

Recurso 128/2016**Resolución 177/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de julio de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL EN ESPAÑA** contra la resolución, de 31 de mayo de 2016, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudican los lotes 6 y 9 del contrato denominado “Suministro de selladores quirúrgicos para la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. 400/2015. PAAM 106/2014), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 25 de julio de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 30 de julio de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 181 y el 27 de julio de 2015 en en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 9.533.040,00 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 (en adelante TRLCSP), 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 recurrente.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, el 27 de octubre de 2015 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, los lotes 6 y 9 del contrato fueron adjudicados a la empresa COVIDIEN SPAIN, S.L.U.

La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 30 de octubre de 2015 y remitida mediante fax a la entidad APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV, el 9 de noviembre de 2015.

CUARTO. El 17 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV (APPLIED, en adelante) contra la anterior resolución en lo relativo a la adjudicación de los lotes 6 y 9 del contrato.

El citado recurso fue resuelto mediante la Resolución de este Tribunal 24/2016, de 3 de febrero, que estimó el recurso y anuló el acto impugnado, acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al examen y valoración de la



oferta de APPLIED en los lotes 6 y 9, a fin de que se procediera en el modo expuesto en el fundamento sexto de la citada Resolución, determinando si concurre o no incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (PPT) con base en la documentación técnica, muestras aportadas y, en su caso, aclaraciones solicitadas al licitador, justificando adecuadamente la decisión que se adopte y sin perjuicio de que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido sería el mismo de no haberse cometido la infracción denunciada.

QUINTO. Mediante Resolución del órgano de contratación de 15 de febrero de 2016 se acordó dar cumplimiento a la Resolución de este Tribunal antes citada, y tras las actuaciones oportunas, el 31 de mayo de 2016, se dictó nueva resolución de adjudicación de los lotes 6 y 9 a favor de la empresa COVIDIEN SPAIN, S.L. (COVIDIEN, en adelante), que fue remitida a APPLIED el 8 de junio de 2016 y publicada en el perfil de contratante el 2 de junio.

SEXTO. El 17 de junio de 2016, tuvo entrada en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por APPLIED contra la anterior resolución de adjudicación de los lotes 6 y 9.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 20 de junio de 2016, se requirió al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento instado por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

SÉPTIMO. El 1 de julio de 2016, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto a los lotes 6 y 9 del contrato.

OCTAVO. El 4 de julio de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para



formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad COVIDIEN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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 la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone 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 aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*



La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a APPLIED el 8 de junio de 2016 y publicada en el perfil de contratante el 2 de junio. Por tanto, el recurso presentado el 17 de junio de 2016 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto en el plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

Con carácter previo, debemos señalar que la oferta de APPLIED en los lotes 6 y 9 fue inicialmente excluida de la licitación y ello motivó el recurso especial resuelto mediante nuestra Resolución 24/2016, de 3 de febrero. Esta resolución anuló la adjudicación de dichos lotes y acordó la retroacción de las actuaciones al momento anterior al examen y valoración de la oferta de la recurrente en los lotes citados, a fin de que se procediera a determinar si concurría o no incumplimiento del PPT con base en la documentación técnica, muestras aportadas y, en su caso, aclaraciones solicitadas al licitador, justificando adecuadamente la decisión que se adoptara y sin perjuicio de mantener la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera sido el mismo de no haberse cometido la infracción denunciada.

En cumplimiento de esta Resolución del Tribunal, el 24 de febrero de 2016 se reúne la Comisión Técnica del expediente y examina nuevamente las muestras, a la vez que revisa la documentación obrante en el sobre nº2. No obstante, como surgen dudas respecto a la documentación presentada por APPLIED en dicho sobre, se propone solicitar a la empresa aclaraciones oportunas y no modificativas de la oferta en las que se acredite, sobre la base de revistas bibliográficas de prestigio o por certificación de evaluación de agencia externa oficial independiente o por cualquier otra información que el licitador estime oportuna, el cumplimiento de las siguientes especificaciones técnicas mínimas descritas en el apartado 1.2.1.1 del PPT:



- *“Generador de corriente alterna de alta frecuencia (efecto térmico sobre el tejido) para sellado de vasos de hasta 7 mm con control automático de la energía liberada (el sistema de control dispone de un circuito que mide la impedancia -resistencia del tejido- entre las pinzas y administra automáticamente la energía adecuada, parando de forma automática una vez realizado el sellado tisular).*
- *Provocación de la mínima dispersión térmica <2,1 mm.*
- *Incorporación de un sistema de corte por cuchilla independiente del sellado.”*

Así pues, se requirió a APPLIED para que aportara aclaración no modificativa de su oferta técnica en los términos expuestos, presentando esta empresa una carta fechada el 4 de marzo de 2016 en respuesta a la solicitud de información adicional, donde argumenta lo oportuno respecto a cada uno de los extremos requeridos. En concreto, expone lo siguiente:

<<(…) El generador Electroquirúrgico Voyant de Applied Medical es de radiofrecuencia (RF), red de corriente alterna diseñada para sellar vasos eficazmente de hasta 7 mm, incluidos. El generador Voyant libera automáticamente la energía bajo la activación del botón de fusión, y se detiene automáticamente una vez que se ha completado el sellado. En lugar de medir la impedancia, el Sistema Voyant utiliza una tecnología innovadora para obtener una visión de alta resolución continua del tejido a medida que este cambia. Esta tecnología optimiza la liberación de energía para crear un sellado permanentemente fusionado, mientras que reduce potencialmente la dispersión térmica al mínimo, sellando más rápidamente y mejorando la visualización reduciendo la formación de penachos humo.

(…) En las pruebas pre-clínicas realizadas con el fin de obtener la FDA y la aprobación de la CE, la dispersión térmica máxima para los dispositivos Voyant Fusión de 5 mm y Voyant Fine Fusión eran de menos de 1,8 mm y 2,07 mm, respectivamente.

Para el dispositivo Voyant Fusión Open, la dispersión térmica máxima fue menor de 2,5 mm, con una media de dispersión térmica de 0,64 mm.



Nos gustaría aprovechar esta oportunidad para señalar que sólo es posible comparar objetivamente la dispersión térmica entre dos dispositivos diferentes, si los dos dispositivos se prueban de lado a lado, en las mismas condiciones de ensayo. La razón de esto es que hay muchos factores que pueden afectar a la dispersión térmica medida. Por ejemplo, el tipo de tejido utilizado para la prueba (por ejemplo, en vivo vs. tejido ex- vivo; o vasos esqueletizados vs haces de tejido), el método utilizado para medir la dispersión térmica (por ejemplo, la histología vs. Imágenes térmicas, etc.), y los criterios utilizados para definir el daño térmico, todos pueden afectar significativamente el valor de la dispersión térmica obtenida.

(...) Todos los dispositivos Voyant Fusión ofertados permiten el sellado, independientemente del corte (es decir, el usuario puede sellar sin cortar). En concreto, al pulsar el botón de fusión se activa el suministro de energía. Si se desea la división del tejido, la palanca de la cuchilla puede ser activada con el fin de liberar la hoja de la misma. Para más detalles, consulte las Instrucciones de Uso proporcionadas con anterioridad (IFU) o las muestras del dispositivo suministradas en Agosto de 2015.>>

Tras ello, se reúne la Comisión Técnica y emite informe el 19 de abril de 2016 exponiendo que <<(…) Dicha información es un simple manifiesto de que el producto tiene el marcado CE, así como de que el generador Electroquirúrgico Voyant de Applied Medical es de frecuencia (RF), red de corriente alterna diseñada para sellar vasos eficazmente de hasta 7 mm, incluidos. Asimismo, afirma que los dispositivos Voyant Fusión de 5 mm y el dispositivo Voyant Fusión Open están indicados para sellar vasos y haces de tejido de hasta 7 mm, incluidos de diámetro. Por último que desde la fecha 24/11/2015, el dispositivo Voyant Fine Fusión tiene el marcado CE para sellar y dividir vasos de hasta 7 mm, incluidos de diámetro y haces de tejido que puedan ser capturados entre mandíbulas del dispositivo.



En cuanto a la provocación de la mínima dispersión térmica < 2,1 mm, manifiesta la empresa (...) que en las pruebas pre-clínicas realizadas con el fin de obtener la FDA y la aprobación de la CE, la dispersión térmica máxima para los dispositivos Voyant Fusión de 5 mm, era menos de 1,8 mm y 2,07 mm, respectivamente. Para el dispositivo Voyant Fusión Open, la empresa dice que en pruebas pre-clínicas realizadas la dispersión térmica máxima fue menor de 2,5 mm, con una media de dispersión térmica de 0,64 mm.

Finalmente, la respuesta de la empresa (...) a la incorporación de un sistema de corte por cuchilla independiente del sellado, es que todos los dispositivos Voyant Fusión ofertados permiten el sellado, independientemente del corte.

Sin embargo, no acredita documentalmente dichas pruebas pre-clínicas, ni acredita certificado de calidad, ni información sobre la base de revistas bibliográficas de prestigio, o por certificación de evaluación de agencia externa oficial independiente, tal y como se esperaba de la empresa (...), por lo que esta Comisión Técnica considera que no acredita suficientemente el cumplimiento de los requisitos técnicos requeridos, toda vez que el marcado CE tiene únicamente la consideración de pasaporte para la comercialización de productos, y la declaración de conformidad de la empresa con la normativa en materia del cumplimiento de los requisitos mínimos de seguridad que le sean de aplicación, no es un certificado de calidad.

La Comisión Técnica ha estado consultando a entidades certificadoras que pueden emitir certificación de calidad de dichos productos, así como a la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, sobre los sistemas Voyant ofertados por la empresa (...) para el Lote nº 6 y Lote nº 9, no habiéndose obtenido resultados sobre ambos productos.

A la vista de ello y a tenor de la documentación originaria y complementaria requerida de la oferta técnica de la empresa (...), se llega a la siguiente conclusión:



Lote nº 6: Código del SAS SU.PC.SANI.01.13.01-PINZA ELECTROQUIRURGICA BIPOLAR. Diámetro: 5 mm. Longitud vástago (30-40). Dispositivo Voyant Fusión:

- No cumple, al no poseer el requisito de medición del sistema de control que mide la impedancia.
- Sí cumple el dispositivo para sellado de vasos de hasta 7 mm.
- No cumple con lo requerido respecto de la provocación de la mínima dispersión térmica < 2,1 mm.
- Sí cumple al poseer de un sistema de corte por cuchilla independiente del sellado.

Lote nº 9: SU.PC.SANI.01.11.06- PINZA ELECTROQUIRURGICA BIPOLAR Longitud (18-20) Tipo de punta: curva. Dispositivo Voyant Open:

- No cumple al no poseer el requisito de medición del sistema de control que mide la impedancia.
- No cumple el dispositivo para sellado de vasos de hasta 7 mm.
- No cumple con lo requerido respecto de la provocación de la mínima dispersión térmica < 2,1 mm.
- Sí cumple al poseer de un sistema de corte por cuchilla independiente del sellado.

En base a todo ello, esta Comisión Técnica considera que la oferta de la empresa (...) no supera el umbral mínimo de puntuación técnica, por no cumplir con los requisitos exigidos en el pliego>>.

Con fundamento en lo anterior, la oferta de la recurrente a los lotes 6 y 9 recibe cero puntos en el criterio sujeto a juicio de valor <<características técnicas y funcionalidades>>, con la siguiente justificación:

Lote 6: "No cumple según justificación del Informe Técnico de fecha 19/04/16, que se adjunta. El escrito aportado por la empresa a requerimiento de la Comisión Técnica, no acredita, ni aporta los medios de prueba requeridos por



dicha Comisión Técnica. Por ello, la Comisión Técnica ha tenido que acudir a las fuentes de información disponibles, dado que las características y naturaleza técnica de los dispositivos hacen que el examen de la muestra y de la documentación de la oferta técnica, no sean suficientes para hacer la valoración."

Lote 9: *"No cumple según justificación del Informe Técnico de fecha 19/04/16, que se adjunta. El escrito aportado por la empresa a requerimiento de la Comisión Técnica, reconoce un incumplimiento de su dispositivo Voyant Open en el atributo de la dispersión térmica. Además no acredita, ni aporta los medios de prueba requeridos por dicha Comisión Técnica. Por ello, la Comisión Técnica ha tenido que acudir a las fuentes de información disponibles, dado que las características y naturaleza técnica de los dispositivos hacen que el examen de la muestra y de la documentación de la oferta técnica, no sean suficientes para hacer la valoración".*

A juicio de la recurrente, esta falta de puntuación de su oferta no es ajustada a Derecho, por lo que solicita nuevamente la anulación de la adjudicación de los lotes 6 y 9 a COVIDIEN y la retroacción de las actuaciones a fin de que se efectúe una nueva valoración de su oferta y se resuelva la adjudicación de los dos lotes a su favor. Funda su pretensión en una serie de alegatos que se expondrán en este y los siguientes fundamentos de derecho.

En primer lugar, APPLIED aduce que no se pueden aportar nuevos documentos para aclarar la oferta. A su juicio, no eran correctos ni los términos de la solicitud de aclaración que se le formuló, ni la valoración de la contestación a esa solicitud, ya que la Administración no puede exigir a los licitadores que proporcionen nuevos documentos a modo de aclaración y ello por dos razones:

- El órgano de contratación solo podrá tomar en consideración, a la hora de evaluar las ofertas, la documentación técnica y las muestras aportadas por los licitadores. Así lo había establecido el Anexo A al cuadro resumen



del PCAP y lo corroboró este Tribunal en la Resolución 24/2016, de 3 de febrero.

- La presentación de documentos nuevos en orden a aclarar determinados aspectos de una oferta técnica supone una modificación de sus términos.

Pues bien, no puede darse la razón a la recurrente en este motivo. Como ya se ha expuesto, en cumplimiento de la Resolución del Tribunal 24/2016, el 24 de febrero se reúne la Comisión Técnica del expediente y examina nuevamente las muestras, a la vez que revisa la documentación obrante en el sobre nº2, pero al surgirle dudas respecto a la documentación presentada por APPLIED en dicho sobre, se propone solicitarle aclaraciones oportunas y no modificativas de la oferta en las que se acredite, sobre la base de revistas bibliográficas de prestigio o por certificación de evaluación de agencia externa oficial independiente o por cualquier otra información que el licitador estime oportuna, el cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas descritas en el apartado 1.2.1.1 del PPT.

En definitiva, la Comisión técnica no podía determinar, con base en la documentación técnica del sobre nº2 y las muestras presentadas, si la oferta de APPLIED cumplía adecuadamente las especificaciones técnicas del pliego, de ahí su solicitud de aclaración para que acreditara tal cumplimiento. Quiere decirse, pues, que hubo un primer intento de evaluación de la oferta con arreglo a la documentación y muestras inicialmente aportadas, pero tal intento resultó infructuoso, de ahí que se señalaran a la recurrente determinadas vías de acreditación.

Este proceder no puede considerarse en modo alguno incorrecto pues de otro modo se habría revelado la imposibilidad técnica de evaluar la adecuación de la oferta de APPLIED al PPT.

Por otro lado, no es cierto que el hecho de acreditar extremos dudosos de la oferta por los medios sugeridos en la solicitud de aclaración suponga una alteración o modificación de la oferta inicial. La oferta consiste en un producto o



bien determinado cuya entidad material o física no puede variar por que se aporte documentación adicional que acredite convenientemente sus características técnicas. La citada documentación solo hubiera servido para demostrar que el producto ofertado cumplía los requerimientos técnicos del PPT, y ello en nada habría alterado la realidad material o física de la oferta.

Procede, pues, la desestimación de este primer motivo del recurso.

SEXTO. En el siguiente alegato, APPLIED esgrime que las aclaraciones que formuló se ajustan a la doctrina de los Tribunales administrativos y acreditan el cumplimiento de las especificaciones técnicas del apartado 1.2.1.1 del PPT.

En tal sentido, manifiesta que en su escrito de aclaración -carta de 4 de marzo de 2016- ahondó en la observancia de todas las prescripciones técnicas exigidas, y lo hizo a través de una información detallada directamente relacionada con la documentación técnica y las muestras aportadas con su oferta, esto es, a través de la información que estimó oportuna, como de manera expresa señalaba la solicitud de aclaraciones. Y no aportó nueva documentación porque ello no era posible conforme a la consolidada doctrina de los Tribunales administrativos, al ser esta una de las limitaciones existentes en lo que respecta a las aclaraciones de las ofertas técnicas.

Asimismo, APPLIED aduce que ha acreditado que los dispositivos ofertados cumplen todas las exigencias técnicas del apartado 1.2.1.1 del PPT, por lo que no son correctas las apreciaciones de la Comisión técnica, que ha errado en este extremo. En tal sentido manifiesta lo siguiente:

1. Sobre el sistema de control que mide la impedancia: los pliegos exigen que los dispositivos propuestos dispongan de un sistema de control con un circuito que mida la impedancia -resistencia del tejido-. Y lo cierto es que los ofertados -Voyant- cuentan con dicho sistema, ya que el generador Voyant libera automáticamente la energía mediante la activación del botón de fusión y se



detiene, también automáticamente, cuando el sellado se ha completado. Utiliza, además, una tecnología innovadora para obtener una continua visión de alta resolución del tejido a medida que este cambia durante el ciclo de sellado.

2. Sobre la provocación de la mínima dispersión térmica menor a 2,1 mm: tras la normalización de los datos, la media de dispersión térmica es de 0,64 mm y la dispersión térmica máxima de hasta 2,5 mm, tal y como se comunicó en la carta como respuesta a la solicitud de aclaraciones.

En este sentido, esgrime APPLIED, que solo es posible comparar objetivamente la dispersión térmica entre dos dispositivos diferentes si los mismos son analizados juntos bajo las mismas condiciones.

3. Sobre el sellado de vasos de hasta 7 mm: APPLIED alega que la Comisión técnica ha considerado, respecto al producto presentado para el lote 9, que no permite el sellado de vasos de hasta 7 mm -al contrario de lo que estima respecto del producto correspondiente al lote 6-.

En cambio, a juicio de la recurrente, el cumplimiento de dicho requisito ha quedado suficientemente acreditado pues aparece en las instrucciones de uso de los Dispositivos Voyant Fusión, que se aportaron con la oferta y así lo reconoció también la Resolución 24/2016, de 3 de febrero de este Tribunal.

Es más, los productos ofertados están validados por el marcado CE, que sí certifica el diámetro de sellado de 7 mm.

Pues bien, las alegaciones al recurso por parte del órgano de contratación versan fundamentalmente sobre este alegato, si bien con carácter previo sostiene la inadmisión del recurso por cosa juzgada, al considerar que los motivos del mismo son sustancialmente iguales a los del anterior recurso que dio lugar a la Resolución de este Tribunal 24/2016, de 3 de febrero. No obstante, tal alegato no puede prosperar toda vez que la recurrente combate las razones en que se



funda la nueva exclusión de su oferta en los lotes 6 y 9, sin que se aprecie la identidad de motivos que señala el órgano de contratación, pues las razones en que ahora se funda la exclusión tienen su base en la información suministrada por la recurrente a solicitud del órgano de contratación con motivo de la ejecución de la Resolución antes citada de este Tribunal y ello, aun cuando algunas de aquellas razones puedan coincidir con las que fundaron la inicial exclusión.

Asimismo, tras argüir la inadmisión del recurso, el órgano de contratación se dedica básicamente a combatir el alegato del recurso expuesto en este fundamento de derecho, donde APPLIED intenta justificar que su oferta cumple adecuadamente las especificaciones técnicas del PPT. A juicio de aquel, la recurrente no acredita documentalmente las pruebas pre-clínicas, ni las certificaciones de calidad que se reseñan en la carta de contestación a la solicitud de información adicional que le dirigió la Administración.

En tal sentido, el órgano de contratación manifiesta que el material objeto de los lotes 6 y 9 es instrumental quirúrgico específico para quirófano y videocirugía endoscópica que se utiliza para diseccionar y sellar vasos (venas y arterias) en evitación de posibles hemorragias de los pacientes. Por tanto, las muestras presentadas no se deben utilizar en una intervención quirúrgica por la seguridad de los pacientes, de ahí la importancia de la acreditación del cumplimiento del PPT mediante pruebas preclínicas, certificaciones de calidad o información de revistas bibliográficas de prestigio.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de este motivo del recurso donde APPLIED intenta justificar que en su escrito de aclaración profundizó sobre la observancia de todas las prescripciones técnicas exigidas y si no aportó documentación fue por la imposibilidad de hacerlo al suponer ello una modificación de los términos de su oferta.



Pues bien, tampoco puede acogerse este alegato de la recurrente. Lo que pretendía la Comisión técnica encargada de evaluar la oferta es que APPLIED justificara documentalmente el cumplimiento técnico de su oferta y no que insistiera o explicara con detalle tal cumplimiento. Lo relevante para dicho Órgano técnico era disponer de evidencias sobre la oferta, más allá de las justificaciones propias de la empresa. Al respecto, hemos de indicar que la estimación del anterior recurso por este Tribunal lo fue porque la Comisión técnica basó la exclusión de la oferta de APPLIED en estudios o información científica desconocida para los licitadores al no venir indicada en los pliegos. Pero en este momento procedimental en el que la Administración tiene que volver a dilucidar, ante las dudas que le suscita la documentación técnica del sobre nº2 y las muestras presentadas, si la oferta de la recurrente se ajusta al PPT, es razonable que inste a esta para que acredite documentalmente el cumplimiento del pliego y que no le baste una explicación técnica de la propia empresa -por prolija y extensa que sea- si no viene avalada por alguna prueba o documentación científica externa y ajena al propio licitador.

Por otro lado, en el alegato que estamos examinando, APPLIED esgrime haber acreditado que los dispositivos ofertados cumplen todas las exigencias técnicas del apartado 1.2.1.1 del PPT e imputa error a las apreciaciones de la Comisión técnica que motivan de nuevo la exclusión de su oferta por no superar el umbral técnico mínimo señalado en el PCAP.

Como hemos indicado anteriormente, la Comisión técnica, a la vista de la información adicional suministrada por la recurrente sobre su oferta a los lotes 6 y 9, emitió el 19 de abril de 2016 un informe argumentando determinados incumplimientos del PPT. En este alegato del recurso, APPLIED combate el juicio técnico del órgano evaluador e intenta justificar el cumplimiento técnico de su oferta en aquellos dos lotes.

Al respecto, en la Resolución 24/2016, de 3 de febrero -de la que trae causa la resolución aquí impugnada- señalamos que el marco de discrecionalidad técnica



de los órganos evaluadores de la Administración opera sin lugar a dudas en la valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor (Resoluciones de este Tribunal 374/2015, de 27 de octubre, 393/2015, de 17 de noviembre y 415/2015, de 2 de diciembre, entre otras muchas), si bien se reduce cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT - sobre todo, si se aportan muestras de los productos ofertados como sucede en el caso examinado- toda vez que el análisis debe recaer físicamente sobre el producto.

Ahora bien, en el supuesto examinado, hemos visto como tras el examen de las muestras siguen surgiendo dudas a la Comisión acerca del cumplimiento del PPT, de ahí que solicite información adicional a la recurrente y tras recibirla vuelve a emitir un juicio técnico fundado en sus propias apreciaciones a la vista de aquella información. Es por ello que debe reconocerse, en este caso, cierto margen de discrecionalidad técnica a la Comisión evaluadora en la emisión de su criterio técnico acerca del cumplimiento de la oferta recurrente.

Desde esta óptica, los argumentos esgrimidos por la recurrente en el alegato que examinamos constituyen un criterio técnico paralelo al de la Administración que no puede prevalecer sobre el de esta, al no haber logrado desvirtuar, a juicio de este Tribunal, la presunción de acierto y razonabilidad del juicio de valor emitido por el órgano técnico. De hecho, los alegatos del recurso son manifestaciones de la recurrente que no vienen avaladas ni acreditadas con documentación adjunta.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) señala que <<(…) *la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio*



adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.>>”

Procede, pues, la desestimación de este motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el siguiente alegato, la recurrente sostiene que el órgano de contratación ha vuelto a infringir el PCAP, incurriendo en los mismos errores de la primera resolución de adjudicación, puesto que ha concluido que su oferta incumple las especificaciones técnicas del PPT basándose en información externa (consultas a entidades certificadoras externas y a la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios) cuya aportación no exige el PPT, ni puede ser considerada para la valoración de las ofertas.

Alega, invocando resoluciones de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, que los pliegos vinculan a la Administración sin que pueda unilateralmente alterarlos en perjuicio de los licitadores.

No puede acogerse este alegato. La recurrente tuvo la oportunidad de acreditar el cumplimiento de su oferta ante las dudas surgidas a la Comisión técnica tras el examen de la documentación técnica aportada a la licitación. Pudo demostrar tal viabilidad en los términos requeridos por el órgano de contratación, pero se limitó a explicar o realizar manifestaciones sobre dicho cumplimiento. Por ello, según se desprende del informe de 19 de abril de 2016, la Comisión técnica consultó a entidades certificadoras de calidad de los productos y a la Agencia



Española del Medicamento y Productos Sanitarios, pero no llegó a obtener resultados.

Así pues, no asiste razón a la recurrente cuando aduce que el órgano de contratación ha determinado el incumplimiento de la oferta de APPLIED basándose en información externa, puesto que aquel no ha recibido respuesta a sus consultas. Además, la recurrente no puede alegar que se ha repetido la misma infracción que motivó el anterior recurso, puesto que el órgano de contratación ha vuelto a examinar la oferta y ha solicitado a la recurrente que justifique su viabilidad, siendo esta la que no ha hecho uso de la oportunidad brindada por el órgano de contratación, en cumplimiento de la Resolución previa de este Tribunal.

OCTAVO. Por último, APPLIED alega falta de motivación y arbitrariedad en la resolución de adjudicación.

A juicio de la recurrente, las razones que el órgano de contratación emplea para justificar que su oferta no supera el umbral mínimo de puntuación técnica son absolutamente insuficientes e inadmisibles. En tal sentido, denuncia que el Informe de la Comisión Técnica -asumido en su integridad por la Resolución de adjudicación- se limita a señalar la falta de aportación de nuevos documentos técnicos, mostrando un absoluto desinterés por lo expuesto en el escrito de aclaraciones; y ello sin explicar por qué dicho escrito no es bastante ni por qué resulta necesaria información adicional a la aportada inicialmente o a la que se infiere del examen de las muestras.

APPLIED señala que todo ello le genera una evidente indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española.

Pues bien, en el examen del motivo hemos de partir de que la recurrente conoce el contenido del informe de la Comisión técnica emitido el 19 de abril de 2016 y que se ha transcrito en el fundamento de derecho quinto, lo que nos lleva a



concluir que conoce las causas por las que se ha estimado que su oferta a los lotes 6 y 9 no supera el umbral mínimo de puntuación técnica establecido en el PCAP.

Prueba de ello es el extenso escrito de recurso dirigido a combatir, tanto los argumentos técnicos esgrimidos por la Comisión evaluadora para fundamentar el incumplimiento del PPT, como el hecho mismo de que se haya estimado insuficiente la información facilitada por la empresa en su escrito de 4 de marzo de 2016 para aclarar los términos de su oferta, al considerar el órgano de contratación que falta la acreditación documental de los extremos puestos de manifiesto en el citado escrito.

En este sentido, APPLIED manifiesta que el informe de la Comisión técnica se limita a recriminar la falta de aportación de nuevos documentos por parte de aquella, mostrando un absoluto desinterés por lo expuesto en el escrito de aclaraciones. En cambio, este Tribunal considera que sí se atiende al contenido de dicho escrito, lo que ocurre es que el órgano técnico denuncia la falta de acreditación de los extremos manifestados, acreditación que estimaba fundamental para garantizar la adecuada valoración de la oferta.

Al respecto, el artículo 151.4 del TRLCSP establece que la resolución de adjudicación del contrato sea motivada y se notifique a todos los licitadores y respecto a los licitadores excluidos, el precepto legal señala que deberá expresarse en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta. El tenor del precepto es el siguiente:

“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular, expresará los siguientes extremos:



b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta”

Del precepto transcrito, cabe señalar, en primer lugar, que el objetivo que persigue el legislador con la motivación es suministrar a los licitadores excluidos la información suficiente sobre cuáles fueron las razones que determinaron su exclusión o descarte, con el fin de que aquellos puedan contradecir mediante la interposición del correspondiente recurso, las razones argumentadas como fundamento del acto recurrido.

En segundo lugar, el citado precepto regula la determinación concreta de cómo se ha de entender cumplida en cada caso la exigencia de motivación. En el caso del apartado b) establece que, respecto de los licitadores excluidos contendrá, en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta. La referencia a esta “*forma resumida*” determina que no hayan de incorporarse al acto notificado, todos y cada uno de los extremos determinantes de la decisión, siempre que la notificación contenga las razones que justificaron la exclusión y el licitador pueda combatirlas a través del recurso pertinente.

En tercer lugar, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas, STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).

Como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo



una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.

Abundando en el criterio expuesto, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.

A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, no puede prosperar el alegato de falta de motivación del acto impugnado. Lo relevante es que la recurrente ha podido conocer las razones en que se ha fundado la exclusión de su oferta, sin que pueda imputarse arbitrariedad o excesivo formalismo a la motivación esgrimida, razón por la que no puede estimarse infringido el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

Procede, pues, la desestimación de este motivo del recurso.

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 **APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL EN ESPAÑA** contra la resolución, de 31 de mayo de 2016, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se



adjudican los lotes 6 y 9 del contrato denominado “Suministro de selladores quirúrgicos para la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. 400/2015. PAAM 106/2014).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por Resolución de este Tribunal de 1 de julio de 2016.

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 los interesados en el procedimiento.

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.

