

Recurso 81/2013**Resolución 91 /2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 17 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** contra la resolución del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío (Sevilla) dependientes del Servicio Andaluz de Salud, de 15 de mayo de 2013, por la que se adjudican, entre otros, los lotes 40, 46, 47, 48, 51, 173, 184, 191, 193, 196, 201 y 202 del contrato denominado “Suministro de material de videocirugía” (Expte. PAAM 30/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de enero de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación del contrato denominado “Suministro de material de videocirugía”, siendo poder adjudicador el Servicio Andaluz de Salud. Asimismo, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 18, el 21 de enero de 2013 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 22 de enero de 2013.

El valor estimado del contrato asciende a 16.902.957,10 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. Tras el examen de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, la recurrente fue admitida a la licitación. Posteriormente, se procedió a la apertura de los sobres número 2 “*documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática*”, haciéndose entrega del contenido de dichos sobres a la Comisión técnica designada para la valoración de las ofertas con arreglo a dichos criterios.

Una vez efectuado el informe técnico, la mesa de contratación, en su sesión de 4 de abril de 2013, acordó aprobar el mismo y en su sesión de 10 de abril de 2013, procedió a la lectura del resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de evaluación no automática, así como a la apertura de los sobres números 3 y 4 relativos a las ofertas económicas y documentación técnica de los licitadores para su valoración conforme criterios de evaluación automática, respectivamente.

La mesa de contratación, en sesión de 25 de abril de 2013, elevó propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación, el cual dictó resolución de adjudicación el 15 de mayo de 2013, que fue publicada en el perfil de contratante el 23 de mayo de 2013 y remitida por fax a la recurrente, el 16 de mayo de 2013.

CUARTO. El 31 de mayo de 2013, la entidad SMITH & NEPHEW, S.A.U. presentó en el Registro de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación antes citada, que fue anunciado en el mismo día al órgano de contratación mediante escrito presentado en su Registro.

QUINTO. Mediante oficio de 5 de junio de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso al órgano de contratación, reclamándole el expediente de contratación, un informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento de adjudicación con los datos precisos a efectos de comunicaciones con el Tribunal.

El 18 de junio de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación y mediante escrito de 19 de junio de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado en plazo la entidad LINVATEC SPAIN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, con la salvedad que se analizará más adelante.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la doble condición de poder adjudicador y Administración Pública. Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

Según consta en el expediente, la resolución de adjudicación fue remitida por fax al recurrente el 16 de mayo de 2013, habiéndose presentado el escrito de interposición del recurso en el Registro de este Tribunal el 31 de mayo de 2013. Por tanto, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

Asimismo, el recurso ha sido anunciado al órgano de contratación, dándose cumplimiento a lo estipulado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que se sustenta el recurso especial interpuesto. Estos son los siguientes:

1. En los lotes 46, 47, 173, 184, 191, 196, 201 y 202, la recurrente ha obtenido cero puntos en el criterio relativo a la valoración funcional de los productos, señalándose como justificación de tal puntuación: *“CIP asociado a otro GC.”* No obstante, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas (25 de abril de 2013), los lotes mencionados estaban asociados al Genérico de Centro (GC) solicitado en los pliegos.

2. En el lote 51, la oferta de la recurrente ha sido excluida por no presentar muestra. En cambio, sí han sido presentadas las muestras exigidas en respuesta a la consulta realizada sobre las muestras a entregar donde se indicó que era suficiente una sola unidad de muestra por lote licitado. Teniendo en cuenta este hecho, la oferta de la recurrente debería ser valorada.

3. Los lotes 40, 47, 48, 51 y 193 han sido adjudicados a otra empresa con la justificación técnica de *“facilidad de utilización óptima destacando sobre las demás, pudiéndose extraer comparativamente diferencias objetivas y significativas. Aporta como mejora la compatibilidad con el equipo existente y facilidad de utilización.”* En estos lotes, la recurrente presentó un compromiso de compatibilidad necesaria con los equipos de quirófano de cada centro. Dicha compatibilidad implica que serán cedidos en uso todos los equipos necesarios para la utilización de los consumibles relacionados con dichos lotes, durante la vigencia del contrato y sus prórrogas, en caso de resultar adjudicataria. Por tanto, la oferta de la recurrente es equiparable a la de la adjudicataria en el criterio *“facilidad de utilización.”*

Por su parte, en el informe que se remite desde el órgano de contratación se pone de manifiesto lo siguiente:

1. La fecha límite para la correcta asociación del Código de Identificación del Producto (CIP) al Genérico de Centro (GC) era el 25 de febrero de 2013, que fue la fecha de publicación de la convocatoria de la licitación, y no el 25 de abril, como afirma la recurrente.



A fecha de 25 de febrero de 2013, los CIPs ofertados no estaban asociados a los GCs de referencia.

En el Anexo B al apartado 13 del cuadro resumen sobre criterios de adjudicación y respecto al criterio “características técnicas y funcionalidades” se establece que los productos ofertados que no estén asociados a los GCs licitados no cumplen los atributos solicitados y por tanto, no superan el umbral, valorándose con cero puntos.

2. El recurrente envió escrito adjuntando la relación de muestras para su valoración, pero en esta relación no aparece la relativa al lote 51. No sólo no se relacionó la muestra en el escrito, sino que tampoco se presentó. Por tal causa, se procedió a la exclusión de la oferta.

3. En el sobre número 2 relativo a la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de adjudicación de carácter no automático, el recurrente no manifestó la cesión de los equipos necesarios para la compatibilidad, ni aportó documentación técnica alguna de los mismos para su valoración por la Comisión Técnica. Por tal razón, se consideró que al producto le correspondía funcionalmente una valoración media de 10 puntos siguiendo escrupulosamente lo establecido en el Anexo B del cuadro resumen. Por tanto, la recurrente hace una interpretación interesada en su recurso del concepto de “compatibilidad” que no se corresponde con el contenido de su oferta.

4. A mayor abundamiento, aún realizando la simulación de asignar la mayor puntuación (20 puntos) al recurrente en el criterio “características técnicas y funcionalidades”, no habría resultado adjudicatario de los lotes 40, 47, 48, 51 y 193.

Finalmente, la empresa LINVATEC SPAIN, S.A., adjudicataria del lote 173 impugnado, ha efectuado alegaciones en el procedimiento del recurso indicando



que éste no desarrolla ningún motivo de impugnación, ni solicita nada en el suplico, y que el recurrente no acredita que el CIP de su producto en el lote 178 estuviera asociado al GC solicitado en los pliegos.

SEXTO. Una vez expuestos los argumentos de las partes queda centrado el objeto del debate, debiendo analizarse uno a uno los distintos motivos del recurso, no sin antes advertir que el escrito de interposición es impreciso pues si bien impugna la adjudicación de diversos lotes, no solicita la anulación de la adjudicación, centrandó sus argumentos en la revisión de las puntuaciones asignadas a la oferta del recurrente, pero sin justificar en qué modo la citada revisión podría repercutir en el acto impugnado.

En primer lugar, el recurrente manifiesta que en los lotes 46, 47, 173, 184, 191, 196, 201 y 202, ha obtenido cero puntos en el criterio relativo a la valoración funcional de los productos, señalándose como justificación de tal puntuación: “*CIP asociado a otro GC.*” No obstante, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas (25 de abril de 2013), los lotes mencionados estaban asociados al GC solicitado en los pliegos.

Pues bien, para abordar este primer motivo del recurso, se ha de acudir al Anexo B del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) que establece, como criterio de carácter no automático o evaluable mediante un juicio de valor y una ponderación de 20 puntos, “las características técnicas y funcionalidades” que se describen del siguiente modo: *<<La valoración de este apartado se efectuará en base a la documentación técnica y las muestras aportadas por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base a la facilidad de utilización, seguridad de resultados, compatibilidad entre los productos para su utilización y aplicación.*

Asignación de puntuación en este criterio:

Base: 1 punto.

Media: 10 puntos.

Muy buena: 20 puntos.

JUSTIFICACIÓN DE NO SUPERAR EL UMBRAL:

- *No cumple funcionalmente según las características técnicas recogidas en el Cuadro Resumen al PCAP y PPT.*
- *No asociado a G.C. (no cumple con los atributos solicitados)*
- *No compatible con el equipo existente.*
- *No se adapta con el equipo existente.*
- *La falta de cualquier otro requisito técnico que sea esencial. (...)>>*

Conforme al pliego de prescripciones técnicas (PPT, en adelante), los GCs de los lotes impugnados son los siguientes:

Lote 46: E09846

Lote 47: C51980

Lote 173: C57453

Lote 184: E12374

Lote 191: D31082

Lote 196: C29135

Lote 201: C28667

Lote 202: C34469.

En el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al criterio “características técnicas y funcionalidades”, emitido el 2 de abril de 2013, se otorgaron cero puntos a la oferta de la recurrente en los lotes antes relacionados por hallarse asociado el CIP ofertado a otro GC distinto al antes indicado.

Asimismo, al informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación se adjuntan una serie de documentos que reflejan las sucesivas modificaciones de atributos operadas en los productos ofertados por la recurrente a cada uno de aquellos lotes. En concreto, resulta lo siguiente:

- Lote 46: última modificación de atributos el 7 de mayo de 2013, asociándose entonces al GC licitado.
- Lote 47: última modificación de atributos el 20 de mayo de 2013, asociándose entonces al GC licitado.
- Lote 173: asociado, sin ninguna modificación actual de atributos, al GC C36393 que es diferente al GC licitado (C57453).
- Lote 184: última modificación de atributos el 7 de mayo de 2013, asociándose entonces al GC licitado.
- Lote 191: última modificación de atributos el 7 de mayo de 2013, asociándose entonces al GC licitado.
- Lote 196: última modificación de atributos el 20 de mayo de 2013, asociándose entonces al GC licitado.
- Lote 201: última modificación de atributos el 20 de mayo de 2013, asociándose entonces al GC licitado.
- Lote 202: la recurrente ofertó tres productos, cuya última modificación de atributos se produjo el 7 y 20 de mayo de 2013, asociándose entonces al GC licitado.

De lo expuesto resulta, que a la finalización del plazo de presentación de ofertas (25 de febrero de 2013, según los anuncios de licitación obrantes en el expediente) los productos ofertados por la recurrente a cada uno de los lotes mencionados no se hallaban asociados al GC fijado en el PPT para cada uno de aquéllos. En consecuencia, por aplicación de lo dispuesto en el Anexo B del Cuadro Resumen, la oferta no cumplía uno de los requisitos establecidos, siendo procedente la asignación de 0 puntos, como así consta en el informe técnico.

Procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el recurso también se manifiesta que, en el lote 51, la oferta de la recurrente ha sido excluida por no presentar muestra. En cambio, alega la empresa que sí han sido presentadas las muestras exigidas en respuesta a la consulta realizada sobre las muestras a entregar donde se indicó que era

suficiente una sola unidad de muestra por lote licitado. Teniendo en cuenta este hecho, la oferta de la recurrente debería ser valorada.

El órgano de contratación, en su informe, manifiesta que en dicho lote la empresa recurrente no aportó la muestra tal y como exigía el apartado 14 del cuadro resumen del PCAP.

Al respecto, en el expediente de contratación (folios 494 y siguientes) obra un escrito procedente del ámbito del órgano de contratación solicitando muestras a la empresa recurrente cuyo tenor es el siguiente: *“Para la valoración de la documentación y muestras mediante criterios no automáticos correspondientes al procedimiento abierto para la contratación del suministro de videocirugía, con expediente interno PAAM 30/2012 y C.C.A 2012/909567, y comprobadas las muestras presentadas por esa empresa licitadora, esta Plataforma le concede plazo hasta el 1 de abril de 2013 a las 14 horas para remitir las muestras que se relacionan a continuación, ya que no han sido presentadas. En el caso de no subsanar, no podrán ser valoradas por la Mesa Técnica de fecha 02 de abril.”* A continuación, en el citado escrito se relacionan los lotes respecto de los que se solicitan muestras. Entre ellos, figura el lote 51.

No obstante, mediante escrito de 27 de marzo de 2013, la recurrente remite las muestras solicitadas con relación de los lotes a que se refieren las mismas. En concreto, se mencionan los lotes 48, 49, 135, 142, 143, 147, 191 y 202, pero no hay alusión alguna al lote 51.

Por consiguiente, al no aportarse la muestra correspondiente al lote 51 - que era obligatoria conforme al pliego y así se ha indicado anteriormente -, la oferta de la recurrente obtuvo cero puntos en el criterio “características técnicas y funcionalidades”, pues no pudo ser valorada.

Procede, pues, desestimar este segundo motivo del recurso en el que se solicita la valoración de la oferta en el mencionado lote, toda vez que es un dato constatado

a través del expediente que la recurrente no aportó la muestra exigida en el lote 51 ni en el inicial plazo para la presentación de ofertas, ni en el posterior plazo de subsanación que, a tales efectos, se le otorgó, a lo que hay que añadir que la empresa no ha probado en modo alguno la alegación que efectúa.

OCTAVO. Por último, alega la recurrente que los lotes 40, 47, 48, 51 y 193 han sido adjudicados a otra empresa con la justificación técnica de *“facilidad de utilización óptima destacando sobre las demás, pudiéndose extraer comparativamente diferencias objetivas y significativas. Aporta como mejora la compatibilidad con el equipo existente y facilidad de utilización.”* Según la recurrente, en estos lotes, presentó un compromiso de compatibilidad necesaria con los equipos de quirófano de cada centro. Dicha compatibilidad implica, conforme a lo manifestado en su escrito de recurso, que serán cedidos en uso todos los equipos necesarios para la utilización de los consumibles relacionados con dichos lotes, durante la vigencia del contrato y sus prórrogas, en caso de resultar adjudicataria. Por tanto, concluye que su oferta es equiparable a la de la adjudicataria en el criterio “facilidad de utilización.”

Para poder analizar este motivo de fondo debe analizarse con carácter previo si el recurrente que, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, ostenta *prima facie* legitimación para la interposición del recurso, mantiene esta legitimación en lo que se refiere a la impugnación de los lotes mencionados.

Sobre este extremo, el órgano de contratación sostiene en su informe que, aún realizando la simulación de asignar la mayor puntuación (20 puntos) al recurrente en el criterio “características técnicas y funcionalidades”, no habría resultado adjudicatario de los lotes 40, 47, 48, 51 y 193.

Al respecto, se constata a través del expediente que la oferta de la recurrente, en la valoración del criterio “características técnicas y funcionalidades”, obtuvo 10

puntos en los citados lotes y de prosperar su pretensión alcanzaría 10 puntos más. Pese a ello, aún sumados esos diez puntos más a la puntuación global de su oferta, no habría aventajado a la empresa adjudicataria de esos lotes. A continuación, se exponen las puntuaciones obtenidas en la licitación por adjudicataria y recurrente, así como la que ésta obtendría de prosperar su pretensión en el recurso.

Puntuación Adjudicataria	Puntuación recurrente	Puntuación estimando recurso
L. 40: 98,61	70,29	89,29
L. 47: 96,88	70,67	80,67
L. 48: 96,88	70,67	80,67
L.51: 96,88	70,67	80,67
L.193: 95,00	71,11	81,11.

A la vista de lo expuesto, se ha de analizar si el recurrente ostenta legitimación para la impugnación de la adjudicación de lotes respecto de los que, aún estimándose el recurso interpuesto, no habría resultado adjudicatario.

Como ya se indicaba en la resolución de este Tribunal 29/2013, de 19 de marzo, << (...) Las resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre y 97/2012, de 19 de octubre, abordan la cuestión anterior al compartir el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuya resolución 57/2012, de 22 de febrero, viene a manifestar, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mantuvo, en aquella resolución, que lo que procede determinar es si el recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar perjuicio de algún tipo, resultando evidente que el beneficio perseguido no puede ser otro que obtener la adjudicación. En consecuencia, si el recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicatario, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión de aquél por falta de legitimación de la empresa recurrente>>

En el supuesto analizado, aún en la hipótesis de prosperar el motivo del recurso, el acto de adjudicación de los lotes 40, 47, 48, 51 y 193 no se habría visto modificado, por lo que la empresa recurrente no habría visto satisfecho su interés en resultar adjudicataria.

Procede pues, inadmitir el recurso frente a la impugnación de los lotes citados, sin entrar a analizar la cuestión de fondo suscitada en aquél, por no ostentar el recurrente interés legítimo para ello.

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

RESUELVE

PRIMERO. Inadmitir parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** contra la resolución del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío (Sevilla) dependientes del Servicio Andaluz de Salud, de 15 de mayo de 2013, en lo que se refiere a la adjudicación de los lotes 40, 47, 48 51 y 193 del contrato denominado “Suministro de material de videocirugía”, por falta de legitimación de la citada entidad.

Desestimar el recurso especial interpuesto contra la citada resolución en lo atinente a la adjudicación de los lotes 46, 173, 184, 191, 196, 201 y 202 del contrato mencionado.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a la entidad SMITH & NEPHEW, S.A.U., al Servicio Andaluz de Salud y al interesado que ha efectuado alegaciones en el procedimiento del recurso.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA PRESIDENTA

