

Recurso 136/2024
Resolución 188/2024
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 **JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L.** contra los acuerdos adoptados por la mesa de contratación en sesión celebrada el 19 de enero de 2024, respecto a los lotes 19, 20 y 21, del contrato denominado «Suministro material fungible cirugía cataratas, vitrectomía y soluciones oftalmológicas con disponibilidad de uso y mantenimiento del equipamiento necesario para su utilización y suministros de prótesis oftalmológicas SU.PC.SANI.04.18 (lentes intraoculares) con destino a los centros sanitarios de la provincia de Cádiz pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud» (Expte. +6.6W2QTKJ CONTR 2023 357883 248/2023) promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa dependiente de la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de mayo 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 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, siendo el valor estimado del contrato de 16.935.520,74 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.

Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, la mesa de contratación acordó, en sesión celebrada el 19 de enero de 2024, las empresas admitidas a la presente licitación, procediendo a la valoración de sus ofertas técnicas, así como, a la exclusión, entre otras, de la oferta de la entidad JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L., con relación a los lotes 19, 20 y 21. La referida resolución se publica en el perfil de contratante con fecha 15 de marzo de 2024.

SEGUNDO. El 9 de abril de 2024, se ha presentado en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación por la entidad JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L., (en adelante VISION o la recurrente) contra la exclusión de su oferta con relación a los lotes 19, 20 y 21, así como contra la indebida admisión de dos de las licitadoras a los citados lotes. En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.



La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso. Tras la reiteración de la petición lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Mediante Resolución, MC. 48/2024, de 16 de abril, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo concedido las presentadas por las entidades: CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A. y BAUSCH & LOMB, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, de los lotes 19, 20 y 21, en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP; sin perjuicio de lo señalado al efecto en el fundamento de derecho sexto.

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de la licitación es un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, contra el citado contrato cabe recurso especial en materia de contratación, ex artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto a las actuaciones recurridas, conforme a lo expuesto en el encabezamiento, la recurrente interpone el recurso, contra los acuerdos adoptados por la mesa de contratación en sesión celebrada el 19 de enero de 2024.

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) de la LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso: *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».*

Pues bien, en cuanto al acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de VISION del procedimiento de licitación, respecto a los lotes 19, 20 y 21, se trata de un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial, y ello de conformidad con en el citado artículo 44.2.b) de la LCSP.

Respecto al acto por el que se acuerda la admisión de la oferta de otras dos entidades licitadoras a los lotes 19, 20 y 21, la interesada ZEISS en su escrito de alegaciones solicita la inadmisión del recurso al entender que la



admisión de las ofertas no es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso al no ser un acto expreso. Pero lo cierto es que analizado el contenido del acta de la mesa de contratación de 19 de enero de 2024, consta expresamente que la mesa tras «*el examen del Informe Técnico de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, remitido por la Comisión Técnica designada al efecto, de fecha 17 de enero de 2024*», adoptó el siguiente acuerdo: «*Por unanimidad de los miembros de la Mesa de Contratación se acuerda la aprobación del mismo, siendo admitida/s toda/s la/s mercantil/es valorada/s, a excepción de las que se indican en la siguiente tabla, acordándose por unanimidad de los miembros de la Mesa de contratación su exclusión por los motivos siguientes(...)*».

Por tanto, en principio, la indebida admisión de oferta de las otras dos licitadoras a los lotes 19, 20 y 21, es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial en materia de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.2 b) de la LCSP. Todo ello sin perjuicio de lo que se concluirá en el fundamento de derecho sexto de la presente Resolución, una vez analizado el fondo de la pretensión principal que el recurso plantea, respecto a la legitimación ad causam de la recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el expediente, el recurso se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

Con carácter previo a la exposición de las alegaciones de las partes, merecen destacarse los siguientes extremos de interés para la resolución de la controversia que resultan del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación:

El anexo III del pliego de prescripciones técnicas (PPT) “Componentes de los packs”, en lo que aquí interesa señala lo siguiente:

Respecto al lote 19 “Oft: Cirugía mayor-Equipo de facoemulsificación. Cuchillete 2,2”, entre los artículos que componen el citado lote constan los siguientes:

UNIDADES	ARTÍCULOS
1	Paño mesa impermeable 190x160 cm
1	Campo quirúrgico 140x150cm no fenestrado 2 bolsas
1	Jeringa 1 ml Luer lock 3 piezas sin silicona graduada en decimas de ml
1	Jeringa 3 ml, Luer Lock 3 piezas sin silicona
2	Jeringa 5 ml Luer Lock 3 piezas sin silicona

En cuanto al lote 20 “Oft: Cirugía mayor-Equipo de facoemulsificación. Cuchillete 2,4”, contiene entre sus artículos los siguientes:

UNIDADES	ARTÍCULOS
1	Paño mesa impermeable 190x160 cm
1	Jeringa 1 ml Luer lock 3 piezas sin silicona graduada en decimas de ml
1	Jeringa 3 ml, Luer Lock 3 piezas sin silicona
2	Jeringas 5 ml Luer Lock 3 piezas sin silicona



El lote 21 “Oft: Cirugía menor”, relaciona entre los artículos que lo componen los siguientes:

UNIDADES	ARTÍCULOS
1	Paño oftálmico con apertura oval 6x4 con adhesivo 40x40 cm
1	Blefarostato sólido 20mm de pala (aislapestaña)

En fecha 17 de enero de 2024 se emite informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos. En el apartado 3.1 del informe denominado “Análisis de fichas técnicas ofertadas en relación al cumplimiento de las características técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas”, se realiza la siguiente valoración: “Se ha constatado para algunas de las ofertas analizadas que se oferta y/o CIP no cumplen los requisitos exigidos, por lo que se deja constancia expresa NO CUMPLE (se describen en las motivaciones los parámetros en los que no se cumplen los requisitos técnicos mínimos fijados). Las valoraciones y anotaciones en relación al cumplimiento de los atributos exigidos son las siguientes: (...)”

A continuación, el informe recoge una tabla de la que, en lo que aquí interesa, se extrae la siguiente información:

Licitador	Lote afectado	Valoración	Motivación
JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L.	19	No cumple	Se solicitan jeringas de tres piezas y se ofertan de dos piezas.
JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L.	20	No cumple	Se solicitan jeringas de tres piezas y se ofertan de dos piezas
JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L.	21	No cumple	Se pide funda mesa 60x60 y presenta una de 75x90. Se pide paño oftálmico apertura oval 6x4 con adhesivo 40x40 y presenta una de 53x53. Se pide blefarostato sólido de pala y no se indica el tamaño.

El informe tras la valoración de las distintas ofertas admitidas a los diferentes lotes, en el apartado 5 denominado “Resumen- Conclusiones valoración agrupación y lotes”, respecto a los lotes objeto del presente recurso, recoge la siguiente información:

Lote	Licitadores	Puntuación
19	ALCON HEALTHCARE, S.A.	28
	CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U.	48
20	ALCON HEALTHCARE, S.A	28
	CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U.	48
21	CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U.	40
	MEDICAL MIX, S.L.U.	9
	OPTIMUM VISION CARE, S.A.	23

Con fecha 19 de enero de 2024, se celebra sesión de la mesa de contratación, en la que tras la revisión del informe técnico de valoración se acuerda, entre otros asuntos, «la aprobación del mismo, siendo admitida/s toda/s la/s mercantil/es valorada/s, a excepción de las que se indican en la siguiente tabla, acordándose por unanimidad de los miembros de la Mesa de contratación su exclusión por los motivos siguientes (...)». A continuación, el acta recoge en una tabla los licitadores excluidos con identificación del lote y los motivos de exclusión, en iguales términos que los señalados en el informe de valoración antes referido.



Expuestos los antecedentes necesarios para resolver la controversia, se procede a exponer las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente mediante la interposición del presente recurso formula una pretensión con carácter principal mediante la que solicita que *«se excluyan las ofertas presentadas por CARL ZEISS y ALCON a los Lotes 19 y 20, y la oferta de CARL ZEISS al lote 21.*

Y subsidiariamente, para el caso de que el Tribunal desestime la pretensión anterior en la que se interesa la exclusión de las ofertas presentadas por CARL ZEISS y ALCON a los Lotes 19, 20 y 21, en base a los principios de igualdad de trato, no discriminación, y no arbitrariedad, declare el derecho de JJ VISIÓN a que se admitan las ofertas que ha presentado a dichos lotes.»

Fundamenta su pretensión en los siguientes motivos de recurso.

A) Indebida admisión de las ofertas que incumplen las especificaciones técnicas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT)

La recurrente tras reproducir el contenido del Anexo III del PPT, respecto a los requerimientos técnicos exigidos a los productos de los lotes 19, 20 y 21, argumenta que el PPT *«requiere que muchos artículos de esos PACKs sean de una “medida concreta”, sin preverse cierta variación (es decir, sin preverse un % de margen respecto a las medidas indicadas en el PPT).»*

Argumenta que las ofertas presentadas por las licitadoras ALCON HEALTHCARE, S.A. (en adelante ALCON) a los lotes 19 y 20 y la oferta de CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A. (en adelante ZEISS) a los lotes 19, 20 y 21, no cumplen la totalidad de requerimientos previstos en el Anexo III del PPT, y por tanto deben ser excluidas del procedimiento de licitación de dichos lotes.

(i) Sobre los incumplimientos de la oferta de ZEISS.

La mercantil ZEISS, respecto a los lotes 19 y 20, presenta una declaración en la que afirma que la oferta presentada cumple con las especificaciones técnicas enumeradas en el anexo III del PPT. Sin embargo, atendiendo a las “referencias” de las jeringas ofertadas se han consultado los catálogos del producto de los fabricantes y las fichas técnicas de los fabricantes, que no han sido aportadas al expediente, argumenta la recurrente que se puede comprobar los siguientes incumplimientos:

- La jeringa de 1 ml no es LUER-LOCK, sino tan sólo LUER, y que todas las jeringas son con silicona.
- Sobre el paño o sábana de mesa, afirma la recurrente que de un análisis detenido de la ficha técnica aportada *«permite ver que el “6” de la medida 160 se ha sobrepuesto sobre una cifra que figuraba debajo de dicho número, como puede verse a continuación resultado de ampliar el tamaño de dicha referencia. Y que lo mismo ocurre con la referencia del paño de oftalmología, donde la “sobreescritura” sobre otra medida que muestra la medida 150 x 140 cm, se muestra aún más patente. Por lo que puede concluirse, que debe cuestionarse la “veracidad” de la oferta presentada por ZEISS respecto a la sábana y en especial respecto al paño, (...).»*

Tras lo expuesto la recurrente concluye que, *«en base a estos incumplimientos, las ofertas de ZEISS presentadas al Lote 19 y al 20 debe quedar “excluidas” del expediente.»*



En cuanto a la oferta presentada por ZEISS al lote 21, la recurrente tras reproducir los requerimientos técnicos exigidos en el anexo III del PPT al lote 21, afirma que la oferta presentada por ZEISS a este lote no cumple las medidas de bleforostato sólido de pala exigidas, y además la oferta técnica a este lote «ofrece contradicciones internas respecto al “pañó oftálmico” y la “funda de mesa” ofertada, que impiden conocer con exactitud la oferta realizada por CARL ZEISS respecto a esos 2 elementos (al no respaldar la Ficha Técnica aportada las medidas que figuran en su Autodeclaración), y que no sería posible su aclaración, subsanación o aportación de prueba adicional, sin riesgo de que se produjera realmente la “sustitución” de una oferta por otra.

Por lo que puede concluirse que la oferta de CARL ZEISS incumple en este requisito el Anexo III del PPT, y por tanto procede su “exclusión” del Lote 21.»

(ii) Sobre los incumplimientos de la oferta presentada por ALCON a los lotes 19 y 20.

Tras identificar las referencias de las jeringas ofertadas por esta licitadora, la recurrente afirma que «una búsqueda en internet ha permitido localizar los Catálogos publicados por la empresa fabricante (BECTON DICKINSON), de dichas referencias de jeringas y de las Fichas Técnicas de dichas referencias a partir de las cuales se puede concluir lo siguiente:

1) Que ALCON incumple el PPT respecto al “tipo” de las jeringas ofertadas (NO todas las que oferta son LUER-LOCK), y también incumple respecto a la “composición” de las jeringas que oferta, al ser todas CON silicona y NO SIN silicona como exigía el PPT.

2) Y ALCON también incumple respecto a las “medidas” del paño de mesa y del campo quirúrgico ofertados.

Es decir, ALCON ha ofertado unas jeringas, así como un paño de mesa y un campo quirúrgico que NO cumplen con el PPT.

En definitiva, las ofertas de ALCON a los lotes 19 y 20 no cumplen el PPT, y por lo tanto deben de ser excluidas.»

Además, alega que la jeringa de 1 ml ofertada por ALCON se encuentra actualmente “discontinuada” -no comercializada-. Aportando información al respecto extraída de la web de un distribuidor actual.

B) El informe de valoración de 17 de enero de 2024 y los acuerdos de la mesa de contratación, adoptados en la sesión de 19 de enero de 2024, son contrarios a Derecho por contener errores claros y objetivos en la verificación de las especificaciones técnicas obligatorias de las ofertas, que han motivado la errónea admisión de las ofertas de ZEISS y ALCON a los lotes 19, 20 y 21.

Argumenta que en la cláusula 7.1.3 del PCAP, se dispone que cuando se proceda a la apertura del Sobre nº 2 de documentación técnica, se “verificará” que la ficha técnica del proveedor cumple con los requisitos establecidos para los productos objeto de la licitación. Afirma que dicha verificación no se ha llevado a cabo por los técnicos en el momento de elaboración del informe, dado que las “autodeclaraciones” realizadas por cada licitador respecto a su correspondiente oferta, no se han cotejado ni con las ofertas técnicas, ni con las fichas técnicas, ni con las “muestras” presentadas.

Por otro lado, la recurrente alega que el acta de la mesa de 19 de enero de 2024 es igualmente contraria a derecho, dado que adolece de los mismos «errores que padece el Informe Técnico, al reproducir el Acta nº 3 de forma literal las valoraciones que hicieron previamente los Técnicos que emitieron el citado Informe Técnico», y que supuso la exclusión de su oferta, así como la indebida admisión de ofertas de ZEISS y ALCON que habían incumplido los requerimientos del PPT.



Considera además que todo ello supone una vulneración de los principios de igualdad de trato y de seguridad jurídica que debe regir en toda licitación, y ello dado que, los requerimientos que los técnicos han aplicado a su oferta en el momento de valoración, no le han sido exigidos al resto de las ofertas presentadas en los citados tres lotes del contrato.

C. La mesa de contratación ha admitido ofertas cuyas muestras no cumplen el PPT.

El apartado 6 del PPT, en su párrafo segundo, contempla la posibilidad de que se exija la presentación de muestras a los licitadores. Alega la recurrente que *«En uso de dicha facultad, la Comisión Técnica exigió a los licitadores que habían presentado oferta a los Lotes 19 y 20, es decir, a las empresas JJ VISIÓN, ALCON y CARL ZEISS, la presentación de muestras.»*

Sin embargo, la Mesa de Contratación admite las proposiciones presentadas por las empresas ALCON y CARL ZEISS a pesar de que sus muestras no cumplen las exigencias del PPT, con quiebra plena del principio de igualdad y de los pliegos.»

Afirma que tras el acceso al expediente pudo comprobar que *«las muestras presentadas por ALCON y por ZEISS no cumplen con lo establecido en el PPT y que sus características y medidas no se corresponden tampoco con lo que han ofertado, lo que pone de manifiesto una discordancia entre el producto ofertado y su realidad de carácter no subsanable.»*

Cita el artículo 139.1 de la LCSP, sobre la obligatoriedad de que las proposiciones de los interesados se ajusten al contenido de los pliegos, así como la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales relativa a la procedencia de exclusión de las ofertas por incumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas contenidas en el PPT. Tras lo que aduce que en base a la literalidad del PPT, que rige la presente licitación, que ha previsto que los productos tengan una *«determinada “composición” y/o “medidas”, sin preverse un % de margen de variación, y sin que vayan a aceptarse “valores aproximados”, de forma que en la “verificación” a realizar por el órgano de contratación, del cumplimiento de las especificaciones técnicas del Anexo III PPT por las empresas que han presentado oferta, no es posible realizar por el órgano de contratación con posterioridad una “modulación” ni un análisis de una “funcionalidad equivalente”, sin que ello pueda resultar contrario a los principios de igualdad de trato y de seguridad jurídica.»*

En otro orden de cosas pone de manifiesto el elevado número de empresas que han resultado excluidas en la presente licitación así como la consiguiente declaración de desiertos de algunos de los lotes, *«Lo cual constituye prueba de las dificultades de las empresas para encontrar en el mercado muchos de esos productos, y también prueba de que, en otros concursos de suministro de material fungible y equipo quirúrgico para las operaciones de oftalmología, es bastante habitual que los Pliegos prevean que las empresas no tengan que suministrar elementos de los packs exactamente idénticos a los previstos en los Pliegos, admitiéndose por el contrario por los Pliegos ofertar pequeñas variaciones de dichos elementos.»*

Y en segundo lugar, que resulta realmente llamativo que en concursos de este tipo donde se entrega en cesión de uso equipos de alta tecnología, y por tanto de alto coste, la adjudicación a una u otra empresa vaya a depender NO tanto de la “seguridad”, facilidad de uso, calidad de los materiales, etc., de dichos equipos, sino más bien por el contrario, de la “seguridad”, facilidad de uso, calidad de los materiales, etc., de los elementos de los packs (es decir, de las batas, de los paños de mesa, de las cánulas, etc).

Donde el valor del suministro de material fungible es inferior al del equipo que se entrega en cesión de uso. Por consiguiente, rompiéndose así la regla de la necesaria “proporcionalidad” que debe existir entre lo que constituye el objeto del contrato (o de un lote) y los elementos accesorios (o entregados en cesión de uso) que la Administración recibe en cesión temporal de uso sin coste para ésta.»



Finalmente alega que la demora en la publicación del acta 3 de la mesa de contratación, que lo fue con fecha de 15 de marzo de 2024, *«ha generado inseguridad jurídica e indefensión a mi representada, al no poder interponer hasta ahora un Recurso contra la “exclusión” de su oferta presentada a los lotes 19, 20 y 21, y por tanto defender sus derechos en su debido momento.»*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone a las pretensiones del recurso y solicita la desestimación del recurso, formulando al efecto las siguientes alegaciones frente a las pretensiones que el escrito impugnatorio contiene.

a) En primer y en términos muy similares a la recurrente, el órgano de contratación tras referir el contenido del artículo 139 de la LCSP, defiende que los pliegos son la *lex contractus* del procedimiento de licitación, con valor vinculante tanto para el órgano de contratación, como para los licitadores. Asimismo, cita diversa doctrina de los Órganos de resolución de recursos contractuales, sobre la procedencia del acuerdo de exclusión de una oferta por incumplimiento tanto del PCAP como del PPT.

Tras lo expuesto concluye que: *«Por tanto y reconocido por JJ SURGICAL VISIÓN SPAIN, S.L.U., que la oferta presentada por ellos no cumple respecto de los requerimientos que se indican en el Informe Técnico, solo se puede añadir que la exclusión acordada por la Mesa de Contratación en relación a la citada mercantil es absolutamente correcta, por lo que dicha exclusión debe ser ratificada.»*

b) Sobre la pretensión de exclusión de la oferta de ZEISS, respecto a los lotes 19 y 20.

«Respecto del incumplimiento de las medidas de los lotes 19 y 20, la alegación de la recurrente carece de fundamento pues se trata de una suposición subjetiva, puesto que lo evidente es que la oferta presentada por la mercantil CARL ZEIS MEDITEC IBERIA, S.A.U., cumple con las medidas requeridas y ese producto es el que está obligado a suministrar en caso de que resultara adjudicataria y si no lo cumpliera daría lugar a las penalidades que correspondan según el caso por incumplimiento del contrato.

Respecto del incumplimiento de las características de las jeringas para los lotes 19 y 20, la alegación de la recurrente también carece de fundamento ya que se basa en documentos ajenos al expediente.

La ficha técnica que se debe de tener en cuenta para la valoración del cumplimiento de los requisitos técnicos de los productos ofertados es la que se ha incluido en el sobre n.º 2 por cada uno de los licitadores, oferta que cumple con el Anexo III del PPT, tal como confirma la Comisión Técnica.

De igual manera si la mercantil adjudicataria no suministrara el producto ofertado dará lugar a las penalidades que correspondan según el caso, por incumplimiento del contrato. Pero ello no nos puede hacer suponer que la licitadora vaya a incumplir su oferta presentada.»

c) Sobre la pretensión de exclusión de la oferta de ALCON, respecto a los lotes 19 y 20, el informe al recurso señala:

«En relación a la solicitud de exclusión de la oferta de la mercantil ALCON HEALTHCARE, S.A., respecto al incumplimiento de las características exigidas en el Anexo III del PPT, se vuelve a basar, la recurrente, en meras suposiciones que nada tienen que ver con la oferta presentada en la presente licitación.



De igual manera si la mercantil adjudicataria no suministrara el producto ofertado dará lugar a las penalidades que correspondan según el caso, por incumplimiento del contrato. Pero ello no nos puede hacer suponer que la licitadora vaya a incumplir su oferta presentada.»

d) Sobre la pretensión de exclusión de la oferta de ZEISS, respecto al lote 21.

«Respecto del incumplimiento de las especificaciones técnicas del Anexo III del PPT al lote 21 por la mercantil CARL ZEIS MEDITEC IBERIA, S.A.U., volvemos a reiterar que la alegación de la recurrente carece de fundamento pues se trata de una suposición subjetiva, puesto que lo evidente es que la oferta presentada, en el sobre n.º 2, por la mercantil CARL ZEIS MEDITEC IBERIA, S.A.U., cumple con las medidas requeridas y ese producto es el que está obligado a suministrar en caso de que resultara adjudicataria y si no lo cumpliera daría lugar a las penalidades que correspondan según el caso por incumplimiento del contrato.»

e) Sobre las muestras solicitadas.

«En relación a las muestras hemos de decir que en el presente Pliego no era obligatoria la presentación de muestras, si bien es cierto que la Comisión en virtud del párrafo segundo del punto 6 del PPT, solicitó la presentación de muestras para algunos de los lotes en los que estaban incluidos los lotes 19, 20 y 21. Si bien esta solicitud no obligaba a la Comisión a un examen exhaustivo de cada uno de los componentes de los PACKs, siendo la Comisión soberana para verificar aquellos productos respecto de los que la oferta presentada le genera alguna clase de dudas.

No habiendo reflejado por la Comisión en su Informe, ninguna salvedad a los elementos presentados del PACK, se entiende que no hubo necesidad de verificación respecto de la declaración de la oferta incluida en el sobre n.º 2.»

Tras lo expuesto el informe concluye que: *«Por lo expuesto, no consideramos que el Acta n.º 3 y por tanto el Informe Técnico sean contrarios a derecho, tal y como manifiesta la recurrente, no habiéndose aportado prueba suficiente en tal sentido, que se deduzca que la oferta presentada por las mercantiles no excluidas no cumplen con las especificaciones solicitadas en el PPT, por lo que no debe prosperar el motivo del recurso.»*

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

La licitadora ZEISS., se opone a las manifestaciones vertidas en el escrito de recurso contra su oferta a los diferentes lotes, así como a las pretensiones del recurso en los términos reflejados en su escrito de alegaciones que consta, en las actuaciones del procedimiento de recurso. En síntesis, las alegaciones formuladas se centran en los siguientes argumentos: (i) la admisión de ofertas no es un acto de trámite cualificado, y por tanto ha de inadmitirse el recurso respecto a la pretensión principal, por no ser un acto objeto de recurso; (ii) en cuanto a la pretensión relativa a la anulación de la exclusión de la oferta recurrente, la interesada ZEISS alega que la mercantil VISION ha reconocido expresamente en su escrito impugnatorio el incumplimiento de su oferta de los requisitos técnicos mínimos establecidos en el PPT, por lo que procede la desestimación de la pretensión subsidiaria.

Además, la mercantil interesada tras mostrar su desacuerdo con la documentación de las copias de su oferta en poder de la recurrente y que se adjuntan aportadas al escrito de recurso, alega que: *«resulta imprescindible que se compruebe, en el expediente administrativo, si existió dicha solicitud y si las copias presentadas, como documentos anexos y los fragmentos incorporados al escrito de interposición, han sido expedidas por la Secretaría del órgano de contratación.*



En caso contrario, el órgano competente deberá dar traslado oportuno para que se investigue si se ha obtenido copias, ilegalmente, de documentación propiedad intelectual de CARL ZEISS MEDITEC IBERIA SA, por si fuera punible y objeto de sanción o multa.»

Por su parte la mercantil BAUSCH&LOMB S.A. se adhiere a las alegaciones formuladas por la recurrente, esgrimiendo al efecto argumentos similares a los invocados en el escrito de recurso y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos. Además, alega que habiendo solicitado acceso al expediente ante el órgano de contratación le fue denegada su solicitud, en contra de lo previsto en el artículo 52 de la LCSP, razón por la cual no pudo preparar entiendo y forma el recurso frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la legitimación de la recurrente respecto a la pretensión de indebida admisión de las otras licitadoras.

La pretensión principal que el recurso contiene tiene por objeto la indebida admisión de las licitadoras ZEISS a los lotes 19, 20 y 21 del contrato, así como de la licitadora ALCON respecto a los lotes 19 y 20. En tal sentido cabe subrayar que la oferta de la recurrente a los referidos lotes ha resultado excluida, al estimar la mesa de contratación que la misma incurría en diversos incumplimientos de las previsiones contenidos en el anexo III del PPT. Por lo que con carácter previo a conocer sobre la pretensión principal del recurso se hace necesario analizar, la legitimación de la recurrente para su formulación.

Al respecto, sobre la legitimación el artículo 48.1 de la LCSP dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre y 25/2020, de 30 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso.

En este sentido, este Órgano en su Resolución 132/2019, de 26 de abril, indicaba que *«(...) este Tribunal (Resolución 280/2018, de 10 de octubre) ha señalado que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión de ofertas o de licitadores “habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso”*

En el sentido expuesto, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que, analizando la procedencia del recurso interpuesto por un licitador contra el acto de admisión de otro, afirma que “(...) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado



contrato”. También en términos parecidos se pronuncian otros Tribunales de Recursos Contractuales, como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo.

Y es que siendo el recurso especial un mecanismo ágil y eficaz que permite corregir decisiones de los poderes adjudicadores en un momento del procedimiento en que todavía es posible la corrección de la infracción (artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, conocida como Directiva de recursos), se corre el peligro de que este instrumento ágil pueda perder su virtualidad y entorpecer o ralentizar el curso de los procedimientos de adjudicación si, en cualquier momento de la licitación, cualesquiera decisiones de los poderes adjudicadores pudieran ser impugnadas por cualesquiera licitadores, sin analizar antes la concurrencia en estos últimos de un interés legítimo en el sentido que viene reconociendo nuestra jurisprudencia de interés cierto y concreto, no meramente potencial o hipotético.

En este punto, no debe olvidarse que el interés de todo licitador que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicatario, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto.

En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo “presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento”.».

Pues bien, en el presente supuesto, la mercantil VISION recurre la admisión de las ofertas de las empresas ZEISS y ALCON, encontrándose excluida del procedimiento de adjudicación por incumplimiento de su oferta de las prescripciones del PPT, motivos que no combate como pretensión principal. Así pues, una eventual estimación del recurso sobre la indebida admisión de la oferta de las otras dos licitadoras y una hipotética anulación del acto de admisión aquí impugnado, ninguna ventaja cierta reportaría a la recurrente de cara a la adjudicación de los lotes impugnados por cuanto en ningún caso podría optar a ellos, al encontrarse excluida del procedimiento de adjudicación de los tres lotes.

Es por ello por lo que conforme a la doctrina analizada debe concluirse que, para este acto, la recurrente carece de legitimación activa con arreglo a los términos previstos en el artículo 48 de la LCSP

Del planteamiento que el recurso contiene parece deducirse que la verdadera pretensión de este es la declaración de desierto de determinados lotes del contrato de suministro. En tal sentido ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal, entre otras, en la Resolución 562/2021, de 30 de diciembre, en la que haciendo referencia al pronunciamiento recogido en la Resolución 149/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se decía: «Además de la consideración y regla general expuesta se hace preciso analizar si efectivamente, la eventual estimación del presente recurso reportaría a SLI alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta, y que por tal razón le confiriera encontrarse legitimado para recurrir. Y es en este punto donde debemos llegar a la conclusión de que la resolución de este recurso, en caso de ser estimatoria, nunca le podría reportar un beneficio cierto a la recurrente, pues ninguna ventaja patrimonial o de otro tipo le correspondería, ya que la anulación del acuerdo de adjudicación en favor de INDRA, unido a la exclusión ya acordada de las otras dos licitadoras que resultaron invitadas, determinaría que el procedimiento de adjudicación se declarase desierto, y con ello se pudiese volver a producir una licitación nueva en idénticos términos de la que pudiera ser licitadora. Y a tal respecto, dado que la legislación de contratos estatal no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos que el anterior, ni siquiera a convocarlo, toda vez que la entidad u órgano convocante puede acudir a



otros medios distintos del contrato para prestar el servicio, o acudir a un contrato de distintas características del convocado, la recurrente no obtendría por la declaración de quedar desierto el presente procedimiento de adjudicación, un derecho a que se convocase otro procedimiento en términos iguales al declarado desierto. Por ello, de la anulación de la resolución recurrida el recurrente no obtendría una ventaja adicional a la de cualquier otro ciudadano interesado en concurrir a una eventual licitación, lo que no representa un interés más intenso que el que se derivaría de una acción pública, que como hemos afirmado anteriormente no se reconoce en materia de contratación.»

Asimismo, y como igualmente concluía este Tribunal en la citada Resolución 562/2021, ha de tenerse en cuenta que la falta de legitimación de la entidad excluida del procedimiento de licitación para la interposición de recurso especial no constituye una merma de los principios de tutela judicial efectiva y pro actione. Y ello dado que, en el supuesto de impugnación judicial de la resolución desestimatoria contra la exclusión, la licitadora excluida puede obtener una sentencia favorable a sus intereses. Pero es que, además, la admisión de su legitimación para la impugnación de la indebida admisión de otras licitadoras no va a determinarle ningún beneficio efectivo, como ya se ha señalado con anterioridad, pues una eventual estimación de la pretensión principal del recurso, no le permitirá obtener la adjudicación del contrato al hallarse excluida del procedimiento de licitación.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión respecto a la pretensión principal que el recurso contiene de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, lo que impide entrar a conocer las cuestiones de fondo que al efecto esgrime.

2. Sobre la improcedencia de exclusión de la recurrente respecto a los lotes 19, 20 y 21.

Inadmitida la pretensión principal procede entrar a conocer de la pretensión subsidiaria que el recurso contiene y mediante la que se opone a la exclusión de su oferta y solicita a este Tribunal su admisión a los citados tres lotes del contrato.

Tal y como se indicó con anterioridad la oferta de la recurrente fue excluida por acuerdo de la mesa de contratación al incumplir las prescripciones técnicas contenidas en el anexo III del PPT, así en el acta de la mesa consta los siguientes motivos de exclusión para cada uno de los lotes del contrato:

«Lote 19: Se solicitan jeringas de tres piezas y se ofertan de dos piezas.

Lote 20: Se solicitan jeringas de tres piezas y se ofertan de dos piezas.

Lote 21: Se pide funda mesa 60x60 y presenta una de 75x90. Se pide paño oftálmico apertura oval 6x4 con adhesivo 40x40 y presenta una de 53x53. Se pide blefarostato sólido de pala y no se indica el tamaño.»

Pues bien, analizado el contenido del escrito impugnatorio se comprueba que la argumentación que el mismo contiene se centra en las deficiencias en las que, a juicio de la recurrente, incurre las ofertas de las otras licitadoras cuya exclusión pretende. Pero no esgrime argumento alguno que permita defender que las ofertas presentadas por la recurrente, a los lotes 19, 20 y 21, cumplen las prescripciones técnicas que la mesa invoca como motivos de exclusión, y por consiguiente no aduce argumento en contra de la legalidad del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa.

Fundamenta la pretensión de anulación del acuerdo de exclusión de su oferta en el principio de igualdad de trato con el resto de los licitadores que fueron admitidos a la licitación, y ello, a la vez que argumenta que los mismos fueron indebidamente admitidos.

Sobre lo anterior, a la vista de los motivos contenidos en el escrito de impugnación este Tribunal aprecia, en primer lugar, que las pretensiones de la recurrente no se encuentran respaldadas por argumentos en que apoyar



la improcedencia de la exclusión de su oferta, en el sentido de acreditar que la oferta recurrente a los lotes 19, 20 y 21, cumplía las especificaciones técnicas contenidas en el PPT.

Por tanto, el recurso adolece de la debida fundamentación o motivación con relación a la pretensión de admisión de su oferta, no pudiendo, como ya hemos indicado, suplir al recurrente en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. En nuestra Resolución 302/2020, de 10 de septiembre ya nos manifestamos al respecto afirmando que *«El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre»*.

En cuanto a lo alegado respecto a la vulneración de los principios de igualdad de trato, en los que a juicio de la recurrente han incurrido tanto los técnicos que elaboraron el informe técnico como la mesa de contratación, al habersele aplicado a su oferta unas exigencias que al resto de las ofertas presentadas en los citados tres lotes del contrato no le han sido requeridas, tal alegación no puede acogerse.

El hipotético incumplimiento de otras ofertas de los requerimientos del PPT, en cualquier caso, no permitiría atemperar las consecuencias que dichos incumplimientos conlleva en la oferta recurrente; pues la igualdad en la ilegalidad no puede ser un criterio subsanador de las infracciones advertidas en las ofertas. Como señala la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2021 (Roj: STS 854/2021 - ECLI:ES:TS:2021:854) *«es jurisprudencia clara y constante que no cabe invocar el principio de igualdad para alcanzar la impunidad. Por decirlo en fórmula condensada, no hay igualdad en la ilegalidad»*. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en anteriores ocasiones, entre otras, en la Resolución 277/2022, de 20 de mayo.

Por lo expuesto se desestima la pretensión subsidiaria del recurso mediante la que se solicitaba la anulación del acuerdo de exclusión de la recurrente de los lotes 19, 20 y 21 del contrato.

3. Otras cuestiones planteadas por la recurrente y por las interesadas.

En otro orden de cosas la recurrente plantea diversas cuestiones sobre el clausulado de los pliegos, tales como las exigencias de medidas exactas en los productos sin previsión de valores aproximados o porcentaje de márgenes de variación que, a su juicio, han motivado que un elevado número de ofertas se vean excluidas, así como la consiguiente declaración de desiertos de diversos lotes del contrato de suministro.

Pues bien, sin prejuzgar en este momento la adecuación a derecho de los pliegos rectores de esta contratación, lo cierto es que no consta que los mismos hayan sido impugnados ni en su momento procesal oportuno ni indirectamente ahora con ocasión del recurso contra la adjudicación del contrato.

En tal sentido es reiterada la doctrina de este Tribunal sobre que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos; sin que pueda obviarse las especificaciones técnicas exigidas en el anexo III PPT a los productos objeto de suministro.

Tampoco se aprecia que la demora en la publicación del acta de la mesa de contratación de 19 de enero de 2024, publicada en el perfil de contratante el 15 de marzo de 2024, haya supuesto indefensión alguna a la recurrente como alega en su escrito impugnatorio. La fecha de celebración de la sesión de la mesa en nada afecta al



cómputo del plazo de la interposición del recurso, prueba de ello es que el mismo se ha interpuesto en plazo, tal y como se analizó en el fundamento de derecho cuarto de la presente Resolución.

En cuanto a la alegación formulada por ZEISS relativa a la indebida entrega de copias de su oferta a la recurrente por parte del órgano de contratación en el trámite que en sede del órgano de contratación se concedió a la entidad recurrente, cabe señalar que no corresponde a este Tribunal el pronunciamiento sobre la referida cuestión con ocasión de la resolución del presente recurso especial.

Pero es que además ha de subrayarse que los términos en los que la licitadora ZEISS articula su argumentación son genéricos, careciendo de concreción los términos de su reclamación en cuanto a la vulneración del derecho de confidencialidad de su oferta, que esgrime diciendo que por el órgano a que corresponda se investigue si se han obtenido copias ilegalmente y si tales actuaciones han de ser punibles. Por tanto, esgrime la vulneración de la confidencialidad de su oferta sin acreditar en que aspecto el órgano de contratación ha podido vulnerar las previsiones contenidas en el artículo 133 de la LCSP, respecto a la confidencialidad de su oferta.

Sobre la vulneración de derecho de defensa aducida por la mercantil BAUSCH+LOMB S.L. y motivada por la denegación de acceso al expediente argumentada en su escrito de alegaciones, razón por la cual esgrime que no pudo interponer en tiempo y forma recurso especial frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación se ha de señalar lo siguiente.

El apartado 3 del citado artículo 52 de la LCSP señala: «3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.»

Por tanto, si a BAUSCH&LOMB le fue denegado por el órgano de contratación el acceso al expediente, o si el acceso al mismo fue parcial, como manifiesta con posterioridad en su escrito, debió hacer uso del procedimiento previsto en el transcrito artículo 52.3 de la LCSP, si a su derecho convenía, y haber manifestado tales hechos ante este Tribunal en el escrito de recurso especial, que en todo caso ha de interponerse dentro del plazo legalmente establecido. Por lo que las circunstancias descritas por la interesada en modo alguno tienen entidad para vulnerar el derecho de defensa por la imposibilidad de interposición de recurso en plazo como refiere en su escrito de alegaciones.

En tal sentido ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente,(v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual), o como en este caso, una suerte de reapertura del plazo para presentar un recurso contra la adjudicación que, en el caso de la interesada, resultaría a estas alturas claramente extemporáneo.

SÉPTIMO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.



Finalmente, el órgano de contratación en su informe tras reproducir el contenido del artículo 58.2 de la LCSP solicita la imposición de multa a la recurrente en la máxima cuantía, sin concretar ni identificar que hechos a su juicio han sido constitutivos de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.*

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».

En este sentido, señala la sentencia, de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

“Es criterio de esta Sala que la finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.

En el presente supuesto, este Tribunal considera que, de los argumentos expuestos en el escrito de recurso, no se evidencia en modo alguno que la recurrente haya sostenido los mismos en el conocimiento de la ausencia de su fundamentación jurídica; en consecuencia, no cabe apreciar en el presente supuesto deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

OCTAVO. Prueba solicitada.

Por último, la recurrente mediante otrosí digo solicita a este Tribunal, la práctica de prueba consistente en requerir *«al órgano de contratación para que le remita y haga entrega al Tribunal también las muestras presentadas por CARL ZEISS, ALCON y JJ VISIÓN para tomar parte en los Lotes 19, 20 y 21.»*

Por su parte la licitadora ZEISS solicita en su escrito de alegaciones que se acuerde la apertura de un periodo de prueba, y a continuación dice: *«A efectos probatorios, se deja designado el archivo del procedimiento licitador Expte. de contratación.»*



Sobre ello, el artículo 56.4 de la LCSP dispone que *“Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.*

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”.

Al respecto, la prueba solicitada se estima innecesaria, toda vez que los extremos que con la misma se pretenden acreditar nada nuevo aporta al expediente y en nada modifica el parecer de este Tribunal que ha analizado y desestimado e inadmitido las pretensiones de la recurrente en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

Es por ello por lo que la prueba propuesta se estima, además de innecesaria, improcedente y debe rechazarse. 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 **JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L.** contra los acuerdos adoptados por la mesa de contratación en sesión celebrada el 19 de enero de 2024, respecto a los lotes 19, 20 y 21, del contrato denominado «Suministro material fungible cirugía cataratas, vitrectomía y soluciones oftalmológicas con disponibilidad de uso y mantenimiento del equipamiento necesario para su utilización y suministros de prótesis oftalmológicas SU.PC.SANI.04.18 (lentes intraoculares) con destino a los centros sanitarios de la provincia de Cádiz pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud» (Expte. +6.6W2QTK CONTR 2023 357883 248/2023) promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa dependiente de la Consejería de Salud y Consumo, respecto a la exclusión de la recurrente e inadmitirlo respecto a la indebida admisión de las otras licitadoras a los referidos lotes.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC. 48/2024, de 16 de abril, respecto a los lotes 19, 20 y 21 del contrato.

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.

