación de las distintas ofertas y por ende, apreciar que se ha respetado en la valoración los principios de igualdad y no discriminación. En el mismo sentido, se pronuncia, la Resolución 409/2017, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por tanto, hemos de concluir que, en el supuesto examinado, ni el informe técnico de valoración de las proposiciones técnicas en el lote 6, ni la resolución de adjudicación de dicho lote se encuentran suficientemente motivados, habiéndose infringido lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP”.

En el supuesto aquí examinado concurren las circunstancias expuestas en la resolución parcialmente transcrita, debiendo estimarse insuficiente la motivación del informe técnico y por ende, de la propia resolución de adjudicación impugnada, pues ésta impide entrar en el fondo del asunto por falta de motivación, debiendo anularse la resolución de adjudicación por tal motivo.

A la vista del recurso, y a pesar de que por parte de la recurrente se alega error en la valoración pretendiendo la nulidad de la resolución de adjudicación y del acuerdo de exclusión de sus ofertas con retroacción de las actuaciones para que se realice una nueva valoración, el desconocimiento de la motivación de la puntuación obtenida hace imposible que el propio recurrente y este Tribunal puedan determinar dichos errores, ni comprender (a la vista del informe técnico que se remitió a la mesa, y que ha resultado publicado), los elementos que en el momento de dictarse el acto existían para poder sostener juicios razonables y comprendidos, dentro de los límites de la discrecionalidad, que permitieran sostener que la resolución atendía a criterios técnicos de valoración suficientemente razonados.

Por otro lado, la entidad recurrente, no reclama directamente la anulación por falta de motivación, sino que reclama una mayor puntuación, ante la parquedad de la motivación de la valoración, lo que le hace cuestionar la valoración otorgada. El informe técnico de valoración y la resolución de adjudicación adolecen de insuficiente motivación en el momento procedimental oportuno.

Respecto a la motivación, este Tribunal dispone de una sentada doctrina sobre la cuestión suscitada y expuesta en su Resolución 74/2021, de 11 de julio que ha sido objeto de desarrollo (v.g. Resoluciones 122/2012, 102/2013, 109/2013, 190/2014, 77/2015, 113/2015, 115/2015, 431/2015, 53/2016, 78/2016, 22/2017, 75/2017, 169/2017, 121/2018, 299/2018, 46/2019, 65/2019, 405/2019, 174/2020, 222/2020, 348/2020, 37/2021, 236/2021, 483/2021, 568/2021, 26/2022, 145/2022 y 157/2022, entre otras). Así, por ejemplo, en las Resoluciones 65/2019, de 14 de marzo y 26/2022, de 21 de enero, se indica sobre esta cuestión que: «Es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia



210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».

En este sentido, desde una perspectiva formal puede resultar acertado afirmar que la resolución adolece de falta de motivación, dado que en efecto y como anteriormente se ha reproducido recoge una motivación demasiado genérica, información de la que no se desprenden de forma suficiente los motivos concretos por los que el órgano de contratación considera que la recurrente merecía la puntuación asignada a su oferta. Habría sido correcto remitirse a un informe técnico más detallado, conocido como motivación in aliunde, pero ello no consta en el expediente. Es decir, era necesario una motivación más desarrollada.

Solo con ocasión del recurso por parte del órgano de contratación se han argumentado determinados razonamientos, al rebatir lo aducido por la recurrente, sin que por este Tribunal se prejuzgue que sean los adecuados conforme a la determinación de los criterios de valoración establecidos en el anexo I del cuadro resumen del PCAP antes transcrito.

Sin embargo, dicho informe técnico del que pudiera haber surgido la motivación que ahora se da con el informe al recurso, sin que este Tribunal prejuzgue la suficiencia de la misma, no fue publicado, es decir, tampoco la recurrente ha tenido acceso al contenido de citado informe técnico, que no existía en el momento procedimental oportuno.

Sentado lo anterior, se debe tener en cuenta que, como se manifiesta en la doctrina reproducida la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y ello es lo que este Tribunal considera que se ha producido en el presente supuesto, dado que, como se ha indicado, la entidad recurrente no ha tenido conocimiento concreto de la justificación por la que se le ha otorgado la puntuación en el momento procedimental oportuno.

Por lo tanto, a simple vista, del contenido del informe técnico, se aprecia una motivación insuficiente. La recurrente no pudo conocer el razonamiento por el que el técnico ha llegado a la conclusión de otorgar las puntuaciones que ha plasmado en el informe. Ese razonamiento ha quedado en el ámbito interno de aquel, sin posibilidad de que la recurrente pueda cuestionarlo, ante su desconocimiento. En este sentido, aun cuando resulta de aplicación en esta materia la doctrina de la discrecionalidad técnica, una motivación adecuada es elemento esencial para poder controlar ese ámbito discrecional de valoración desde la perspectiva de sus otros límites, jurisprudencialmente reconocidos.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares, como el analizado en la Resolución 220/2021 de 1 de junio:

«Pues bien, para abordar la cuestión suscitada en la pretensión principal del recurso, se ha de partir de la doctrina acuñada por este Tribunal sobre la motivación de los actos del procedimiento de licitación (Resoluciones 40/2012, de 16 de abril; 175/2017, de 15 de septiembre; 16/2018, de 22 de enero, 156/2019, de 21 de mayo y más recientemente la 35/2021, de 4 de febrero, entre otras muchas) que se sustenta en jurisprudencia europea y en la propia doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012, viene a sostener que lo determinante de la motivación es que las entidades licitadoras puedan



comprender la justificación de sus puntuaciones. En particular señala la sentencia que la finalidad de la motivación es mostrar de forma clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto, para, por un lado, permitir a las personas interesadas conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otro lado, permitir al juez ejercer su control (sentencias del Tribunal de 14 de julio de 1995, Koyo Seiko/Consejo, T-166/94, Rec. p. II-2129, apartado 103, y de 19 de marzo de 2010, Evropaiki Dynamiki Comisión, citada en el apartado 49 supra, apartado 134).

La más reciente Sentencia de dicho Tribunal General de 14 de diciembre de 2017, dictada en el asunto T-164/15, insiste en aquella finalidad de la motivación señalando que el hecho de que no se pueda exigir al órgano de contratación que efectúe un análisis comparativo detallado de las ofertas seleccionadas, no puede conducir a que los comentarios enviados a las licitadoras no muestren clara e inequívocamente su razonamiento.

De otro lado, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 señalaba que la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, de ahí que no se trate de un simple requisito meramente formal sino de fondo, que no se cumple mediante el empleo de cualquier fórmula convencional, sino que ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de la decisión. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002 declara que «la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan».

Finalmente, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014 (Recurso de casación 3415/12), recogiendo en este punto doctrina anterior del propio Tribunal, «*la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es solo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda(...)*».

Partiendo pues de la doctrina general sobre el deber de motivación cabe señalar que la misma adquiere especial relevancia en los informes técnicos de criterios cuya valoración está sujeta a un juicio de valor, en los que tiene una gran importancia la denominada discrecionalidad técnica.

En sentido similar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1019/2016, de 9 de diciembre destaca que:

«B) Antes de proceder a examinar los reproches expuestos, conviene recordar nuestra doctrina sobre el alcance de la revisión que este Tribunal puede llevar a cabo respecto de las valoraciones efectuadas por los técnicos competentes en aplicación de los criterios subjetivos de adjudicación. Al respecto, este Tribunal ha venido aplicando la doctrina de la “discrecionalidad técnica”, que se asienta sobre el principio de que no es posible corregir mediante parámetros jurídicos aspectos de aquella naturaleza, y que nos ha llevado a restringir nuestro examen a determinados aspectos, aledaños al núcleo técnico de la decisión, como son la competencia, el procedimiento, la ausencia de arbitrariedad o de error manifiesto en la valoración (cfr.: Resoluciones 176/2011, 189/2011, 257/2011, 269/2011, 282/2011, 296/2011, 33/2012, 51/2012, 80/2012, 261/2012, 2/2013, 42/2013, 36/2013, 107/2013, 168/2013, 325/2013, 549/2013, 13/2004, 177/2014, 437/2014, 519/2014, 276/2015, 435/2015 y 658/2015, entre muchas otras).



Nuestra fiscalización se extiende, desde luego, a la motivación del acuerdo impugnado, que, como dijimos en nuestra Resolución 437/2015, es presupuesto necesario para que podamos controlar con rigor los extremos reseñados. Con este propósito, este Tribunal ha invocado en reiteradas ocasiones (cfr.: Resoluciones 325/2013, 549/2013, 13/2014, 437/2015, 658/2015, 227/2016) la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 19 de julio de 2010 (Roj STS 4043/2010), por el rigor con la que se detiene en esta cuestión. Dijo en aquella ocasión el Alto Tribunal, después de recordar los hitos fundamentales de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica:

“La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.”

Sólo una motivación que reúna tales requisitos permite conocer si las razones aducidas para adjudicar el contrato (o, en su caso, para excluir al licitador) se ajustan a los criterios que figuran en el Pliego rector de la convocatoria y si éstos han sido aplicados correctamente, dentro del margen de apreciación que es consustancial a los dependientes de un juicio de valor (cfr.: Resoluciones 658/2015, 1081/2015, 751/2016)».

(...)

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013) para que la discrecionalidad pueda ser controlada jurisdiccionalmente y se respete la interdicción de la arbitrariedad, se exige la oportuna motivación, siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna. Asimismo, la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de julio de 1984 manifiesta que «(...) lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como “sit pro ratiōne voluntas”, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación». El Tribunal Constitucional también ha abordado la cuestión y en su Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre, ha precisado que «la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad». El criterio expuesto ha sido, igualmente, asumido por este Tribunal. Así, en la Resolución 418/2015, de 17 de diciembre, se señalaba que «(...) la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que, en caso de ser contravenida, generaría indefensión.». En definitiva, pues, la motivación es un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas.”

A la luz, de la doctrina expuesta y de lo dispuesto en el artículo 151 de la LCSP -que exige la motivación del acto de adjudicación y determina la información que debe facilitarse a las entidades licitadoras para permitirles la interposición de un recurso fundado- procede estimar parcialmente el recurso especial interpuesto, anulando la resolución impugnada al apreciarse insuficiencia de motivación y afectar este defecto al informe técnico de valoración, con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión de dicho informe, para que se proceda a justificar adecuada y suficientemente la valoración efectuada a las ofertas de la recurrente, sin prejuzgar la motivación de la valoración del resto de las ofertas por el principio de congruencia, con respeto estricto de las puntuaciones ya asignadas a cada criterio, en cada uno de los lotes.



Asimismo, la retroacción acordada no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción denunciada.

Sin embargo, no procede entrar en el alegato del error que conlleva la incorrecta valoración de las ofertas que esgrime la recurrente, toda vez que dicho motivo se ha elaborado sin conocer ni poder discutir las razones técnicas del órgano evaluador determinantes de aquella valoración.

Tampoco procede, dado el carácter revisor de las competencias de este Tribunal, realizar pronunciamiento sobre la alegación de EXACTECH afirmando que la recurrente se encuentra incurso en prohibición de contratar al no disponer de un plan de igual en el momento de presentación de las proposiciones, cuestión que corresponderá comprobar al órgano de contratación, en el supuesto de que finalmente la ahora recurrente resultase propuesta adjudicataria.

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 entidad **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U.**, contra la resolución, de 16 de febrero de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Suministro de material del grupo 04.06 Prótesis de Cadera y Rodilla, para los Centros Sanitarios vinculados a la Central Provincial de compras de la Provincia de Jaén”, (Expte. :CONTR 2023 0000872217), en relación a la Agrupación nº 1 (Lotes 1, 2 y 3), Agrupación nº 3 (Lotes 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14), Agrupación nº 4 (Lotes 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21), Agrupación nº 5 (Lotes 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31), tramitado por el Hospital Universitario de Jaén, y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta 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, respecto de las agrupaciones y lotes objeto de impugnación.

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.

