

Recurso 188/2017**Resolución 196/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 2 de octubre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U.** contra la Resolución, de 14 de julio de 2017, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares con destino a los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Huelva”, convocado por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, respecto a las agrupaciones de lotes 3, 7, 11, 15, 20, 21, 24 y 25 (Expte. 391/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de septiembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 14 de octubre de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 249.



El valor estimado del contrato asciende a 7.803.882,24 euros y entre las empresas que participaron en la licitación se encontraba la recurrente.

SEGUNDO. La presenta licitación se rige por 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, le 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 (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 14 de julio de 2017 se dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, las agrupaciones de lotes 3, 7, 11, 20, 21, 24 y 25 fueron adjudicadas a la entidad STRYKER IBERIA, S.L. (STRYKER, en adelante) y la agrupación 15 a la entidad MBA INCORPORADO, S.L. (MBA, en adelante).

El 19 de julio de 2017, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente.

CUARTO. El 8 de agosto de 2017, se presentó en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. (ZIMMER, en adelante) contra la anterior resolución de adjudicación en lo relativo a las agrupaciones de lotes 3, 7, 11, 15, 20, 21, 24 y 25.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 9 de agosto de 2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión instado por la entidad recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación solicitada se recibió en el Registro del Tribunal los días 17, 18 y 23 de agosto de 2017.



SEXO. Mediante escritos de 18 de agosto de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas formulado la entidad STRYKER.

SÉPTIMO. El 21 de agosto de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación

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. 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 se interpone 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 tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto 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 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”*.

En el supuesto analizado, la resolución impugnada fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad recurrente el 19 de julio de 2017, por lo que el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 8 de agosto de 2017 se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente, insta la anulación de la resolución de adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento de presentación de las proposiciones para que en el procedimiento de adjudicación no se tenga en cuenta un criterio de adjudicación del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que considera viciado de nulidad de pleno derecho.

El criterio a que se refiere la recurrente es, en realidad, un subcriterio de evaluación automática, dentro del criterio «Mejoras técnico-logísticas», que aparece descrito en el Anexo I al cuadro resumen del PCAP y tiene el siguiente tenor: *“Por aportar compromiso de implantar Proyecto Logístico por el que se gestione el material mediante sistema automatizado de reposición por Radiofrecuencia, o cualquier otro modelo que implique disponibilidad inmediata del material en el Servicio: 5 puntos. Si no se aporta, 0 puntos”*.

En las agrupaciones de lotes afectadas por el recurso, la oferta de ZIMMER obtuvo cero puntos en el citado criterio, mientras que las proposiciones de las respectivas adjudicatarias de las mismas, STRYKER y MBA, recibieron 5. La diferencia de 5 puntos entre la oferta de la recurrente y la de las adjudicatarias ha sido determinante



para que las citadas agrupaciones hayan resultado adjudicadas a estas últimas.

Es por ello que ZIMMER se alza en su escrito de recurso contra la adjudicación de estas agrupaciones mediante una serie de motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, sostiene que, a la vista de la descripción del criterio “*compromiso de implantar proyecto logístico*” contenida en el PCAP -que antes se ha transcrito-, decidió no comprometerse, porque infirió que se trataba de un proyecto de envergadura considerable y de imposible cuantificación y repercusión económica para una empresa. Sin embargo, dicho criterio fue reinterpretado a posteriori por el órgano de contratación, exteriorizando que se trataba de un criterio de sencilla implementación que pendía de la voluntad del licitador que resultara adjudicatario y cuya puesta en práctica podía realizarse mediante la implantación de un código de barras o herramienta semejante o la materialización de un almacén inteligente.

A juicio de la recurrente, el criterio en cuestión es nulo de pleno derecho al haber mostrado su carácter opaco y oscuro en fase de adjudicación del contrato, que es cuando el órgano de contratación ha venido a adecuarlo a las ofertas realizadas exteriorizando su alcance, el cual se desprendía distinto con base en la propia descripción del criterio.

Insiste en que no ha resultado adjudicataria de un total de 8 agrupaciones de lotes porque atendió a la descripción del criterio y fue diligente en la presentación de su proposición, lo que le ha llevado a sufrir un trato desigual en favor de quienes desatendieron aquella descripción para ahora no sufrir perjuicio alguno por cuanto el criterio ha sido redefinido en su alcance.

Asimismo, ZIMMER señala que los pliegos no fueron recurridos en su momento porque, actuando con la diligencia debida, no pudo conocer entonces el alcance del mencionado criterio, y que si hubiera conocido la arbitrariedad con que iba a ser individualizado en fase de valoración habría actuado de un modo distinto.



En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que ZIMMER presentó su oferta en la licitación y no trasladó en ningún momento al órgano de contratación dudas sobre el alcance del criterio, aunque sí lo hizo respecto a otras cuestiones técnicas.

Asimismo, señala que, al tratarse de un criterio de evaluación automática, no cabe la posibilidad de su interpretación posterior, lo que se pone de manifiesto en la propia definición, de aquel donde se recibe 5 puntos por aportar compromiso de implantar proyecto logístico por el que se gestione el material mediante sistema automatizado de reposición por Radiofrecuencia, o cualquier otro modelo que implique disponibilidad inmediata del material en el Servicio, y 0 puntos si no se aporta el citado compromiso.

El órgano de contratación esgrime, en cuanto a la falta de detalle logístico del proyecto que denuncia la recurrente, que se deja precisamente a elección del licitador el sistema concreto puesto que es cada empresa, según su tecnología y recursos, la que debe decidir si puede comprometerse a un proyecto que permita la disponibilidad inmediata de la prótesis en el quirófano correspondiente, y respecto a la vulneración del principio de igualdad, alega que no se ha cometido tal infracción pues a todas las empresas que han presentado el compromiso se les ha asignado 5 puntos y a las que no, 0 puntos. Concluye, pues, que la comisión técnica no ha ido más allá de lo preceptuado en los pliegos, puesto que ha seguido la fórmula establecida en los mismos para valorar las ofertas con arreglo al criterio en cuestión, sin entrar a evaluar el detalle técnico logístico que haya podido ofertarse.

Finalmente, STRYKER formula alegaciones al recurso señalando, en síntesis, que el criterio de adjudicación cuestionado era claro y que la recurrente lo impugna de forma extemporánea una vez que ha constatado el hecho de que su oferta no ha resultado adjudicataria. Concluye, con cita de doctrina jurisprudencial, que la recurrente aceptó el pliego de condiciones al presentar su oferta y que aquel constituye *lex contractus* para licitadores y Administración contratante, no pudiendo apreciarse su nulidad cuando la misma no fue solicitada a tiempo a través del



pertinente recurso contra el pliego.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión debatida, que se ciñe a determinar si, en efecto, concurre vicio de nulidad de pleno derecho en el criterio de adjudicación impugnado y si es posible su anulación cuando el recurso se deduce formalmente contra la adjudicación.

La recurrente, concedora de la doctrina asentada a propósito de la impugnación indirecta del contenido de los pliegos con motivo del recurso interpuesto contra la adjudicación, aduce que el criterio impugnado está viciado de nulidad ya que el mismo ha sido redefinido en su alcance a la hora de valorar las ofertas y ello le ha deparado un trato desigual respecto a otras licitadoras, toda vez que, atendiendo a la descripción del criterio y dada su envergadura, no presentó “*compromiso de implantar proyecto logístico*”, mientras que otras licitadoras desatendieron aquella descripción aportando el citado compromiso, cuyo alcance ha sido reinterpretado después como un criterio de sencilla implementación.

La recurrente viene a señalar que, como quiera que el alcance del criterio se ha determinado con motivo de la valoración de las ofertas, no pudo impugnarlo en su momento mediante el oportuno recurso contra los pliegos, pretendiendo de este modo salvar el obstáculo de la extemporaneidad del recurso y la aplicación del principio *lex contractus*, conforme al cual los pliegos constituyen ley entre las partes una vez que los mismos devienen firmes por transcurso del plazo legal de su impugnación y son aceptados por los licitadores mediante la presentación de las respectivas ofertas (artículo 145 del TRLCSP).

Pues bien, el criterio de adjudicación en cuestión queda descrito del modo siguiente en el Anexo I al cuadro resumen del PCAP “*Por aportar compromiso de implantar Proyecto Logístico por el que se gestione el material mediante sistema automatizado de reposición por Radiofrecuencia, o cualquier otro modelo que implique disponibilidad inmediata del material en el Servicio: 5 puntos. Si no se aporta, 0 puntos*”.



Al respecto, hemos de tener en cuenta que el criterio se configura como de evaluación automática y que, por tanto, así conformado, no es susceptible de interpretación ni de juicio valorativo alguno. Quiere ello decir que, con arreglo a su tenor, se recibirán 5 puntos si formalmente se presenta el compromiso de implantación de un proyecto logístico que permita la disponibilidad inmediata del material, ya se trate de un sistema automatizado de reposición por radiofrecuencia o de otro modelo distinto, y 0 puntos si no se aporta el compromiso en los términos que el criterio describe.

El tipo de proyecto logístico o su viabilidad y complejidad en orden a la disponibilidad inmediata del material en el servicio no podía ser objeto de evaluación técnica habida cuenta la naturaleza automática del criterio, de modo que, sin prejuzgar su correcta configuración como criterio de carácter automático -lo que no ha sido cuestionado ni es objeto de debate en esta instancia- lo cierto es que lo único que tenía que aportarse para recibir la puntuación era el compromiso formal de implantación en los términos descritos en el pliego, quedando a la elección de cada licitador el modelo o sistema para la disponibilidad inmediata de material, tal y como se infiere claramente de la redacción del criterio.

Así lo entendieron las adjudicatarias de las agrupaciones de lotes afectadas por el recurso (STRYKER y MBA), quienes presentaron compromiso de implantación en los términos requeridos en el PCAP y no así la recurrente que consideró *ab initio* que el proyecto era de envergadura y optó por no comprometerse. Tal decisión empresarial es totalmente respetable, pero una cosa es lo que la recurrente entendió y otra lo que era objeto de valoración, sin que quepa hablar de redefinición del criterio ni de determinación a posteriori de su alcance, cuando lo único que se ha hecho es valorar un compromiso siguiendo el tenor de la redacción del criterio.

En cualquier caso, si la recurrente tenía dudas sobre el alcance y envergadura que pudiera tener el compromiso de implantación del proyecto logístico, pudo solicitar aclaración al órgano de contratación antes de presentar su oferta o bien pudo sin más impugnar el criterio si es que lo consideraba opaco u oscuro, como afirma en su escrito.



Ahora bien, lo que no puede hacer ahora, con ocasión de un recurso interpuesto contra la adjudicación y cuando ya conoce que no ha resultado adjudicataria, es impugnar el criterio sin ni siquiera combatir sustantivamente la adjudicación y sin solicitar la anulación de los pliegos (que sería lo procedente de prosperar una pretensión como la suya) sino solo la inaplicación del criterio en la licitación, lo que llevaría directamente a que resultase adjudicataria de las agrupaciones afectadas por el recurso.

En definitiva, pues, no apreciándose en el criterio impugnado el vicio de nulidad alegado, ni haberse puesto de manifiesto en la valoración de las ofertas un alcance del mismo distinto al que se desprendía de la redacción de los pliegos, hemos de aplicar la doctrina de que el pliego es *lex contractus* o ley entre las partes, siendo ya un acto firme y consentido por los licitadores desde el momento de presentación de sus ofertas, por lo que, en virtud del principio <<*pacta sunt servanda*>> y teniendo en cuenta que la recurrente no lo impugnó en su día, no puede hacerlo ahora en el recurso contra un acto posterior del procedimiento. Así se ha pronunciado este Tribunal, entre otras muchas, en las Resoluciones 39/2015, de 10 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 389/2015, de 17 de noviembre, 1/2016, de 14 de enero y 75/2016, de 6 de abril.

A mayor abundamiento, hemos de hacer constar que, aun en el supuesto de que pudiera apreciarse un vicio de nulidad en el criterio -que no es el caso como venimos argumentando-, tendría que acudir a la doctrina asentada por el Tribunal Supremo y que también ha recogido este Tribunal en sus resoluciones sobre los límites a la revisión de actos nulos. Así, la Sentencia del Alto Tribunal de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448) señala “(...) *las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los pliegos, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la*



adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico. En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación”.

Y en parecidos términos la Resolución 232/2015, de 17 de junio, de este Tribunal establece que “(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores, tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio, pudiendo darse la circunstancia de que un licitador impugne un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de no haber resultado adjudicatario. Así, en el supuesto examinado se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno en detrimento de las ofertas adjudicatarias.

(...) Por tanto, este Tribunal con apoyo en el precepto legal citado [artículo 106 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre] entiende que, en el supuesto examinado, no procede apreciar la nulidad invocada por razones de seguridad jurídica, de buena fe de aquellos licitadores que realizaron sus ofertas ateniéndose a los pliegos y de interés público, dado el tiempo transcurrido desde que el criterio debió impugnarse y no se hizo, lo que ha permitido la culminación del proceso licitatorio”.

Con base en todas las consideraciones realizadas procede la desestimación 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 **ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U.** contra la Resolución, de 14 de julio de 2017, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares con destino a los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Huelva”, convocado por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, respecto a las agrupaciones de lotes 3, 7, 11, 15, 20, 21, 24 y 25 (Expte. 391/2016).

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 adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 21 de agosto de 2017.

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 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.

