

Recurso 545/2024
Resolución 587/2024
Sección Segunda

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

Sevilla, 5 de diciembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA S.L.U.** contra la resolución de adjudicación de 23 de octubre de 2024 del contrato denominado «Suministro de tracto sucesivo y por precio unitario mediante acuerdo marco de implante de ácido hialurónico y ácido hialurónico para instilación con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga, perteneciente al Servicio Andaluz de Salud» (Expediente CONTR 2024 0000201355) con relación al **lote 1** promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de febrero de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del acuerdo marco de 8.478.658,44 €.

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.

SEGUNDO. Tras la tramitación procedimental correspondiente, mediante acuerdo del órgano de contratación de 23 de octubre de 2024 se adjudica el lote 1 a la entidad LABORATORIO FARMACÉUTICO L C A SL. Dicho acuerdo se publica en el perfil de contratante con fecha 25 de octubre de 2024 y se notifica a la entidad en el mismo día.

TERCERO. El 18 de noviembre de 2024, la entidad LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA S.L.U. (en adelante, la recurrente) presentó en el registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acto citado en el ordinal anterior.

Mediante oficio de la Secretaria del Tribunal de fecha 19 de noviembre de 2024, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada en esta sede con fecha 22 de noviembre de 2024.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que se han presentado en plazo las formuladas por la entidad GREGOPAIN BIO, S.L y por LABORATORIO FARMACÉUTICO LCA S.L.

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.

Con carácter previo, conviene indicar que la recurrente, que ostenta la condición de licitadora que ha quedado excluida del procedimiento de adjudicación, ejercita una única pretensión principal dirigida a la anulación de la resolución de adjudicación para que se proceda a la retroacción de actuaciones y a la admisión de su oferta. De ahí que haya de reconocérsele legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio de lo que se analizará con posterioridad.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación adoptada por el órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, si bien materialmente se combate la exclusión de la oferta de la recurrente. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

Aunque el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación del acuerdo marco, materialmente se dirige contra la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. 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 que ha sido remitido.



- La cláusula 2 del PPT “Características técnicas específicas y adicionales” (página 140 del expediente administrativo, EA) por lo que aquí nos concierne, prevé lo siguiente:

“Las características técnicas de los bienes objeto de licitación aparecen detalladas en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud. Adicionalmente a las características técnicas establecidas en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS para cada artículo objeto de licitación, será necesario que los productos ofertados reúnan las **prescripciones técnicas adicionales** que se especifican a continuación:

LTs	CLASIFICACIÓN UNIVERSAL	GC	DENOMINACIÓN GC	PRESCRIPCIONES TÉCNICAS ADICIONALES
1	SU.PC.SANI.01.11.10.500000	E7226 1	IMPLANTE ACIDO HIALURO-NICO LARGA DURACION-VOLUMEN:[0-25]; Concentración de ac.: [0-50];	-Larga duración. -Miligramos por unidad de administración: mínimo 40mg. -Origen biotecnológico. -Jeringa precargada con aguja. -Doble esterilidad para su uso en quirófano. -Entrega urgente en 24 horas. -Conservación a temperatura ambiente.

Estas características deben ir claramente definidas en una ficha independiente.

Todos los productos ofertados deberán cumplir con los requerimientos técnicos y de calidad expresamente exigidos por la normativa nacional e internacional sobre la materia y contar con las licencias, autorizaciones y demás condiciones que las disposiciones vigentes exigen al diseño, fabricación, acondicionamiento, etiquetado y comercialización del mismo. Se requerirá al adjudicatario o adjudicatarios el cumplimiento de estos requisitos durante la vigencia del contrato (...)” (el subrayado no es nuestro)

- En el informe técnico de valoración de las ofertas (páginas 671 a 681 EA) consta, respecto a la oferta de la recurrente, lo siguiente:

“No cumple el PPT. SE solicita conservación a temperatura ambiente, en FT indica conservar a temperatura inferior a 25°C.

La temperatura media anual en la provincia de Málaga durante el día es de 23 grados centígrados, alcanzando temperaturas bastante superiores, especialmente desde los meses de mayo a octubre, además existe la recomendación aunque no es vinculante, de mantener la climatización en centros públicos a 27 grados como medida de eficiencia energética. Con lo que en realidad un artículo que se conserve por debajo de 25 grados, en nuestra provincia debe ser refrigerado, con lo que no podrá ser almacenado a temperatura ambiente”

- En el acta de la sesión de la mesa de contratación de fecha 12 de septiembre de 2024 (páginas 700 a 704 EA) se procede a la clasificación de las ofertas conforme a la puntuación indicada en los criterios no automáticos. Se inserta cuadro en el que figura que la oferta de la recurrente al lote 1 “NO CUMPLE EL PPT”, y en la que se acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicar el lote 1 a la entidad LABORATORIO FARMACÉUTICO LC A S.L.

- El órgano de contratación, mediante Resolución de fecha 23 de octubre de 2024 (páginas 717 a 725 EA) resuelve:

“PRIMERO. - Aprobar la clasificación de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras de conformidad con la puntuación obtenida por las mismas, tras la aplicación de los criterios de evaluación no automáticos y automáticos detallados en el Expediente, y cuyo orden decreciente de puntuación obtenida se relaciona a continuación, de conformidad con lo establecido en la cláusula 7.3.1. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente contratación.



LT	NIF	EMPRESA	CLASF
1	B61725743	LABORATORIO FARMACEUTICO L C A SL	1
2	A28001402	MEIJI PHARMA SPAIN, SA	1
5	A62826136	LABORATORIOS GEBRO PHARMA SA	1

SEGUNDO. - *Adjudicar el expediente N° 0000866/2023, cuyo objeto es la contratación es el **SUMINISTRO DE TRACTO SUCESIVO Y POR PRECIO UNITARIO MEDIANTE ACUERDO MARCO DE IMPLANTE DE ÁCIDO HIALURÓNICO Y ÁCIDO HIALURÓNICO PARA INSTILACIÓN CON DESTINO A LOS CENTROS SANITARIOS DE LA PROVINCIA DE MÁLAGA, PERTENECIENTE AL SERVICIO***

ANDALUZ DE SALUD, CCA. +6.+K87KDS, a las siguientes empresas:

- A la empresa **LABORATORIO FARMACÉUTICO L C A, S.L.:** Lote 1.

- A la empresa **MEIJI PHARMA SPAIN, S.A.:** Lote 2.

- A la empresa **LABORATORIOS GEBRO PHARMA, S.A.:** Lote 5.

El detalle de los artículos, importe total adjudicado, prórroga, modificación, opción eventual y valor estimado, se contemplan en **ANEXO “DATOS ADJUDICACIÓN POR EMPRESA ADJUDICATARIA”** que se adjunta a la presente.

DESESTIMAR las proposiciones de las siguientes empresas, en base al argumentarlo señalado en el Informe de criterios no automáticos:

a) Al no cumplir el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la presente contratación:

Lote 1: GREGOPAIN BIO, S.L., LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA, S.L., VSY OPHTHALMOLOGY SPAIN, S.L. y IBERIAN CARE 2016, S.A.

Lote 2: IBERIAN CARE 2016, S.A. y VSY OPHTHALMOLOGY SPAIN, S.L.

Lote 3: ORTO-MEDIMATEC, S.A. y GREGOPAIN BIO, S.L.

Lote 4: BIOGINE FARMA, S.L.

Lote 5: BIOGINE FARMA, S.L (...).”

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal que se anule la adjudicación, se acuerde la retroacción de actuaciones al momento anterior a la exclusión, y se proceda a su admisión al cumplir con las características mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Como premisa previa, parte en el desarrollo de su exposición del principio de vinculación de todas las partes al pliego como ley del contrato de tal modo que, de no haber sido impugnado en tiempo y forma, y declaradas nulas alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad de los órganos de resolución de recursos contractuales de dejar sin efecto aquellas que sean nulas de pleno derecho.

Por otra parte, invoca el principio de igualdad de trato, como piedra angular en que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, así como la necesidad de garantizar la igualdad de condiciones de los competidores, lo que exige que todas las condiciones del contrato estén claramente definidas en los pliegos rectores del procedimiento, a fin de que la comparación y evaluación de las ofertas se lleve a cabo de manera objetiva y en condiciones idénticas para todos los licitadores.

Al respecto, trae a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de marzo de 2008, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2011 sobre la configuración de los pliegos como ley del contrato.



Discrepa del motivo de exclusión de su oferta del lote 1 que figura en el informe técnico de la comisión -que acompaña como documento nº 4-, y manifiesta que dentro del PPT en las “Prescripciones Técnicas Adicionales” se indicaba claramente los siguientes requisitos:

“• *Larga duración.*

- *Miligramos por unidad de administración: mínimo 40 mg.*
- *Origen biotecnológico.*
- *Jeringa precargada con aguja.*
- *Doble esterilidad para su uso en quirófano.*
- *Entrega urgente en 24 horas.*
- **Conservación a temperatura ambiente**” (la negrita no es nuestra)

Alega que todos los licitadores que, como el, han sido excluidos concurren con la indicación de que el producto se debe conservar a temperatura ambiente, sin especificar el pliego que la que se iba a tener en consideración era la de 27 grados centígrados, cuando la temperatura media de la provincia de Málaga es de 23 grados centígrados, por lo que manifiesta que, si el órgano de contratación pretendía exigir estas características técnicas específicas, debió haberlas reflejado previamente en los pliegos.

Al respecto, invoca el principio de seguridad jurídica y confianza legítima en la contratación pública que busca garantizar la estabilidad y previsibilidad en las relaciones entre las entidades públicas y los contratistas, de tal manera que las normas aplicables han de ser claras, estables y ser aplicadas de manera coherente, sin cambios inesperados que afecten a sus derechos o expectativas legítimas.

Indica que aporta como documento nº5 los estudios de estabilidad del producto ofertado que demuestran que el producto es estable a temperatura de $25 \pm 2^{\circ}\text{C}$

Batch	Manufacturing Date	Batch Size	Stability data available
C20850	September 2019	8,459 units	Long term stability study T= 25°C ± 2°C/60% RH ± 5%; 24 months
D31280	November 2020	4,124 units	Long term stability study T= 25°C ± 2°C/60% RH ± 5%; 24 months
E10910	March 2021	10,129 units	Long term stability study T= 25°C ± 2°C/60% RH ± 5%; 24 months

Señala que dicho documento no se aportó dentro del plazo de presentación de ofertas debido a las exigencias previstas en el PPT. Según indica, en aquel se describen los estudios de estabilidad, que presentan la vida útil de “Hyalone” en unas condiciones de temperatura y de tiempo determinados, concluyendo el citado estudio que los 3 lotes de “Hyalone”, mostraron un perfil de estabilidad satisfactorio hasta 24 meses a una temperatura de $25 \pm 2^{\circ}\text{C}$ /60% humedad relativa $\pm 5\%$, y que todos los lotes tuvieron un comportamiento idéntico sin cambios significativos en los parámetros. En definitiva, concluye que dichos resultados ($25 \pm 2^{\circ}\text{C}$) indican que hay un margen de temperatura de 2°C , es decir, que el producto es estable y puede ser conservado hasta una temperatura de 27°C durante 2 años.

Asimismo, señala que en la Farmacopea Europea (Décima edición 10.0, volumen I, 2019), se puede comprobar la definición de "temperatura ambiente", la cual es de $15-25^{\circ}\text{C}$. Inserta la siguiente captura de pantalla:



Temperature. Where an analytical procedure describes temperature without a figure, the general terms used have the following meaning:

- in a deep-freeze: below $-15\text{ }^{\circ}\text{C}$;
- in a refrigerator: $2\text{ }^{\circ}\text{C}$ to $8\text{ }^{\circ}\text{C}$;
- cold or cool: $8\text{ }^{\circ}\text{C}$ to $15\text{ }^{\circ}\text{C}$;
- room temperature: $15\text{ }^{\circ}\text{C}$ to $25\text{ }^{\circ}\text{C}$.

Esgrime que no es admisible su exclusión, dada la configuración de los pliegos como *lex contractus*, al haberse tenido en cuenta un dato que el propio órgano considera que es “no vinculante” y que tampoco formaba parte de las características mínimas exigidas.

Por otro lado, invoca la doctrina de la discrecionalidad técnica y su presunción de certeza y razonabilidad que tiene como límite infranqueable que no se quiebren los principios de igualdad de trato y transparencia, insistiendo en que la actividad discrecional de la Administración no puede ser caprichosa, arbitraria, ni incurrir en desviación de poder, sino que ha de fundarse en una situación fáctica probatoria valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine.

Así, denuncia que en el caso del lote 1 cuya adjudicación impugna, cuatro de las seis empresas licitadoras han sido excluidas por un criterio no contemplado en los pliegos; y las dos restantes por superar el presupuesto máximo de licitación, habiendo quedado desvirtuado el procedimiento y convertido en un procedimiento negociado sin publicidad con un único proveedor, en evidente fraude de ley que oculta una práctica de contratación directa.

Finalmente, considera que la valoración realizada por la comisión se fundamenta en una insuficiente e inadecuada motivación que ha vulnerado los principios esenciales de no discriminación e igualdad de trato. Para reforzar su argumentación, y demostrar la arbitrariedad en la valoración de las ofertas expone a título ejemplificativo, la valoración efectuada de la oferta adjudicataria respecto del criterio “Valoración funcional del producto” ya que, según expone, siendo obligatorio para la valoración del referido criterio, la presentación de estudios independientes que avalen su eficacia, (y pese a que la adjudicataria no los aportó), el órgano de contratación decidió aceptar otro tipo de estudios, con participación y patrocinio de la empresa, y por tanto, no independientes, evidenciando con ello, una actuación del órgano de contratación caprichosa y arbitraria, y con desviación clara de poder.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano se opone al recurso, y solicita su desestimación, sobre la base de las siguientes alegaciones.

Respecto del primer motivo de impugnación, relativo a la exclusión de su oferta por no cumplir las características técnicas relativas a la “conservación a temperatura ambiente”, defiende que dicho concepto es fácilmente entendible para cualquier operador económico, se trata además de un concepto dinámico, en la medida que su límite o precisión numérica dependerá del lugar donde vaya a ejecutarse la prestación. En concreto, afirma que “(...) **Es más, en el presente supuesto de valorar el concepto de “temperatura ambiente” cualquier operador económico entiende que esta provincia está por encima de esos 25 grados muy por encima en gran parte del año, y el suministro de estos bienes, que tienen la condición de almacenables, deben aguantar temperaturas muy superiores a los 25 grados centígrados que constan en su FT (ficha técnica)**”.



Invoca el artículo 3 del Código Civil para defender una interpretación sistemática, atendiendo al contexto y finalidad de las normas y la realidad social en que han de ser aplicadas. Así, precisa que “**el bien ofertado por el recurrente en dicho lote número 1, que se trata del “implante ácido hialurónico larga duración – Volumen 0-25 – Concentración 0-50”, debe ser conservado a temperatura ambiente, y ello supone no estar sujeto a refrigeración, y atendiendo al ámbito territorial donde se realiza la entrega y conservación del bien que resulta ser la provincia de Málaga, parece claro que en gran parte del año la conservación refrigerada de ese bien es requerida para lograr una aplicación eficaz y eficiente del producto, al superarse en dicha provincia dicho límite de los 25° señalados en la ficha técnica del producto ofertado por el recurrente. Ello conlleva, la necesidad de refrigeración, y que no pueda ser conservado a temperatura ambiente durante todo el período hasta lograr su utilización el procedimiento asistencial”.**

Considera que lo anterior no quiebra el principio de seguridad jurídica de los operadores económicos, pues ningún licitador (incluida la recurrente) ha solicitado aclaración respecto del dato exigido relativo a la “temperatura ambiente”, indicando, además, que, frente a lo que sostiene la recurrente, ningún otro licitador excluido por la misma causa ha considerado arbitraria dicha decisión ni ha interpuesto recurso contra aquella.

Alega que la documentación -relativa a los estudios de estabilidad del producto ofertado a temperatura ambiente de 25(+/- 2°C)- debió, en su caso, ser aportada en el momento procedimental oportuno, considerando extemporánea su admisión que supondría, a su juicio, una ruptura del principio de igualdad de trato.

Finalmente, indica que el documento al que se hace referencia en el recurso (la Farmacopea europea Décima edición 10.0, volumen I, 2019) ya no está en vigor desde el 1 de enero de 2023 adjuntando enlace a la siguiente dirección en apoyo de tal afirmación (<https://www.edqm.eu/en/-/shutdown-of-european-pharmacopoeia-10th-edition>). Al respecto, invoca la reciente Resolución 484/2024, de 6 de noviembre de este Tribunal sobre cómo deben exigirse los requisitos detallados en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) así como el tratamiento que merecen los supuestos de aclaración de ofertas.

Respecto del segundo motivo de impugnación -relativo a la arbitrariedad en la valoración de la oferta de la empresa Meiji Pharma Spain, S.A-, pone de manifiesto que la desestimación del primer motivo -relativo al incumplimiento de las características técnicas- obligaría a inadmitir el segundo por falta de legitimación activa sobrevinida de la recurrente.

No obstante, respecto del fondo del asunto, en síntesis, defiende la evaluación efectuada respecto del criterio “*Valoración funcional del producto*” y en concreto, respecto del apartado “*Duración*” indicando que es en este solamente en el que se valora la duración del efecto demostrado a través de estudios científicos independientes, ateniéndose a la redacción del criterio establecido en los pliegos. Asimismo, justifica la puntuación otorgada a las entidades MEIJI FARMA SPAIN, S.A. y LABORATORIO FARMACÉUTICO LCA, S.L (8 y 4 puntos, respectivamente) en la decisión que se adoptó de valorar a las dos licitadoras, al no presentarse estudios independientes por ningún operador.

Finalmente, indica que, en caso de considerar este Tribunal que solo debieron valorarse los estudios científicos independientes, la puntuación que hubiera resultado sería de 21 puntos para MEIJI FARMA SPAIN, S.A.(en lugar de los 29 que refleja el informe) y de 21 puntos para LABORATORIO FARMACÉUTICO LCA, S.L en lugar de los 25, diferencia que hubiera resultado, en todo caso, irrelevante ya que la entidad MEIJI FARMA SPAIN, S.A. resultó excluida del procedimiento por superar el precio unitario de licitación, por lo que la entidad LABORATORIO FARMACÉUTICO LCA, S.L seguiría resultando adjudicataria.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.



3.1 LABORATORIO FARMACÉUTICO L C A SL (en adelante, la adjudicataria) formula alegaciones a cuyo contenido nos remitimos íntegramente por razones de extensión. En síntesis, solicita la desestimación del recurso y que se confirme la adjudicación a su favor, argumentando, por las razones que expone en su escrito, que la exclusión de la recurrente y la adjudicación a su favor son conformes a derecho.

3.2 GREGOPAIN BIO, S.L presenta escrito de alegaciones con el contenido que obra en actuaciones.

En síntesis, se adhiere a algunas de las alegaciones formuladas por la recurrente oponiéndose a otras, y solicita, en definitiva, del Tribunal la revisión del criterio relativo a la “temperatura ambiente” y que se proceda a valorar las ofertas del resto de licitadores que cumplieran con todos los requisitos técnicos.

Asimismo, pone de manifiesto que el producto presentado por la recurrente no cumplía uno de los requisitos técnicos, al no presentar aguja en la caja del producto que presentó.

SEXTO. - Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal. Sobre el primer motivo de impugnación relativo a la improcedente exclusión de la recurrente por incumplimiento del PPT.

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia que se circunscribe a determinar, en primer lugar, si resulta conforme a derecho la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente por el incumplimiento de las prescripciones establecidas en el PPT.

A fin de clarificar la cuestión controvertida, como premisa previa, sin perjuicio del análisis particularizado que hayamos de efectuar a la vista de las circunstancias fácticas y las alegaciones de las distintas partes expuestas, procede recordar la doctrina de este Tribunal sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, que se encuentra recogida, entre otras, en la Resolución 67/2024, de 9 de febrero, en la que se decía:

«Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. (...) Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. En cuanto al informe de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, hemos señalado reiteradamente que es un acto discrecional sujeto a la doctrina jurisprudencia de la discrecionalidad técnica».

Por su parte en la Resolución de este Tribunal 285/2024, de 31 de julio, se abundaba sobre esta cuestión y se decía:



«De lo declarado en estos párrafos que acabamos de transcribir de la sentencia 429/2021, de 24 de marzo (casación 5570/2019), en particular de su fundamento jurídico cuarto, destacamos ahora las siguientes consideraciones:

* El artículo 84 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001 enumera los supuestos que permiten al órgano de contratación excluir una proposición: si la propuesta no concuerda con la documentación examinada y admitida, si excede del presupuesto base de licitación, si varía sustancialmente el modelo establecido, o si incurre en un error manifiesto en el importe de la proposición o el licitador reconoce que su propuesta adolece de error o inconsistencia que la hacen inviable.

* Cabe entender también que procede ese rechazo si la oferta del licitador es contraria al PPT, que es de obligado cumplimiento, o si la propuesta es contradictoria consigo misma, sin que para apreciarlo haya que esperar a la ejecución del contrato (cfr. la sentencia de la misma Sección Cuarta 404/2021, de 22 de marzo (casación 4334/2019).

* Una propuesta es admisible para su valoración aun cuando en ella el licitador no haga expresa referencia a ciertos aspectos del contenido del PPT, pues se parte de la presunción legal de que ha aceptado incondicionalmente los pliegos por el hecho de presentar la oferta tal y como prevé el artículo 145.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

* En cada caso habrá que determinar que la no reiteración de lo previsto en el PPT como conjunto de exigencias técnicas de obligado cumplimiento no implica una propuesta que las desconozca o que las incumpla.

Pues bien, no apreciamos la necesidad de completar, matizar ni aclarar las consideraciones que acabamos de reseñar».

En este sentido en la citada sentencia tras analizar pronunciamientos anteriores y la postura sobre esta cuestión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se concluye que: «Pues bien, esa conclusión a que llega la Sala de instancia, derivada del examen de los datos y circunstancias concurrentes en el caso y de lo establecido en las cláusulas por las que se rige el contrato al que se refiere la controversia, resulta enteramente conciliable y respetuosa con la jurisprudencia que antes hemos reseñado, en la que, como hemos visto, se interpretan de manera estricta, o, si se prefiere, restrictiva, los supuestos que permiten al órgano de contratación excluir una proposición; y también concuerda con esa otra línea jurisprudencial a la que antes hemos aludido, relativa a la vertiente subjetiva del concurso, en la que se pone de manifiesto que tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el plano de la legislación interna se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos». Considerando que se debe interpretar con carácter restrictivo las causas exclusión de un licitador por un supuesto incumplimiento de una cláusula del PPT. >>

Por tanto, el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas sobre la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. De tal suerte que solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede el rechazo de la oferta presentada a licitación.

La recurrente alega que en los pliegos no se especificaba la temperatura que se iba a tener en consideración, la de 27 grados centígrados, cuando la temperatura media en la provincia de Málaga es de 23 grados, y añade que, si el órgano de contratación quería exigir tales características debió reflejarlas claramente en la licitación, so pena de incurrir en una vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima.



El órgano de contratación invoca las reglas de interpretación sistemática del Código Civil, y esgrime, en síntesis, que el concepto “temperatura ambiente” es un concepto dinámico, fácilmente entendible por cualquier operador económico por estar la temperatura en Málaga por encima de los 25 grados en gran parte del año, y tratarse de bienes, que tienen la condición de almacenables, y que deben aguantar temperaturas muy superiores a los 25 grados centígrados que constan en su FT (ficha técnica). Asimismo, en el informe al recurso justifica el motivo de exclusión aduciendo lo siguiente: “(...) parece claro que en **gran parte del año la conservación refrigerada de ese bien es requerida para lograr una aplicación eficaz y eficiente del producto, al superarse en dicha provincia dicho límite de los 25º señalados en la ficha técnica del producto ofertado por el recurrente. Ello conlleva, la necesidad de refrigeración, y que no pueda ser conservado a temperatura ambiente durante todo el período hasta lograr su utilización el procedimiento asistencial”.** (la negrita no es nuestra)

La adjudicataria alega que la exclusión de la recurrente es procedente porque la oferta que presentó incumplía la prescripción técnica adicional establecida en los pliegos, que aquella aceptó de manera incondicional, relativa a que el implante de ácido hialurónico se conserve a temperatura ambiente, pudiendo haber solicitado aclaraciones sobre los pliegos y demás documentación contractual sobre los pliegos si necesitaba mayor información para confeccionar su oferta, resultando ahora inviable y extemporáneo impugnar tal previsión que no impugnó en el momento procedimental oportuno. Invoca la presunción de acierto y veracidad del informe técnico que basa la exclusión de la oferta de la recurrente en que la ficha técnica indicaba que su producto no podía conservarse a temperatura ambiente, sin que quepa apreciar ninguna discrecionalidad técnica por parte de la comisión.

La entidad GREGOPAIN BIO, S.L esgrime que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato, al haber sido excluidos cuatro de los seis licitadores lo que ha impedido que sean valoradas sus ofertas, insistiendo en que todos cumplieran las prescripciones técnicas, incluido el requisito relativo a la temperatura ambiente, indicando que la que tienen que cumplir todos los productos sanitarios para la obtención del certificado europeo es de hasta 25 grados, no hasta 27 como viene establecido en la presente licitación. Invoca la Farmacopea europea por la que se rigen los certificados europeos de los productos sanitarios siendo el límite de conservación a temperatura ambiente la que está en el rango entre 15 y 25 grados por lo que la mayoría de los productos sanitarios que no necesitan nevera aparecen con un etiquetado de hasta 25 grados.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes, y analizada la cuestión, hemos de darle la razón a la recurrente, por las razones que se exponen a continuación:

1º No resulta controvertido que el PPT exigía, dentro de las prescripciones específicas y adicionales, la “conservación a temperatura ambiente” sin indicar horquilla, intervalo o banda de temperaturas admisible, por lo que tal previsión vinculaba tanto a los licitadores como al órgano de contratación.

En este sentido, conviene traer a colación que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. Igualmente, se ha de indicar que los pliegos que rigen la contratación también vinculan al órgano de contratación, de tal manera que, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso los requerimientos mínimos predicables para los implantes respecto de la temperatura de conservación- se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de



trato entre las mismas. En este sentido se pronuncia el Tribunal General de la Unión Europea, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T652/14), al afirmar en su apartado 78 que

“(…) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores”.

Así, cuando el órgano de contratación en su informe al recurso justifica la exclusión manifestando que la conservación refrigerada de ese bien es requerida para lograr una aplicación eficaz y eficiente del producto, al superarse en dicha provincia dicho límite de los 25º señalados en la ficha técnica del producto ofertado por el recurrente y que ello conlleva la necesidad de refrigeración, se está apartando de manera evidente, de las condiciones que el mismo definió. Así las cosas, si, como el mismo reconoce, el implante de ácido hialurónico (objeto del suministro del lote 1) no puede ser conservado a temperatura ambiente durante todo el período hasta lograr su utilización el procedimiento asistencial, no se alcanza a comprender el motivo de por qué solicitó entonces una prescripción específica y adicional como el de “temperatura ambiente” que aludía a un concepto indeterminado, dinámico y variable, y menos aun cuando, tratándose de una provincia en concreto, como la de Málaga, de antemano, se conocían todas las circunstancias que con posterioridad se pusieron de manifiesto para justificar la exclusión de la recurrente.

No resulta admisible, por tanto, la invocación de las reglas de interpretación sistemática del Código Civil en la interpretación de las normas que nada tiene que ver ni, entendemos, puede prevalecer sobre el carácter de *lex contractus* de los pliegos y la vinculación a aquellos tanto de las partes como del órgano de contratación.

2º En ese sentido, consideramos que si tal era la relevancia de la refrigeración del producto para lograr una aplicación eficaz y eficiente, como sostiene el órgano de contratación en su informe, bien debió, a la hora de elaborar el PPT, o requerir tal especificación, o a lo sumo, indicar una horquilla o banda de temperatura admisible, pero lo que no puede es fijar unos requerimientos técnicos que según el pliego han de ser cumplidos, y luego apartarse de tales condiciones, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato y el de seguridad jurídica que sí entendemos que se quiebra, en contra de lo que sostiene el órgano de contratación.

No resulta admisible tampoco el argumento que utiliza el órgano de contratación cuando justifica la ausencia de arbitrariedad en el hecho de que ninguno de los licitadores que han sido excluidos por el mismo motivo, no han interpuesto recurso.

3º Por otra parte, consta que la recurrente, en el apartado 7 “MANIPULACIÓN Y ALMACENAMIENTO” de la memoria técnica (páginas 305 y siguientes EA) y, en concreto, en el apartado 7.2 “Condiciones de almacenamiento seguro, incluidas posibles incompatibilidades” indicó “Almacenar a temperaturas inferiores a 25°C. No congelar”.

Asimismo, en el apartado 10.4 “Condiciones para evitar” del citado documento indica lo siguiente: “No congelar el producto. (...) No almacenar a temperaturas superiores a 25°C”.

4º Finalmente, tampoco puede prosperar el argumento que emplea el órgano de contratación respecto de la aportación extemporánea (en sede de recurso) por la recurrente de la documentación relativa a los estudios de viabilidad del producto ofertado a temperatura ambiente de 25 (+- 2°C) puesto que, aun reconociendo este



Tribunal que efectivamente no cabe aportar en sede de recurso documentación que debió aportarse en otro momento procedimental, lo cierto es que ese no es el debate, puesto que lo que se discute es precisamente que el órgano de contratación haya interpretado a posteriori el concepto de “temperatura ambiente” en función del ámbito territorial y la media de las temperaturas de la provincia de Málaga. No resulta admisible que el órgano de contratación se escude en que “*era fácilmente entendible qué se entiende por temperatura ambiente y que dicho concepto en la realidad geográfica donde va a ser realizado el suministro en cuestión no precisaba de ninguna aclaración*” y a renglón seguido, reconozca que era necesaria la conservación refrigerada del bien para lograr una aplicación eficaz y eficiente del producto.

En consecuencia, no cabe admitir dicho argumento que no desvirtúa la conclusión alcanzada por este Tribunal.

Por ello, este Tribunal considera que la decisión de adjudicación adoptada por el órgano de contratación no es correcta y procede la estimación del motivo y, por ende, de la pretensión ejercitada en el recurso que insta la anulación de la resolución de adjudicación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a la exclusión para que se proceda a la admisión de la recurrente.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal. Sobre la arbitrariedad en la valoración del criterio sujeto a juicio de valor “Valoración funcional del producto” con relación a la oferta de la adjudicataria.

Respecto a la impugnación de la valoración de la oferta de otras entidades licitadoras, con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor, que la recurrente plantea en su recurso, procede indicar que una vez estimado el motivo anterior ha de reconocerse la legitimación *ad causam* de la recurrente lo que no hubiera sucedido, como apunta el informe del órgano al recurso, de haberse desestimado el primer motivo y confirmado la exclusión de la recurrente.

Asimismo, conviene señalar que interesa entrar a conocer dicha cuestión a fin de que no quede imprejuizada, y sin perjuicio de que, como se indicará con posterioridad, la estimación del recurso acordada y la consiguiente anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente, y por tanto de la adjudicación del contrato, no impide que, tras la oportuna retroacción de actuaciones con conservación de las que no se vean afectadas por la anulación declarada, se proceda a efectuar la valoración de la proposición de la entidad ahora recurrente con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor y acto seguido los de aplicación automática establecidos en el PCAP.

La recurrente denuncia la arbitrariedad en la valoración efectuada en el informe de la comisión técnica respecto de la oferta de la adjudicataria con relación al criterio sujeto a juicio de valor “Valoración funcional del producto”. En concreto, plantea que, a pesar de que para la valoración del citado criterio se exigía la presentación de estudios científicos que avalen su eficacia, el órgano de contratación, excediéndose en el uso de su discrecionalidad técnica, decidió aceptar otros estudios con participación y patrocinio de la empresa, que, a su juicio, no son independientes, y, por tanto, ha incurrido claramente en desviación de poder.

El órgano de contratación, por su parte, defiende la evaluación efectuada indicando que es solamente en el apartado de la “Duración” donde se exige la duración del efecto demostrado a través de estudios científicos independientes, por lo que insiste en que la valoración de la comisión se ha atenido a la redacción del criterio establecido en los pliegos. Por otra parte, justifica la puntuación otorgada a las entidades MEIJI FARMA SPAIN, S.A. y LABORATORIO FARMACÉUTICO LCA, S.L (8 y 4 puntos, respectivamente) en la decisión que se adoptó de valorar a las dos licitadoras, al no presentarse estudios independientes por ningún operador, por lo que niega la arbitrariedad aparte de señalar la irrelevancia del motivo a la vista de que, en cualquier caso, la diferencia de puntua-



ción carece de repercusión teniendo en cuenta además que la oferta de MEIJI FARMA SPAIN fue excluida por su -
perar el precio de licitación.

La adjudicataria se opone a la alegación de arbitrariedad en la valoración del criterio sujeto a juicio de valor, la valoración funcional del producto, defendiendo que se hayan tomado en consideración estudios técnicos con la participación o patrocinio de empresas, lo que, a su juicio, no resta independencia ni validez a aquellos.

La controversia que el presente motivo de impugnación plantea se centra en discernir sobre si existió exceso de discrecionalidad técnica, en la valoración del criterio sujeto a juicio de valor “*Valoración funcional del producto*” lo que implica observar la fundamentación técnica realizada en el informe de valoración de las ofertas con relación a los criterios sujetos a juicio de valor por el órgano de contratación a la vista de la redacción de los pliegos, no recurridos y consentidos.

Así, pues, si acudimos al anexo I del cuadro resumen del PCAP la redacción del criterio sujeto a juicio de valor 2.1 “*Valoración funcional del producto*” (para los lotes 1,2 y 3) es la siguiente:

2 CRITERIOS NO AUTOMÁTICOS 35 PUNTOS	UMBRAL MÍNIMO 17 PUNTOS
2.1	VALORACIÓN FUNCIONAL DEL PRODUCTO
Eficacia: De 0 a 20 puntos <i>Eficacia de uso, en función de la biodisponibilidad, de la absorción, eliminación y volumen. Estudios científicos independientes que avalen su eficacia.</i>	
Seguridad: De 0 a 5 puntos <i>La ausencia de riesgo en todas sus dimensiones tanto para los profesionales como para los pacientes o usuarios, así como la eficacia de los sistemas de seguridad, elementos cuya presencia o ausencia puedan generar un riesgo. Facilidad para preservar la esterilidad hasta el momento de uso. Estudios científicos independientes que avalen su seguridad</i>	
Duración: De 0 a 10 puntos <i>Duración del efecto, demostrado a través de estudios científicos independientes.</i>	

Por lo que respecta al informe técnico de valoración obrante en el EA (páginas 675 y siguientes) respecto de las dos ofertas licitadoras que continuaron en la licitación del lote 1 (entre ellas la de la adjudicataria) por lo que aquí nos concierne establece:

PROVEEDOR	NOMBRE COMERCIAL	REFERENCIA	CIP	CUMPLE PPT	PUNTOS	SUPERA UMBRAL	VALORACIÓN LOTES
MIJI PHARMA SPAIN S.A	Adant Plus	200695	100145585751	SI	29	SI	De las muestras y documentación aportada se observa que: Eficacia: De 0 a 20 puntos No presenta estudios científicos independientes que avalen su eficacia. No obstante, entendiéndose que presentan estudios con patrocinio o



							<p>participación de la empresa, en base a una adecuada eficacia de uso, en función de la biodisponibilidad, de la absorción, eliminación y volumen, descrita en los estudios que presenta.</p> <p>16 puntos.</p> <p>Seguridad: De 0 a 5 puntos.</p> <p>Tapón luer lock que permite asegurar la esterilidad del producto hasta su uso Estéril A, lo que permite su uso en un campo estéril para uso en quirófano.</p> <p>5 puntos.</p> <p>Duración: De 0 a 10 puntos.</p> <p>No presenta estudios científicos independientes que avalen su eficacia, No obstante, entendiéndose que se presentan estudios con participación o patrocinio de la empresa, el estudio indica que el 80% de los pacientes tuvieron un resultado satisfactorio a los 12 meses.</p> <p>8 puntos</p> <p>Por todo ello, esta comisión propone otorgar a esta mercantil la puntuación de 29 puntos.</p>
--	--	--	--	--	--	--	--

PROVEEDOR	NOMBRE COMERCIAL	REFERENCIA	CIP	CUMPLE PPT	PUNTOS	SUPERA UMBRAL	VALORACIÓN LOTES
MIJI PHARMA SPAIN S.A	Adant Plus	200695	100145585751	SI	29	SI	<p>De las muestras y documentación aportada se observa que:</p> <p>Eficacia: De 0 a 20 puntos</p> <p>No presenta estudios</p>



						<p>científicos independientes que avalen su eficacia. No obstante, entendiéndose que presentan estudios con patrocinio o participación de la empresa, en base a una adecuada eficacia de uso, en función de la biodisponibilidad, de la absorción, eliminación y volumen, descrita en los estudios que presenta.</p> <p>16 puntos.</p> <p>Seguridad: De 0 a 5 puntos.</p> <p>Tapón luer lock que permite asegurar la esterilidad del producto hasta su uso Estéril A, lo que permite su uso en un campo estéril para uso en quirófano.</p> <p>5 puntos.</p> <p>Duración: De 0 a 10 puntos.</p> <p>No presenta estudios científicos independientes que avalen su eficacia, No obstante, entendiéndose que se presentan estudios con participación o patrocinio de la empresa, el estudio indica que el 80% de los pacientes tuvieron un resultado satisfactorio a los 12 meses.</p> <p>8 puntos</p> <p>Por todo ello, esta comisión propone otorgar a esta mercantil la puntuación de 29 puntos.</p> <p>De las muestras y documentación aportada se observa que:</p> <p>Eficacia: De 0 a 20 puntos</p> <p>No presenta estudios científicos</p>
--	--	--	--	--	--	---



							<p>independientes que avalen su eficacia. No obstante, entendiéndose que presentan estudios con patrocinio o participación de la empresa, en base a una adecuada eficacia de uso, en función de la biodisponibilidad, de la absorción, eliminación y volumen, descrita en los estudios que presenta.</p> <p>16 puntos.</p> <p>Seguridad: De 0 a 5 puntos.</p> <p>Tapón luer lock que permite asegurar la esterilidad del producto hasta su uso Estéril A, lo que permite su uso en un campo estéril para uso en quirófano.</p> <p>5 puntos.</p> <p>Duración: De 0 a 10 puntos.</p> <p>No presenta estudios científicos independientes que avalen su eficacia, No obstante, entendiéndose que se presentan estudios con participación o patrocinio de la empresa, el estudio indica unos buenos resultados a los seis meses (183 pacientes satisfechos, o muy satisfechos) cayendo la población de pacientes a tan solo 23 a los 9 meses (21 pacientes satisfechos o muy satisfechos), sin datos de seguimiento a los 12 meses, por lo que se desconoce la eficacia a un año.</p> <p>4 puntos</p> <p>Por todo ello, esta comisión propone otorgar a esta mercantil la puntuación de 25 puntos.</p>
--	--	--	--	--	--	--	---



Pues bien, hemos de precisar que la presente controversia afecta a un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor donde la asignación de puntos no es automática, sino que obedece a una apreciación técnica discrecional de quien valora la proposición que, conforme a reiterada jurisprudencia y doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, está amparada por el principio de discrecionalidad técnica; principio que parte de una presunción de certeza y razonabilidad en el juicio técnico del órgano evaluador, basada en la especialización e imparcialidad de este último, que solo queda desvirtuada si se acredita arbitrariedad, desviación de poder, falta de motivación o error manifiesto en la emisión de ese juicio de valor y sin que la apreciación subjetiva de quien lo impugna pueda prevalecer como juicio técnico paralelo, a no ser que se hayan superado -y así se acredite- los límites de la discrecionalidad técnica en los términos que antes se han expuesto (v.g. Resoluciones 105/2020, de 1 de junio, 250/2021, de 24 de junio y 275/2022, de 20 de mayo).

Procede recordar que nos encontramos ante la valoración de las ofertas con arreglo a criterios de adjudicación de aplicación mediante juicios de valor en la que, como se ha indicado, resulta de aplicación la doctrina sobre la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que tiene una presunción de validez que solo podrá ser cuestionada en los supuestos en los que se acredite patente error o arbitrariedad.

En el supuesto objeto de examen, la recurrente circunscribe el motivo de impugnación al hecho de que se hayan otorgado 4 puntos a la oferta de la adjudicataria en el subcriterio “Duración” a pesar de no haber presentado estudios científicos independientes que avalen su eficacia, valorándose estudios con participación o patrocinio de la empresa.

El órgano de contratación defiende su actuación alegando que el criterio se ha aplicado por igual a las dos ofertas licitadoras, y de acuerdo con la redacción literal del subcriterio que vinculaba la aportación de estudios científicos independientes a la duración del efecto en los pacientes.

Pues bien, a la vista de lo expuesto entendemos que no cabe apreciar la arbitrariedad que se denuncia, ni que el órgano de contratación se haya excedido en la discrecionalidad técnica, puesto que efectivamente, como se desprende del contenido del informe técnico de valoración, el criterio se ha aplicado por igual valorándose con menor puntuación en ambos casos, (8 y 4 puntos respectivamente de un total de 10) a las dos ofertas dentro del ámbito de discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación que este Tribunal no puede corregir con criterios jurídicos. A mayor abundamiento, la atribución de una menor puntuación a la oferta de la adjudicataria en el referido subcriterio está suficientemente motivada en el referido informe por lo que no puede prosperar el motivo de impugnación planteado, que, por las razones expuestas, ha de desestimarse.

OCTAVO. Consideraciones sobre el escrito de alegaciones de la entidad interesada.

En cuanto a la alegación formulada por la entidad interesada GREGOPAIN BIO, S.L. por la que se adhiere a los motivos del recurso, y solicita la revisión de la exigencia técnica respecto de la “temperatura a medio ambiente” y que se proceda a la evaluación de los productos presentados por los laboratorios que fueron excluidos, debe manifestarse que la pretensión ejercitada excede del ámbito propio de las 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). Además, en este caso, la alegación que formula respecto del eventual incumplimiento por la empresa que ha re-



sultado adjudicatario de un requisito técnico distinto del controvertido, y la pretensión, en definitiva, que se admita y se valore su oferta, supondría, caso de admitirse, 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.

NOVENO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

En orden a determinar los efectos dimanantes de la estimación parcial del recurso es preciso señalar que, en la medida que, según consta el expediente remitido, la oferta presentada por la recurrente respecto de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor no ha sido objeto de valoración y que, además tampoco ha sido abierta la oferta económica contenida en el sobre nº 3 -como se deduce del acta de la sesión de la mesa de contratación de 12 de septiembre de 2024, en la que se procedió a la apertura de las ofertas económicas contenidas en el sobre 3- en el presente procedimiento no puede hablarse de contaminación en la valoración, sin que quepa realizar una interpretación extensiva de las garantías de objetividad e imparcialidad a preservar por el hecho de que las ofertas económicas de las proposiciones admitidas sí se hallen abiertas, pues no es presumible en este caso la vulneración de aquellas garantías, siendo desproporcionado y gravoso para el interés público que se persigue con la adjudicación del contrato anular todo el proceso de licitación cuando, en el caso de la proposición recurrente, sí es posible la valoración separada y en momentos distintos de los aspectos sujetos a juicio de valor y de evaluación automática, al mantenerse el secreto de esta última parte de la oferta. Este ha sido el criterio seguido por este Tribunal en numerosos precedentes, entre otros, en la Resoluciones 223/2021, de 10 de junio y 150/2023, de 3 de marzo.

La estimación parcial del recurso y la consiguiente anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente, y por tanto de la adjudicación del contrato, no impide que tras la oportuna retroacción de actuaciones con conservación de las que no se vean afectadas por la anulación declarada -y entre ellas la valoración de la oferta adjudicataria que ha sido confirmada por este Tribunal en los extremos impugnados-, se proceda a efectuar la valoración de la proposición de la entidad ahora recurrente con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor y acto seguido los de aplicación automática establecidos en el PCAP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LABORATORIOS FIDIA FARMACÉUTICA S.L.U.** contra la resolución de adjudicación de 23 de octubre de 2024 del contrato denominado «Suministro de tracto sucesivo y por precio unitario mediante acuerdo marco de implante de ácido hialurónico y ácido hialurónico para instilación con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga, perteneciente al Servicio Andaluz de Salud»(Expediente CONTR 2024 0000201355) con relación al **lote 1** promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, con los efectos que se indican en el fundamento de derecho décimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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

