

Recurso 62/2015**Resolución 276/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 29 de julio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SANDOZ FARMACEUTICA, S.A.**, contra la Resolución de adjudicación, de 2 de marzo de 2015, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla relativa al contrato denominado *“Suministro de material específico de ventilación y monitorización cardiorrespiratoria”* (Expte. PAAM 36/2013), promovido por el Área Hospitalaria Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscrita al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 5 de agosto de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio se publicó con la misma fecha en el Boletín Oficial del Estado núm. 189 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 10.442.317,73 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 2 de marzo de 2015, fue dictada Resolución de adjudicación relativa al expediente de contratación mencionado en el encabezamiento de esta Resolución. Al día siguiente se publicó en el Perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y finalmente, el 4 de marzo de 2015, fue remitida notificación de la adjudicación a la recurrente.

CUARTO. El 19 de marzo de 2015, tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SANDOZ FARMACEUTICA, S.A. (en adelante SANDOZ) contra la resolución por la que se adjudica el contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.

QUINTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 19 de marzo de 2015, se solicita al órgano de contratación que remita el expediente de contratación, el informe sobre las alegaciones al recurso y un listado de las empresas licitadoras con indicación de su domicilio, correo electrónico, teléfono y fax, a efectos de notificaciones. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 26 de marzo de 2014.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 8 de abril de 2015,

se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que formularan alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello la entidad PALEX MEDICAL, S.A. (en adelante, PALEX).

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales, salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del 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 licitador 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, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige sustantivamente contra la exclusión de la oferta del recurrente, si bien el acto formalmente impugnado es 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 a) 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.”*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 4 de marzo de 2015, por lo que habiéndose presentado el escrito de recurso en el Registro auxiliar de este Tribunal el 19 de marzo de 2015, el mismo se interpuso dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo suscitada. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (en adelante PCAP) configura el objeto del contrato como *“La adquisición de forma sucesiva y por precio unitario de los productos o bienes muebles que se relacionan en el apartado 5 del cuadro resumen”*. En el anexo al cuadro resumen mencionado se puede observar que el objeto de la licitación está compuesto por 372 lotes.

La recurrente combate la resolución de adjudicación con respecto a los lotes 244 y 257 y expone que habiendo presentado ofertas a ambos lotes, las mismas fueron excluidas, en el caso del lote 244 por *“no cumple al aportar una cámara expansible adaptable a circuito respiratorio”*, y en el lote 257 *“porque la muestra presentada no se adapta a circuito respiratorio.”*

Sobre la exclusión que se produjo de su oferta, alega la recurrente que tanto en la oferta técnica como económica hizo una descripción correcta del artículo licitado, pero que sin embargo las etiquetas que identificaban las muestras las intercambió, en el sentido de que la muestra del lote 244 presentaba la etiqueta del lote 257 y viceversa. Expone que el error era fácilmente apreciable puesto

que los datos que estaban en la etiqueta de la muestra no se correspondían con el producto en cuestión.

Considera la recurrente que no procedía la exclusión sin haber solicitado previamente aclaraciones al licitador, ya que ese tipo de actuaciones resulta desproporcionado y contrario al principio de igualdad de trato a los licitadores. Por ello, solicita que se anule la adjudicación del lote 244 y la declaración de desierto del lote 257, y se retrotraigan las actuaciones al momento de la realización de la valoración técnica de las ofertas, para que se tengan en cuenta las muestras aportadas y se efectúe la valoración de las mismas de conformidad con los pliegos que han regido la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe expone que efectivamente las muestras contenían artículos diferentes de los identificados en la etiqueta, sin embargo afirma que el error se había cometido también en la oferta económica y en la oferta técnica, y que consultado el catálogo de productos del Servicio Andaluz de Salud, ha constatado que la empresa recurrente identifica los dos artículos en cuestión de la misma forma que lo hace en su oferta a este procedimiento y en la presentación de muestras.

Por ello, concluye que no se trata de un mero trueque de etiquetas en las muestras, que la comisión técnica debió detectar y corregir, sino que es una completa alteración por parte de la recurrente de la identidad de los productos y de la oferta presentada en este expediente. Además, y en relación al lote 257, una hipotética subsanación del error del etiquetado no habría evitado la exclusión de la oferta de la recurrente para el lote indicado toda vez que su oferta (9,00 euros) era superior al máximo de licitación (8,42 euros).

Por su parte PALEX, como entidad interesada, en sus alegaciones expone, en relación al lote 244, que aunque se estimase el recurso y se retrotrajesen las actuaciones a la fase previa a la valoración técnica, nunca podría ser adjudicataria la recurrente, toda vez que aunque empatase técnicamente con su

oferta, siendo el resto de puntuaciones superiores las de PALEX, seguiría haciendo a su oferta la económicamente más ventajosa.

SEXTO. Una vez expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar, en primer lugar, la legitimación de la recurrente, en relación con el lote 244.

Como anteriormente se ha mencionado, en la Resolución de adjudicación, de 2 de marzo de 2015, se recoge que el lote 244 “B62281. -Cámara expansora inhalación aerosoles con Boquilla/adultos- gc”, se adjudica a la entidad PALEX por un importe de 7,27 euros (IVA excluido); expone la ahora adjudicataria que, aunque se estimase el motivo de recurso relativo al lote 244 y se retrotrajesen las actuaciones a la fase previa a la valoración técnica, la recurrente nunca podría llegar a ser adjudicataria puesto que aunque la oferta de la recurrente empatase con la de PALEX, al ser la suya más económica, seguiría obteniendo mayor puntuación.

Los criterios de valoración de las ofertas quedan establecidos en el Anexo B que acompaña al PCAP, que de forma simplificada se reproduce a continuación:

CRITERIO	EVALUAC.	PONDER.	FÓRMULA Y PONDERACIÓN
CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y FUNCIONALIDADES	NO AUTO.	20	Valoración en base a la documentación técnica y a las muestras aportadas por los licitadores.
OFERTA ECONÓMICA.	AUTO.	50	Mejor oferta * 50 / Oferta proveedor
GRADO DE EFICIENCIA.	AUTO.	30	Grado de eficiencia= Valoración funcional / Precio ofertado. 30 * Grado de eficiencia de la oferta / Mejor Grado de eficiencia.

De la documentación que obra en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, consta que la entidad PALEX, recibió la siguiente puntuación:

LOTE	244
OFERTANTE	PALEX
REFERENCIA	429968
PUNTUACIÓN VALORACIÓN FUNCIONAL	20
OFERTA ECONÓMICA (IVA EXCLUIDO)	7,27 euros
PUNTUACIÓN OFERTA ECONÓMICA	50
GRADO DE EFICIENCIA	2,751032
PUNTUACIÓN GRADO DE EFICIENCIA	30
TOTAL PUNTUACIÓN	100

Como se puede observar, PALEX obtuvo la máxima puntuación posible en el único criterio susceptible de juicio de valor, *las características técnicas y funcionalidades*, siendo el resto de criterios de evaluación automática, a saber, el grado de eficiencia -que se valora en función de la puntuación obtenida en el criterio de características técnicas y funcionalidades en relación con el precio ofertado- así como la oferta económica.

Hay que dar la razón a PALEX cuando alega que, aunque admitiéramos a meros efectos dialécticos la pretensión de la recurrente y aun suponiendo que obtuviera la máxima puntuación en el criterio *características técnicas y funcionalidades*, nunca conseguiría rebasar la puntuación de la actual adjudicataria, toda vez que su oferta económica para el lote 244 era de 9,00 euros IVA excluido, por lo que siendo la oferta de PALEX de 7,27 euros, por razones evidentes jamás podría la recurrente llegar a ser adjudicataria.

En numerosas resoluciones de este Tribunal, por todas la 218/2015 de 7 de julio, se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. Así, en dicha Resolución, citando a su vez, la Resolución 17/2015 de 28 de enero también de este Tribunal se señalaba, “*En este sentido, se comparte el criterio del Tribunal Administrativo Central de*

Recursos Contractuales, en su resolución 57/2012, de 22 de febrero, al afirmar, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

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

Aplicando esta doctrina al supuesto analizado, se concluye que para el lote 244, aunque se admitiera la pretensión de la recurrente, y se valorase su oferta, en ningún caso podría llegar a ser adjudicataria por los motivos anteriormente argumentados y es por ello, que este Tribunal ha de inadmitir el recurso interpuesto contra la adjudicación del lote 244, por la falta de legitimación de la recurrente, en los términos expuestos.

SÉPTIMO. La recurrente también impugna la declaración de desierto relativa al lote 257. El objeto de la controversia reside en determinar, si como ésta afirma, la exclusión se llevó a cabo simplemente por el error, a su ver por ella reconocido, de intercambiar las etiquetas de las muestras relativas a los lotes 244 y 257, o si como dice el órgano de contratación, el defecto afectaba además a la oferta técnica, económica y a la identificación que hace SANDOZ, de sendos

productos en el Catálogo de Productos del Servicio Andaluz de Salud.

Para discernir el objeto de controversia, resulta conveniente, en primer lugar, analizar el objeto del lote 257. En el Anexo al cuadro resumen que acompaña al PCAP, se establece el mismo de la siguiente forma:

LOTE	257
CLASIFICACIÓN	SU.PC.SANI.01.10.00.200001
CÓDIGO GC	B38231
DESCRIPCIÓN	CÁMARA EXPANSORA INHALACIÓN AEROSOLES ADAPTABLE CIRCUITO VENTILATORIO. -GC
PRECIO UNITARIO (IVA EXCLUIDO)	8,42

Los días 30 de septiembre, 1, 2 y 3 de octubre de 2014 se reúne la comisión técnica para la elaboración del informe relativo a la valoración de las ofertas en lo referente al criterio de evaluación no automática. En el contenido del citado informe, consta que a la oferta de SANDOZ no se le otorga puntuación por el siguiente motivo *“no cumple al no adaptarse al circuito respiratorio”*. Posteriormente, con fecha 23 de octubre de 2014, la mesa de contratación aprueba el mencionado informe, por lo que la oferta de la recurrente relativa al lote 257 queda excluida del procedimiento de licitación.

El órgano de contratación expone que no se trata de un simple intercambio de etiquetas, sino que en realidad el error afecta a la oferta técnica y económica; procede pues, contrastar la oferta técnica de la recurrente, con lo establecido en el PCAP y anteriormente reproducido. Según la documentación remitida a este Tribunal, en la oferta técnica presentada por la recurrente para su valoración, con relación al lote 257 figura:

LOTE	257
CODIGO SAS	SU.PC.SANI.01.10.00.200001 (G.C.: B38231)
NOMBRE COMERCIAL	AEROCHAMBER MV
REFERENCIA	49022320

El órgano de contratación expone que, consultado el Catálogo de productos del Servicio Andaluz de Salud (banco de productos), se constata que la recurrente identifica los dos artículos en cuestión de la misma forma que lo hace en su oferta y en la presentación de muestras.

Este Tribunal, ha podido comprobar que, efectivamente, en el documento remitido relativo al catálogo mencionado se especifica que para la referencia 49022320, la denominación comercial del producto de SANDOZ es Aerochamber MV que corresponde al artículo SU.PC.SANI.01.10.00.200001-Cámara expansora inhalación aerosoles adaptable circuito ventilatorio, producto que coincide en código y descripción con el contenido de la oferta, que a su vez coincide con lo solicitado por el órgano de contratación en el documento anexo al PCAP, todo ello sin perjuicio de lo que luego se dirá con respecto a la muestra que presentó del suministro.

Por otro lado, argumenta el órgano de contratación que, aunque se hubiera procedido a una subsanación, no habría evitado que la oferta económica de la recurrente, que ascendía a 9,00 euros, superase el máximo de la licitación establecido para el lote 257 en 8,42 euros. En este sentido, el PCAP establecía efectivamente un precio unitario, IVA excluido, de 8,42 euros, pero acudiendo a la oferta de la recurrente se puede comprobar que el precio unitario que ofertaba para el lote 257, IVA excluido, era de 6,00 euros, por lo que no superaría como afirma el órgano de contratación el precio máximo de licitación.

Visto lo anterior, se concluye que las ofertas técnica y económica presentadas por la recurrente sí cumplían lo establecido por los pliegos.

Resta, por tanto, analizar la cuestión relativa a las muestras alegada por la recurrente. Ésta presenta, junto a su recurso, fotografía efectuada sobre las muestras presentadas; en ella se puede observar con claridad que el contenido de la etiqueta identificativa contenía la siguiente información:

“257. Suministro de material específico de ventilación y monitorización cardiorespiratoria. PAAM, 36/2013. Aerochamber Mv. SANDOZ FARMACEUTICA, S.A. 49022320. SU.PC.SANI.01.10.00.200001”.

Sin embargo, en la foto se aprecia que el producto envasado contiene la palabra *boquilla +5 años*, que efectivamente puede hacer referencia a otro lote, como afirma la recurrente al 244. A su vez la foto aportada por la recurrente de la muestra del lote 244 contiene un objeto con la leyenda AeroChamber Mv, que se puede corresponder con el lote 257. Se constata en conclusión, que si bien la recurrente presentó una oferta técnica y económica en principio válida, erró en la muestra que finalmente remitió para su valoración al intercambiarla con la del lote 244.

Sobre una cuestión muy similar, a la que aquí se dilucida, se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 129/2012 de 10 de octubre que afirmaba *“Existe, por tanto, un error material reconocido por la recurrente. El error es ostensible y evidente por sí mismo y se pone de manifiesto al relacionar unas muestras con otras y de la sola contemplación del mismo escrito de notificación de la exclusión de donde se evidencia que lo requerido por el lote 9 se ha incorporado al 13 y viceversa. Ello sin el apoyo del análisis del resto de la documentación técnica presentada y sin falta de correspondencia con lo reflejado en la relación de lotes a los que se oferta.*

Procedería que ante la evidencia del error se hubiera admitido la oferta y procedido a la valoración de las muestras en el informe del lote al que se corresponden. Sin embargo, en esta fase no se advirtió el error o se consideró

como un defecto insubsanable.

El artículo 84 del RGLCAP, regula el rechazo de proposiciones cuando no guarden concordancia con la documentación examinada y admitida, o varíen sustancialmente el modelo establecido, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, si ello no altera el sentido. En consecuencia, cabe concluir que aunque no está previsto un trámite de subsanación de la oferta, en nada se impide la posibilidad de aclaraciones o la integración de los diferentes documentos que componen la proposición para permitir conocer la oferta. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiende a que en los procedimientos de adjudicación se logre la mayor concurrencia posible siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

Está también admitida la posibilidad de aclaraciones referidas a las proposiciones que ofrecen duda en su interpretación siempre que las aclaraciones no supongan alteración, por leve que sea, de las condiciones ofertadas o subsanación de los defectos y omisiones de la proposición, pues en ese caso se violarían los principios de transparencia y no discriminación entre los licitadores.

Las circunstancias de la forma de presentación de las muestras evidencian un intercambio de las etiquetas correspondientes a los lotes 9 y 13 pues los productos etiquetados como 9 se corresponde a los del lote 13 y viceversa. Eso debió dar lugar, en primer lugar a ponerlo de manifiesto al valorar la documentación relativa a la solvencia técnica y posteriormente a que los técnicos encargados de la valoración, al ponerlas en relación con el resto de documentación presentada, advirtieran el error y valorasen los productos de las muestras en el lote al que se corresponden o al menos solicitaran aclaraciones, en lugar de proceder a la exclusión.”

De lo anterior, cabe concluir, que cuando nos encontremos ante proposiciones

que no cumplan los requisitos técnicos exigidos en los pliegos, resulta claro que se debe proceder a su exclusión. Sin embargo, en el supuesto de que se trate de meros errores materiales susceptibles de aclaración, debe la Mesa de Contratación solicitar aclaraciones, pues no puede dicho error considerarse un error esencial que impida la valoración de la oferta, ya que su corrección en nada altera la oferta inicialmente presentada por la recurrente, ni supone una vulneración del principio de igualdad de trato y transparencia.

En el presente supuesto y a la vista de la documentación remitida a este Tribunal, se concluye que la oferta presentada al lote 257 cumplía los requisitos técnicos exigidos en el pliego, si bien la muestra etiquetada no era la correcta. Por tanto y como este Tribunal viene exponiendo en distintas Resoluciones, por todas la 15/2015 de 22 de enero, no se puede llegar a un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, ya que ello es contrario a los principios que rigen la contratación pública, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos, y por tanto, deberá el órgano de contratación retrotraer sus actuaciones al momento previo a la exclusión, y proceder a la valoración de la oferta de la recurrente, según lo efectivamente ofertado, y sin tener en cuenta el error en el etiquetado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SANDOZ FARMACEUTICA, S.A.**, contra la Resolución de adjudicación, de 2 de marzo de 2015, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla relativa al contrato denominado *“Suministro de material específico de ventilación y monitorización cardiorespiratoria”* (Expte. PAAM 36/2013), promovido por el

Área Hospitalaria Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscrita al Servicio Andaluz de Salud, en lo relativo al lote 244, por falta de legitimación de la recurrente.

Estimar el recurso especial en materia de contratación, en lo relativo al lote 257 y, en consecuencia, anular la declaración de desierto del mencionado lote, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la exclusión de la oferta de la recurrente, a fin de que se valore la misma en los términos manifestados en el fundamento de derecho séptimo de esta Resolución.

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

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos 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.