

Recurso 145/2024
Resolución 186/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 26 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 15 de marzo de 2024, por la que se adjudica el “Suministro de los elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, y para los sistemas de monitorización continua interactiva de glucosa para el programa de tratamiento de la diabetes de los centros sanitarios vinculados a la central provincial de compras de Almería, por precios unitarios al amparo del art. 16.3.a) de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por procedimiento abierto, mediante presentación electrónica de ofertas. Cca +6.c15+x4x”, respecto a los lotes 1 y 2, convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000255/2023 CONTR 2023 0000396001), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de noviembre de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato 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. El valor estimado del contrato asciende a 16.596.793,20 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 correspondiente procedimiento, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación el 15 de marzo de 2024, respecto a los lotes 1 y 2. La citada resolución se notificó y se publicó en el perfil de contratante el 19 de marzo de 2024.

SEGUNDO. El 11 de abril de 2024, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. (AIRLIQUIDE o la recurrente en adelante) contra la citada resolución de adjudicación, respecto de ambos lotes.

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 ha sido recibido en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado la entidad adjudicataria, MEDTRONIC IBERICA S.A. (en adelante la entidad interesada o 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.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora del procedimiento de adjudicación del contrato, respecto de los lotes 1 y 2.

La entidad interesada manifiesta que la recurrente no tendría legitimación con relación a uno de los motivos de recurso en tanto que aunque el mismo se estimara no resultaría la recurrente adjudicataria. Sobre esta cuestión, se ha de tener en cuenta que la entidad interesada se refiere a un motivo de recurso que está vinculado con la pretensión subsidiaria del recurso en la que AIRLIQUIDE solicita la nulidad de todo el procedimiento de licitación por lo que se habría de concluir que, en principio, la recurrente sí tendría legitimación en el sentido anteriormente mencionado por lo que no cabe atender a esta alegación de la entidad adjudicataria.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, respecto de los citados lotes 1 y 2, acordada en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre la alegación de la recurrente relativa a la infracción del secreto de la oferta por parte de la entidad adjudicataria.

1. Alegaciones de la recurrente.

Manifiesta la entidad recurrente que tras el acceso al expediente ha detectado que en el contenido del sobre 2, en el que figura la documentación respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de la oferta de la



adjudicataria, se adelanta documentación que debía figurar en el sobre 3, documentación a valorar respecto de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas.

La recurrente manifiesta que existen diversas advertencias en los pliegos relativas a que el documento denominado *«memoria técnica no deberá contener ningún dato o indicio que permita conocer los elementos de la oferta evaluables conforme a los criterios automáticos posteriormente descritos»*.

La recurrente como indicamos se refiere al contenido de la memoria técnica, respecto de los lotes 1 y 2, de la oferta de la adjudicataria y en concreto a la información recogida en el apartado 1.2. sobre la *«disponibilidad de información sobre adherencia al tratamiento, incluyendo información sobre bolos (tipo), cambio de catéter, reservorios, cebados y paradas del dispositivo»*.

La recurrente manifiesta que en la oferta de la adjudicataria contenida en el sobre 2, se adelanta información sobre los siguientes criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas, respecto del lote 2, y cuya documentación debía figurar en el sobre 3:

2.1.4. Que el dispositivo ofertado tenga indicación tanto para pacientes de adultos como para pacientes de pediatría (si/no), con una ponderación de 2 puntos.

2.2.2. Posibilidad de que el dispositivo ISCI+MCG pueda disponer de sistema de parada automática de infusión de insulina en situación de concentración de glucosa baja (si/no), con una ponderación de 6 puntos.

2.2.3. Posibilidad de que el dispositivo ISCI+MCG pueda disponer de sistema de parada automática de infusión de insulina en predicción de la concentración de glucosa baja con reanudación de la infusión tras la recuperación de la concentración de glucosa a cifras deseables (si/no), con una ponderación de 6 puntos.

A juicio de la recurrente la información sobre la característica 2.1.4. se extrae de la página 29 de la documentación técnica del sobre 2 de la oferta de la adjudicataria al indicar: *«El sensor está indicado para instalarse en la parte trasera de la parte superior del brazo o en la parte superior de las nalgas en personas de 7 a 17 años. El sensor está indicado para instalarse en la parte de atrás de la parte superior del brazo o en el abdomen en personas mayores de 18 años»*.

Sobre esta información concluye: *«Esta información sobre la edad indicada del sensor incluidas en el sobre nº 2 no se solicita en las “Características técnicas y funcionales”, pero sí refleja claramente que Medtronic ofrece un dispositivo que tiene indicación para personas adultas y para pacientes de pediatría, ya que indica claramente que está indicado para mayores de 18 años -apto para adultos- y para personas de entre 7 y 17 años -apto para pediátricos, ya que este grupo engloba a pacientes desde el nacimiento (1 mes) hasta que el niño llegue a la adolescencia (18 años)-»*.

Con relación a los criterios de adjudicación 2.2.2. y 2.2.3. anteriormente mencionados la recurrente manifiesta que el contenido a valorar se puede extraer de las páginas 16, 17 de la documentación técnica incluida en el sobre 2 que recoge: *«configuración bomba de insulina: Suspensión de toda infusión de insulina y reanudación de la insulina basal. Permite suspender toda la infusión de insulina basal y bolos activos. Cada 15 minutos un aviso recuerda al usuario que no se está administrando insulina»* y de la página 23 que indica: *«Permite el ajuste automático de la infusión de insulina en función de los valores de glucosa de cada sensor»*.

Sobre esta información la recurrente realiza la siguiente valoración: *«estas referencias reflejadas por Medtronic en su oferta acreditan que la bomba dispone de un sistema que permite la suspensión de toda la infusión y su reanudación, con un ajuste automático de la misma en función de los valores de glucosa, es decir, se refleja claramente cómo el dispositivo cuenta con un sistema de parada automática que permite controlar la infusión de*



insulina en situación de concentración de glucosa baja e igualmente reanudarla tras recuperar los valores deseables».

La recurrente manifiesta sobre esta situación lo siguiente: *«El hecho de que esta información previa del sobre de criterios objetivos de Medtronic sea conocida por la comisión técnica revisora supone que está permitiendo que se conozca una información adicional del adjudicatario incumplidor y de los otros no, generando que la valoración de su oferta haya sido realizada con conocimiento de un elemento de juicio que falta de los otros, infringiendo así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la LCSP».* En este sentido alude al contenido del PCAP, en el sentido anteriormente manifestado, sobre la prohibición de adelantar contenido del sobre 3 en el sobre 2, concluye que el hecho de que la oferta de la recurrente incumpliera con esta cuestión solo puede concluir en la exclusión de su oferta, apoya su argumentación en diversa doctrina de los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación.

Considera que este adelanto de información *«provoca una indefensión real y no meramente formal a esta parte, que puede haber dado lugar a que la valoración de la oferta técnica infractora -Medtronic- se haya visto incrementada (consciente o inconscientemente) por el valorador técnico».*

Por lo anterior solicita que se anule el acto impugnado y que se excluya la oferta de la adjudicataria.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone en su informe a este motivo de recurso argumenta con relación al criterio de adjudicación de aplicación mediante fórmulas *«2.1.4. Que el dispositivo ofertado tenga indicación tanto para pacientes de adultos como para pacientes de pediatría»* que *«la oferta técnica de MEDTRONIC no hace referencia a pacientes adultos y pediátricos, sólo incluye una referencia relativa a la colocación del sensor indicando rangos de edad a partir de 7 años, en tanto que pacientes pediátricos lo son también entre 0 y 7 años, por lo que la oferta técnica no permite conocer si el dispositivo tiene indicación para pacientes de pediatría».*

Con relación al criterio de adjudicación *«2.2.2. Posibilidad de que el dispositivo ISCI + MCG pueda disponer de sistema de parada automática de infusión de insulina en situación de concentración de glucosa baja»* manifiesta que *«el criterio hace referencia a que el dispositivo ISCE+MCG pueda disponer del sistema de parada automática de infusión de insulina, en tanto que lo indicado por MEDTRONIC en la página 17 de su memoria técnica es que de manera manual, que no automática, se pueda suspender la infusión de insulina desde el ISCI, sin implicación del MCG, así lo indica expresamente la oferta técnica al hacer referencia a la configuración de la bomba de insulina y a la posibilidad de suspensión y reanudación de la infusión de insulina. Por consiguiente, nada anticipa sobre que el dispositivo disponga de sistema de parada automática, información que sólo ha podido ser conocida tras la apertura del sobre n.º 3».*

Por último, con relación al criterio de valoración *«2.2.3. Posibilidad de que el dispositivo ISCI + MCG pueda disponer de sistema de parada automática de infusión de insulina en predicción de la concentración de glucosa baja con reanudación de la infusión tras la recuperación de la concentración de glucosa a cifras deseables»* manifiesta que *«lo que se valora es que el sistema para de manera automática en caso de glucosa baja, es decir para prevenir hipoglucemias. Lo indicado por MEDTRONIC en su oferta técnica hace referencia a que el sistema haga un ajuste de la dosis de insulina en función de los valores de glucosa de cada sensor, no mencionando específicamente la relación con la glucosa baja que recoge el criterio de adjudicación ni la parada de infusión de insulina».*

El órgano de contratación por todo lo anterior concluye que no ha existido anticipación de información alguna.



En cualquier caso, el órgano de contratación argumenta que aunque hipotéticamente se aceptara que ha existido una revelación de algún dato se debería de actuar de forma proporcional atendiendo a la doctrina sobre la cuestión que mantienen los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación.

En definitiva, solicita la desestimación de este motivo de recurso.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad interesada MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

Comienza considerando que atendiendo al escrito de recurso el mismo solo se refiere al lote 2, por lo que afirma que no se habría cuestionado el contenido de la adjudicación respecto del lote 1.

En segundo lugar, manifiesta que no ha incluido en el sobre 2 de su proposición información que debiera figurar en el sobre 3. En referencia a lo indicado por la recurrente con relación al criterio de adjudicación 2.1.4. indica lo siguiente: *«esta parte de la oferta del sobre 2, Medtronic está haciendo referencia a las indicaciones de uso del “sensor” según indicaciones de la página 5 PPT (características mínimas) pero no se refiere en ningún momento al “dispositivo” (la bomba) sino al sensor (elemento desechable)».*

Asimismo, sobre esta alegación de la recurrente argumenta: *«a este respecto, resulta bastante improbable que la recurrente no conozca la diferencia entre un elemento y otro, así que parece que su verdadera intención sea la de confundir a ese Tribunal al utilizar la palabra “dispositivo” para referirse indistintamente al “dispositivo” y al “sensor” como si fueran lo mismo, cuando la realidad es que son dos partes muy diferentes del sistema de infusión de insulina. La documentación contractual en ningún momento mezcla los dos conceptos, ya que se refiere a que el sistema (kit) cuenta con partes diferentes, (i) los infusores -o bombas de insulina-, (ii) el material fungible (los catéteres) y para el lote 2 (iii) los sensores».*

En lo relativo a las consideraciones de la recurrente con relación al criterio de adjudicación 2.2.1. afirma lo siguiente: *«en ningún momento este tipo de suspensión exige la monitorización con sensor. Tan es así que se describe en el capítulo relativo a la bomba MiniMed780 G subapartado de “Configuración de la infusión de insulina” y no en la parte de “Monitorización Continua de Glucosa”, que se desarrolla a partir de la página 24».* Concluye afirmando que de ninguna manera del párrafo de su oferta extractado por la recurrente se puede inferir que el sistema que oferta pueda realizar paradas automáticas.

Con relación a las afirmaciones de la recurrente respecto del criterio de adjudicación 2.2.2. se afirma que *«el ajuste automático mencionado en este punto lo realizan todas las bombas del mercado que tengan sensor, precisamente porque es la gran ventaja en comparación con el uso de bombas sin sensor».* De lo anterior concluye que el recurso ha descontextualizado su oferta.

Por estos motivos solicita que sea desestimado este motivo del recurso.

4. Consideraciones del Tribunal.

En primer lugar, procede analizar la limitación del alcance de este primer motivo de recurso en el sentido alegado por la entidad interesada. En este sentido, resulta cierto que la recurrente al hacer referencia a la parte de la oferta que se habría desvelado se refiere a cuestiones relacionadas con tres criterios de adjudicación de



aplicación mediante fórmulas establecidos en el lote 2. Efectivamente, estos criterios son diferentes a los establecidos respecto del lote 1, por lo que una hipotética estimación de este motivo de recurso se tendría que circunscribir al citado lote 2, sin alterar por tanto la adjudicación respecto del lote 1.

Sobre el fondo de la cuestión procede citar la doctrina que este Tribunal tiene establecida sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas, en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, recogida, entre otras, en las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo. Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que *«En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas»*. Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público establece que *«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos»*, y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que *«En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor»*.

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas. Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de esta y, en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas. Con el consiguiente quebranto, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.

Como se ha indicado el órgano de contratación y la entidad interesada manifiestan que no se ha producido el adelanto de información que alega la recurrente. Además, el órgano de contratación argumenta que, en cualquier caso, en el hipotético supuesto de que se hubiera producido, debería ser de aplicación el principio de proporcionalidad del que se derivaría que no procede la exclusión de la oferta de la adjudicataria.

El principio de proporcionalidad respecto al secreto de la oferta es una cuestión sobre la que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la Resolución 324/2022, de 20 de junio, citada expresamente por la recurrente, y en la que decíamos: *«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación. En este sentido recientemente se ha de*



citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria. (...) La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo».

Pues bien, aplicando todo lo anterior al presente supuesto, este Tribunal considera que las explicaciones ofrecidas por el órgano de contratación y por la entidad adjudicataria sobre los motivos por los que no consideró que en el contenido del sobre 2 se adelantaba información del sobre 3, en el sentido anteriormente reproducido, parecen razonables. Es decir, de los argumentos esgrimidos se desprende una justificación suficiente de los motivos por los que el órgano de contratación no entendió que la proposición de la adjudicataria adelantaba información, en lo relativo al uso pediátrico entendido de 0 a 7 años, o el hecho de que no se especifica de forma clara que el dispositivo administre de forma automática en caso de glucosa baja, que es lo que se valora en el sobre 3, respecto del lote 2.

En cualquier caso, y siguiendo los argumentos del órgano de contratación, aunque se admitiera a meros efectos dialécticos que se ha producido -aunque fuera parcialmente- el quebrantamiento del secreto de la oferta, circunstancia que como se ha argumentado no se ha aceptado, sería de aplicación el principio de proporcionalidad por lo que habría que analizar los efectos de la misma.

En primer lugar, procede indicar que no se especifica en el PCAP que el adelanto de información produzca la automática exclusión de la oferta. Como la recurrente manifiesta en su escrito existen advertencias sobre que no se deberá introducir en el sobre 2 documentación que deba formar parte del sobre 3, pero no se establecen consecuencias concretas a un posible incumplimiento.



En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que en el presente procedimiento de licitación los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor suponen un máximo de 20 puntos sobre los 100 totales. La entidad adjudicataria obtiene la máxima puntuación -20 puntos- y la recurrente -10 puntos-. Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y que además en el PCAP no se prevé la exclusión por el incumplimiento de la separación de la documentación a valorar entre los sobres 2 y 3, podría considerarse que una actuación proporcionada por parte de la mesa de contratación hubiera sido no conceder puntuación a la oferta de la adjudicataria en el criterio sujeto a juicio de valor en el que se ha producido el incumplimiento, esta solución hubiera sido más proporcional que la propia exclusión en tanto que daría satisfacción a la demanda de la recurrente en tanto que evitaría la infracción que habría supuesto: *«que la valoración de la oferta técnica infractora se haya visto incrementada (consciente o inconscientemente) por el valorador técnico»*, atendiendo al principio de congruencia. Esta opción hubiera tenido el inconveniente del umbral mínimo de puntuación establecido en el procedimiento de 10 puntos para continuar en el procedimiento de licitación.

En cualquier caso, atendiendo a la valoración total de ambas ofertas observamos que respecto del lote 2, la adjudicataria obtiene 100 puntos y la recurrente, 75,934959 puntos, es decir que aunque, se pudiera considerar que la oferta de la adjudicataria se hubiera sobrevalorado como consecuencia de la presunta infracción resulta evidente que con la diferencia de puntuación que ha existido entre ambas ofertas -aproximadamente 24 puntos- lo que ha resultado decisivo ha sido la valoración de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas y no respecto de los juicios de valor. En conclusión, a la vista de la doctrina y jurisprudencia sobre la cuestión no sería una actuación proporcional excluir la oferta económicamente más ventajosa por un error que en supuesto de que hubiera existido en ningún caso ha sido determinante para la adjudicación del presente contrato.

Por lo anterior, procede la desestimación de este motivo de recurso.

SEXO. Fondo del asunto: sobre la alegación de la recurrente relativa a la falta de motivación de la valoración de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Como pretensión subsidiaria la recurrente cuestiona la motivación de la valoración de su oferta y de la adjudicataria respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor.

En el anexo II del PCAP se establece un solo criterio de adjudicación sujeto a juicios de valor que se denomina: *«características técnicas y funcionales»* ponderado con un máximo de 20 puntos. Las mismas quedan recogidas en la memoria técnica a incluir en el sobre 2 que debía contener 3 apartados; uno relativo al apoyo técnico y logístico 24h/365 días al año, el segundo relativo a las características técnicas de la plataforma web con relación a determinados parámetros y en tercer lugar la posibilidad de acceder a catéteres de cánulas metálicas para aquellos pacientes con problemas cutáneos asociados al teflón o bien por problemas frecuentes de obstrucción / inserción de la cánula.

En lo relativo a las características técnicas de la plataforma web se indica que se valorarán: *«La facilidad de acceso y uso, la posibilidad que se puedan descargar cifras de glucemia de diferentes modelos y marcas de glucómetros, la disponibilidad de información sobre la adherencia al tratamiento, incluyendo información sobre bolos (tipo), cambios, de catéter, reservorios, cebados, paradas del dispositivo y número de glucemias capilares y la disponibilidad de la información sobre el periodo de tiempo escogido para analizar.»*



Sobre este último punto, la disponibilidad de la información, se indica que se destaca: «resumen diario de datos: glucosa, insulina, ingesta de carbohidratos, número de glucemias capilares, día modal (periodos y horas), tendencias, configuración del dispositivo (tanto línea basal, configuración bolos ayuda y configuración del sensor), superposición de datos de glucemia (día modal y por periodos de ingesta), superposición de datos diarios de glucemia, insulina e ingesta de carbohidratos a la misma página, tabla de datos detallados del infusor y su funcionamiento, posibilidad de exportar datos (archivos excel o similar)».

El PCAP establece que se realizará una «valoración libre de la comisión de las características establecidas del equipo, en función de la escala:

PUNTOS	EQUIVALENCIAS
No se valora	La oferta no cumple las características técnicas del pliego
0	Cumple las prescripciones técnicas del pliego
5	Cumple las prescripciones técnicas del pliego y presenta alguna mejora poco destacable
10	Cumple las prescripciones técnicas del pliego y aporta alguna mejora de calidad respecto al apoyo técnico y logístico, características técnicas de la plataforma web, acceso a distintos catéteres de cánulas de teflón y/o metálicas.
15	Cumple las prescripciones técnicas del pliego y aporta alguna mejora de calidad, compatibilidad y/o facilidad de uso respecto al apoyo técnico y logístico, características técnicas de la plataforma web, acceso a distintos catéteres de cánulas de teflón y/o metálicas.
20	Cumple las prescripciones técnicas del pliego y mejora de calidad, compatibilidad, facilidad de uso y seguridad respecto al apoyo técnico y logístico, características técnicas de la plataforma web, acceso a distintos catéteres de cánulas de teflón y/o metálicas».

Según se recoge en el informe técnico de valoración de las ofertas respecto del criterio sujeto a juicios de valor, la oferta de la recurrente y de la adjudicataria obtienen las valoraciones de acuerdo a la motivación siguiente:

La adjudicataria obtiene la máxima valoración -20 puntos- de acuerdo a la siguiente motivación: «cumple las prescripciones técnicas del pliego y mejora de calidad, compatibilidad, facilidad de uso y seguridad respecto al apoyo técnico y logístico, características técnicas de la plataforma web, acceso a distintos catéteres de cánulas de teflón y/o metálicas. facilidad de acceso a la información unificada. mayor disponibilidad de tamaños. mayor facilidad de acceso. mayor precisión dosis insulina administrada».

La oferta de la recurrente obtiene 10 puntos según la siguiente motivación: «cumple las prescripciones técnicas del pliego y aporta alguna mejora de calidad respecto al apoyo técnico y logístico, características técnicas de la plataforma web, acceso a distintos catéteres de cánulas de teflón y/o metálicas. facilidad de acceso a la información unificada».

A juicio de la recurrente esta valoración supondría que el órgano de contratación: «estaría transgrediendo, dicho sea con todos los respetos, el margen de discrecionalidad técnica que ostenta, puesto que dichas características del producto no se hallan exigidas en ningún apartado del punto 1 que recoge los criterios subjetivos o evaluables mediante juicio de valor del Anexo II del Cuadro Resumen del PCAP».

Afirma que dicha actuación por parte del órgano de contratación supone que el mismo: «ha incurrido en un error material a la hora de valorar una serie de características que no venían contempladas en el Pliego de la licitación, y que han devenido en un trato discriminatorio y no igualitario entre los licitadores, pues Air Liquide no ha podido ser



valorado en los mismos términos que Medtronic, dado que su oferta técnica no incluía esas prescripciones al no haber sido requeridas en ningún momento en el PCAP como criterios de adjudicación».

A juicio de la recurrente por lo anterior desconoce, atendiendo al contenido de los pliegos, los motivos que determinan que la oferta de la adjudicataria sea más ventajosa que la suya por lo que considera que la adjudicación es un acto nulo de pleno derecho de forma que ha causado indefensión a la recurrente.

Solicita la nulidad de todo el procedimiento de licitación, al no poderse proceder a una nueva valoración por conocerse ya las ofertas económicas y el contenido de las proposiciones respecto del resto de criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas.

2. Alegaciones del órgano de contratación

Se opone en su informe al recurso interpuesto. Afirma que en el citado informe técnico de valoración de ofertas «*detalla la puntuación otorgada conforme a la escala establecida en el pliego y además añade referencia a determinadas características concretas de la oferta que determinan el otorgamiento de la puntuación, tales como “facilidad de acceso a la información unificada, mayor disponibilidad de tamaños, mayor facilidad de acceso, mayor precisión dosis insulina administrada”, en el caso de MEDTRONIC, y “facilidad de acceso a la información unificada” en el caso de AIR LIQUIDE».*

Con relación a la alegación de la recurrente en la que afirma que el órgano de contratación habría valorado cuestiones en las ofertas no contempladas en el criterio de adjudicación afirma: *«muy al contrario se ha de señalar que precisamente la mención a estas características hace referencia a la existencia de mejora de calidad de los productos objeto del suministro con respecto a las prescripciones técnicas, consideradas como mínimas exigibles».* A su juicio, del contenido del informe técnico no cabe ser apreciada arbitrariedad o error al encontrarse dentro de los límites de la discrecionalidad técnica. Motivos por los que solicita la desestimación del recurso.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad interesada MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

En síntesis, la entidad adjudicataria alude a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica y que la decisión de la Administración se encuentra suficientemente motivada y detallada en el informe técnico de valoración de ofertas. En este sentido argumenta: *«Además, en este caso, el órgano de contratación ha podido revisar las muestras de los productos ofertados, por lo que su valoración resulta motivada no solo por el estudio de la documentación sino también por el análisis de las muestras.*

En cualquier caso, existe una doctrina administrativa muy asentada sobre la imposibilidad de que el recurrente pretenda que se modifique la valoración del órgano de contratación según sus intereses comerciales».

4. Consideraciones del Tribunal.

La recurrente en su pretensión subsidiaria aborda la insuficiente motivación de la adjudicación y la arbitrariedad en la concesión de puntuaciones de su oferta y de la oferta de la adjudicataria. En este motivo no concreta los lotes a los que se refiere, sin embargo, al ser la motivación de las puntuaciones la misma se considera, en virtud del principio *pro actione*, que se refiere a los lotes 1 y 2.



Pues bien, es doctrina de este Tribunal a propósito de la motivación de la adjudicación (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que *«la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. 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 el presente supuesto este Tribunal considera que no cabe apreciar falta de motivación dado que la recurrente conoce los motivos por los que la oferta de la adjudicataria obtiene mayor puntuación que la suya y de hecho cuestiona la valoración manifestando que se tienen en cuenta cuestiones al margen de los aspectos objeto de valoración a la vista de la descripción de los criterios de adjudicación en los pliegos.

En este sentido y como se ha reproducido, se puede claramente observar que tras una motivación genérica con reproducción de lo establecido en el PCAP para cada una de las puntuaciones previstas se especifica: *«Mayor disponibilidad de tamaños. Mayor facilidad de acceso. Mayor precisión dosis insulina administrada».* Estos son los motivos por los que la oferta de la adjudicataria obtiene mayor puntuación que la de la recurrente, la motivación es sucinta pero suficiente para que se entiendan las características por las que la oferta de la adjudicataria ha obtenido más puntuación que la de la recurrente.

Procede recordar que nos encontramos ante la valoración de criterios de adjudicación de aplicación mediante juicios de valoración en la que como se ha indicado resulta de aplicación la doctrina sobre la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que tiene una presunción de validez que solo podrá ser cuestionada en los supuestos en los que se acredite patente error o arbitrariedad. Al mismo tiempo, se ha de destacar que los términos en que en los que se establecen los criterios evaluables mediante juicio de valor en esta licitación - cuestión en la que no vamos a entrar y cuya validez no prejuzgamos- permitan un considerable margen de discrecionalidad en la valoración de las ofertas, siendo los citados pliegos, una vez consentidos y firmes, *“ley entre las partes”*, vinculando su contenido a todas ellas.

Así pues, partiendo de esa amplitud en la redacción de los criterios, la comisión técnica y por extensión, la mesa de contratación, a la hora de valorar las ofertas, ha hecho uso de su discrecionalidad técnica sin que ello se le pueda reprochar, salvo que haya excedido los límites de la misma. En definitiva, la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, se ve amparada por el informe efectuado por órgano técnico, obrante en el expediente administrativo, como decimos, con una motivación suficiente que analiza los aspectos de las ofertas de las licitadoras, hallándose justificadas las razones por las que las ofertas son valoradas con las puntuaciones que se les asignan, atendiendo a los criterios establecidos en los pliegos. En este sentido, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que, por sus características, no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis.

Sentado lo anterior, que la motivación de la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor es sucinta pero suficiente procede abordar la segunda cuestión que se plantea. La recurrente a continuación, de forma un tanto contradictoria, manifiesta que se han valorado aspectos, los anteriormente



manifestados, que no estaban contemplados en el criterio de adjudicación por lo que la valoración de las ofertas adolecería de arbitrariedad.

Pues bien, en síntesis, la oferta de la adjudicataria obtiene la máxima puntuación dado que su oferta tiene «mayor disponibilidad de tamaños», «mayor facilidad de acceso» y «mayor precisión dosis insulina administrada». Resulta de interés manifestar que la recurrente ha tenido acceso al expediente y ha podido consultar la oferta de la adjudicataria como reconoce en su escrito de impugnación. Sin embargo, no cuestiona la veracidad de estas afirmaciones -las características por las que conoce que la oferta de la adjudicataria ha tenido mayor puntuación que la suya- sino que manifiesta que estos aspectos no podían ser objeto de valoración.

Sobre esta cuestión, y en la línea de lo anteriormente manifestado, este Tribunal no le puede dar la razón a la recurrente, no se ha acreditado que las cuestiones valoradas no se encuentren contempladas en el criterio de adjudicación descrito en el anexo II del PCAP. Por ejemplo, en el criterio de adjudicación se describe que se valorará «la facilidad de acceso y uso» -una de las cuestiones contenidas en la motivación de la valoración-, y dentro de la escala para asignar puntuaciones se indica que se valorarán las mejoras sobre las prescripciones técnicas que mejoren la calidad, compatibilidad, facilidad de uso y seguridad, así como el acceso a distintos catéteres de cánulas de teflón y o metálicas. En definitiva, este Órgano concluye que no ha quedado acreditada la arbitrariedad alegada por la recurrente, por lo que no se aprecia infracción en la valoración de la oferta de la adjudicataria atendiendo a la citada doctrina de la discrecionalidad técnica.

Por lo anterior, procede la desestimación de este motivo y, por tanto, del recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 15 de marzo de 2024, por la que se adjudica el “Suministro de los elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, y para los sistemas de monitorización continua interactiva de glucosa para el programa de tratamiento de la diabetes de los centros sanitarios vinculados a la central provincial de compras de Almería, por precios unitarios al amparo del art. 16.3.a) de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por procedimiento abierto, mediante presentación electrónica de ofertas. Cca +6.c15+x4x”, respecto a los lotes 1 y 2, convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000255/2023 CONTR 2023 0000396001).

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 los lotes 1 y 2.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

