

Recurso 40/2019**Resolución 258/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 9 de agosto de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMSOR, S.A.**, contra el acuerdo de adjudicación, de fecha 27 de diciembre de 2018, del órgano de contratación relativo al contrato denominado “*Adquisición de material genérico de punción (01.03), para la actividad asistencial de los centros adscritos a la plataforma de logística sanitaria de Sevilla y Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir, agrupación 3 (lotes 8, 9, 10 y 11)*” (Expte. PAAM 19/2018), promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, 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. En fecha 21 de febrero de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el



encabezamiento de esta resolución. Asimismo, con la misma fecha, el citado anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 5 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado número 56.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 7.907.101,38 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. El 27 de diciembre de 2018, el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución, en cuanto a la agrupación 3 (lotes 8, 9, 10 y 11) a la empresa BARD DE ESPAÑA, S.L.U. (en adelante BARD).

CUARTO. Con fecha 5 de febrero de 2019, tiene entrada en el Registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad EMSOR, S.A. contra la resolución de adjudicación, de 27 de diciembre de 2018, recaída en el procedimiento de licitación anteriormente mencionado. En dicho recurso solicita a este Tribunal, al amparo del artículo 52 de la LCSP, acceso al expediente ya que, previamente, había sido solicitado al órgano de contratación sin que haya sido atendida su petición.

QUINTO. La Secretaría de este Tribunal, con fecha 6 de febrero de 2019, da traslado al órgano de contratación del recurso presentado y le solicita el



preceptivo informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de las licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. Asimismo, se le informa de la petición de vista del expediente realizada por la recurrente y se le solicita pronunciamiento en relación con la confidencialidad de la oferta presentada por la entidad BARD. Igualmente, se le comunica que siendo el acto recurrido la adjudicación, opera la suspensión automática del procedimiento establecida en el artículo 53 de la LCSP.

Tras reiteración de la solicitud de expediente en fecha 15 de febrero de 2019, la documentación solicitada tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 15 y 26 de febrero de 2019.

SEXTO. Con fecha 12 de marzo de 2019, en la sede de este Tribunal, se le da vista del expediente a la recurrente que, como consecuencia de ello, presenta ampliación del recurso con fecha 14 de marzo de 2019.

Con fecha 15 de marzo de 2019, por parte de la Secretaría de este Tribunal se da traslado al órgano de contratación del referido escrito de ampliación para que emita el correspondiente informe. Con fecha 21 de marzo de 2019 se recepciona el mismo en este Tribunal.

SÉPTIMO. Mediante escrito de la Secretaría de este Tribunal de fecha 20 de marzo de 2019, se da traslado del recurso mencionado a las entidades licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para que, en su caso, formulen alegaciones.

Con fecha 26 de marzo de 2019, la mercantil BARD presenta escrito de alegaciones rebatiendo todos los alegatos del recurso y solicitando la desestimación del mismo.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter



general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, 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 46.1 de la LCSP, 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, respecto de la agrupación 3, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 7.907.101,38 euros, convocado por una Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Con respecto al requisito del plazo, el acto de adjudicación fue notificado a la recurrente con fecha 16 de enero de 2019 y el recurso ha sido recepcionado en este Tribunal con fecha 5 de febrero de 2019, por lo que ha sido



interpuesto en el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50 de la LCSP.

Asimismo, como se ha expuesto en el antecedente de hecho sexto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la LCSP, con fecha 12 de marzo de 2019 se le ha dado vista del expediente a la recurrente en la sede de este Tribunal. La recurrente ha presentado ampliación del recurso el 14 de marzo de 2019, por lo que ha cumplido el plazo para completar su recurso desde la vista del expediente, previsto en el mencionado artículo 52.3 de la LCSP.

QUINTO. Verificado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de las cuestiones planteadas en el presente recurso.

Mediante resolución de 27 de diciembre de 2018, el órgano de contratación adjudica el contrato de suministro “Adquisición de material genérico de punción (01.03), para la actividad asistencial de los centros adscritos a la plataforma de logística sanitaria de Sevilla y Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir, agrupación 3 (lotes 8, 9, 10 y 11)” a la entidad BARD. El presente recurso se interpone contra el acto de adjudicación.

Disconforme con la decisión del órgano de contratación la hoy recurrente presenta recurso especial en materia de contratación y solicita a este Tribunal que se declare la nulidad de la adjudicación y de todo el procedimiento por vulneración del ordenamiento jurídico y, subsidiariamente, solicita la anulación del acuerdo de adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la resolución de adjudicación y exclusión de la adjudicataria.

En particular, y tras la vista del expediente en la sede de este Tribunal, centra sus argumentos en los siguientes puntos:

1. Nulidad del procedimiento de licitación por existencia de irregularidades en la tramitación del mismo. Sostiene que el órgano de contratación no ha respetado



el orden de apertura de los sobres 2, 3 y 4, de tal forma que ha tenido conocimiento de las ofertas de carácter económico antes de finalizar la valoración de los criterios técnicos. Esta afirmación está fundamentada en indicios observados por la recurrente.

2. Exclusión de la oferta presentada por la empresa BARD, que ha resultado adjudicataria, por los siguientes motivos:

- a) Presentación de variantes no permitidas.
- b) No presentación de oferta para el lote 9 y solicitud de aclaraciones que suponen una verdadera modificación de la oferta.
- c) Adjudicación de elementos incompatibles entre sí.
- d) Omisión de datos necesarios e imprescindibles para la valoración de las ofertas.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la LCSP, emite un primer informe, en fecha 13 de febrero de 2019, con ocasión de la presentación del recurso; y un segundo informe, en fecha 20 de marzo de 2019, con ocasión de la ampliación del recurso tras la vista del expediente en la sede de este Tribunal.

A través de ambos informes rebate los alegatos esgrimidos por la recurrente y solicita a este Tribunal su desestimación y la apreciación de mala fe por parte de la empresa EMSOR, que argumenta y evalúa económicamente en 2.222,04 euros, en el primer informe y en 3.703,40 euros, en el segundo informe, en función del presunto ahorro dejado de percibir por la Administración durante el periodo estimado de la suspensión del recurso especial.

Por último, la empresa BARD, como adjudicataria del contrato, se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en el procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.



SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.

En su primer alegato, la recurrente plantea la existencia de irregularidades en el procedimiento que darían lugar a la declaración de nulidad de la licitación. Sostiene que el órgano de contratación ha procedido a la apertura del sobre de contenido económico, sobre 3, sin estar finalizado el informe técnico correspondiente a la documentación contenida en el sobre 2. Afirma que, este conocimiento previo que ha tenido el órgano de contratación de su oferta económica le ha perjudicado notablemente y ha sido la causa de que la valoración técnica asignada -que debió ser anterior- haya sido escasa. Cuestiona la veracidad de la fecha que consta en el informe técnico publicado y la existencia del anuncio de apertura del sobre 2; añade que, en el acto público de apertura de los sobres 3 y 4 los miembros de la mesa manifestaron que no daba tiempo a abrir el sobre técnico; y que el 26 de julio de 2018 se celebró un acto público de información sobre el informe técnico que la recurrente desconoce cuál era su finalidad.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe rebate los argumentos de la recurrente y aporta un cuadro en el que se recoge toda la tramitación del expediente, indicando las fases y actos realizados con indicación de la fecha correspondiente. De esta manera acredita la fecha de confección del informe técnico, previa a la apertura de los sobres 3 y 4; los anuncios realizados a través de la página web del Hospital Universitario Virgen del Rocío; y explica el contenido de la sesión de 26 de julio, que trae causa en la reclamación presentada por la empresa BECTON DICKINSON,S.A. que licitaba a la agrupación de lotes número 4.

Al respecto, el artículo 150 del TRLCSP, punto 2, en su tercer párrafo dispone que *“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos*



y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada"; al respecto, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 determina que *«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos»*. Asimismo, el artículo 320 del TRLCSP regula las funciones y composición de las mesas de contratación que asisten al órgano de contratación y la necesidad de que formen parte de las mismas determinado personal, entre ellos el secretario.

Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), en su cláusula séptima, detalla el procedimiento de adjudicación, distinguiendo entre las distintas fases de calificación de la documentación general y apertura de las proposiciones.

Igualmente, nos referimos al artículo 16, puntos 1 y 2, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público que establece: *“1. Los órganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente.*

2. Corresponderá al Secretario velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas.(...)”.

Así como, al artículo 18, punto 1, de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre, que dispone que *“De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados. (...)”*.

Pues bien, atendiendo a la documentación que obra en el expediente de



contratación -y como el órgano de contratación expone en su informe al recurso- este Tribunal ha podido comprobar que quedan acreditadas las siguientes actuaciones, que dan lugar al iter temporal que se expone:

- 19 de abril de 2018: acta núm. 16/2018, relativa a la sesión pública de la mesa de contratación en la que se procede a la apertura del sobre 2 de las ofertas presentadas -criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor- dándose traslado a la comisión técnica para que evacue el correspondiente informe.

- 24 de abril de 2018: informe de la comisión técnica de valoración de ofertas respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

- 30 de mayo de 2018: acta núm. 23/2018, relativa a la sesión de la mesa de contratación en la que se aprueba el informe anteriormente mencionado y se convoca el acto público para comunicar las puntuaciones y proceder a la apertura de los sobres nº3 y nº4, correspondientes a la parte de la oferta valorada mediante criterios de adjudicación de aplicación automática.

- 8 de junio de 2018: acta núm. 25/2018, relativa a la sesión pública de la mesa de contratación -a la que acude la recurrente- en la que se procede a la apertura de los sobres nº3 y nº4 de las ofertas presentadas. En el acta se indica que no se procede a indicar la puntuación de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor a lo que no se oponen las entidades licitadoras presentes al acto, y que tampoco se procede a la lectura del contenido de las ofertas contenidas en los sobres anteriormente mencionados debido a su volumen, a lo que tampoco se oponen las entidades presentes. Finalmente, se indica que dicho contenido será objeto de publicación en la página web del órgano de contratación.

De lo anterior, queda documentalmente acreditado que la valoración de las ofertas respecto de los criterios de juicio de valor se realizó con anterioridad a la apertura de los sobres nº3 y 4 donde figuraba la documentación valorada con



arreglo a criterios de adjudicación de aplicación automática . La recurrente trata de desvirtuar la actuación de la Administración con base en tres argumentos: que el anuncio de apertura del sobre nº2 no tenía sellado de tiempo, en las propiedades del archivo pdf, en una afirmación que dice haber escuchado en el acto público de 8 de junio y en que el 26 de julio tuvo lugar una sesión de la mesa de contratación -que como el órgano de contratación indica- y se desprende del acta de la misma, nada tiene que ver con la controversia suscitada.

Sin embargo, ninguna de estas afirmaciones desvirtúan la actuación administrativa que se presupone válida -ex artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas- pues son conjeturas sin un mínimo soporte probatorio.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede desestimar el primer alegato del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. En segundo lugar, y con carácter subsidiario, la recurrente solicita que se excluya la oferta presentada por la entidad adjudicataria fundamentando su pretensión en las siguientes premisas:

1. La adjudicataria presenta variantes no permitidas. Sobre esta cuestión, la recurrente manifiesta que la entidad adjudicataria BARD presentó para los distintos lotes que componen la agrupación 3 variantes. En este sentido, argumenta que la cláusula 6.1. del PCAP no permite la presentación de variantes por lo que su oferta debe ser excluida.

A continuación la recurrente aporta una relación en la que indica el número de referencias -múltiples- que la recurrente incluye en cada uno de los lotes que se valoran en la agrupación 3 de la licitación.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación argumenta que la licitación se



estructura de acuerdo al catálogo de bienes y servicios de consumo del Servicio Andaluz de Salud (en adelante SAS), y que en concreto la agrupación 3 está descrita en el pliego con un nivel alto de descripción de artículos, siendo así que en esta descripción entran todas las referencias ofertadas por la empresa BARD. En este sentido, manifiesta que la mencionada entidad no ha incluido variantes sino que ha optado por incluir todas sus referencias del artículo requerido en el pliego, sin que ello resultase necesario, porque las diferencias entre unas referencias y otras son los diferentes tamaños de un mismo artículo sanitario, y prueba de ello es que todas las referencias aludidas tienen el mismo precio.

Al respecto -y como la entidad interesada BARD argumenta en su escrito de alegaciones-, en el cuadro resumen anexo al PCAP y en la cláusula 1.2.1. del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) no se establece para la agrupación 3 -lotes 8, 9, 10 y 11- una delimitación a nivel de genérico de centro, sino que se establece un código de clasificación universal para cada uno de los lotes, respectivamente: SU.PC.SANI.01.01.03.02.100003; SU.PC.SANI.01.01.07.06.700000; y SU.PC.SANI.01.01.03.02.400002. Ello a diferencia de otros lotes donde sí se establecen específicamente las características concretas de los suministros a adquirir, como por ejemplo, las medidas.

BARD expone en sus alegaciones que esta situación le habilitaba a incluir en su oferta todas las referencias que tiene dadas de alta para cada uno de los códigos correspondientes, además, hay que tener en cuenta que -como argumenta el órgano de contratación- y este Tribunal ha podido comprobar, aun cuando no sería determinante, todas la referencias ofertadas se realizan por un mismo precio unitario, por lo no es posible afirmar que en la oferta de BARD se incluyen variantes o alternativas en el sentido regulado en la LCSP, sino una única oferta en el sentido anteriormente argumentado motivo por el que procede desestimar este alegato del recurso.

2. La entidad adjudicataria BARD, no presentó oferta al lote 9 y al solicitarle la



mesa de contratación aclaraciones sobre su oferta esta modificó su proposición inicial. La recurrente argumenta que previa solicitud de aclaraciones por parte de la mesa de contratación la entidad BARD rectifica su oferta cambiando las referencias presentadas del lote 97 al lote 9 para el que no había presentado oferta.

Por otro lado, el órgano de contratación argumenta que la comisión técnica tras el examen de las muestras presentadas observó que la oferta presentada por BARD al lote 97, con genérico de centro: E18140, se encontraba erróneamente identificada en el catálogo de productos sanitarios del SAS, ya que sus características se correspondían con el artículo del lote 9 de la agrupación 3 de la presente licitación.

En este sentido el órgano de contratación afirma que acordó realizar una consulta meramente aclaratoria a la mencionada entidad que respondió confirmando la errónea identificación del producto, que el mismo resulta polivalente, y que sus atributos respondían perfectamente a la descripción del artículo licitado en el lote 9.

Sobre esta cuestión este Tribunal se ha manifestado en diversas ocasiones, recientemente, en las Resoluciones 118/2019, de 24 de abril y 197/2019, de 19 de junio, en las que se indica que: *«Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones por la mesa o, en su caso, por el órgano de contratación que en modo alguno supongan alteración de la oferta técnica y/o económica, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción a la entidad licitadora afectada de modificar su oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.*

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas técnicas y/o económicas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:



1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la misma, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

3. El principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas ellas y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

En conclusión, la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es una obligación impuesta a la mesa o al órgano de contratación, sino una posibilidad que tiene cuando entiende que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o que se han de corregir errores materiales en la redacción de la misma; en caso contrario no están obligados a solicitar aclaración si, a su juicio, la oferta es lo suficientemente clara y precisa, pero en modo alguno dicha solicitud de aclaraciones supone vulneración de norma contractual alguna, como pretende la recurrente, si se realiza en los términos expuestos».

En el presente supuesto, consta en el expediente remitido por el órgano de contratación informe de la comisión técnica de 24 de abril de 2018 - anteriormente mencionado- sobre la valoración de las ofertas respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. En lo que respecta al lote 97 - al que solo había licitado la entidad BARD- se menciona «la comisión técnica estima que esta oferta del lote 97 GCE18140 se valore técnicamente en la agrupación 3 lote 9 por considerar que existe un error en la catalogación teniendo en cuenta la descripción y funcionalidad del artículo, se le solicita aclaración a la empresa al respecto, la cual responde rectificando la oferta para el lote 9 y ratificando la estimación de la comisión».



Además, el órgano de contratación manifiesta que la dificultad de catalogar los artículos sanitarios provoca, a veces, situaciones confusas a la hora de identificar sus productos y descripciones de catálogo, sobre ello argumenta que el producto ofertado por BARD para el lote 97 es un producto polivalente que responde perfectamente a la descripción del artículo a suministrar en el lote 9. Para fundamentar su afirmación transcribe el contenido del catálogo de bienes y servicios del SAS de los códigos correspondientes de los bienes a suministrar en ambos lotes.

De lo anterior, queda claro que la intención de la entidad BARD era licitar a todos los lotes que componían la agrupación 3, y que la oferta al lote 97 era un error ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos y exteriorizándose por su sola contemplación y que incluso pudo de alguna forma encontrarse motivada en la forma confusa en el que se encontraba configurado en el PCAP los artículos a suministrar entre los lotes 9 y 97 que resultan ser muy similares.

Ante tal tesitura la mesa de contratación tenía dos opciones, bien, excluir la oferta de BARD al no haber licitado a todos los lotes de la agrupación 3 -como solicita la recurrente-, o bien, permitir que aclarase su oferta en los términos mencionados -vía por la que optó la comisión técnica-.

Partiendo de esta premisa, ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los



objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la nueva LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *«Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.»*

Al respecto ha de tenerse en cuenta, como hace la citada Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la exclusión de la oferta -opción que siempre tiene en última instancia la mesa o, en su caso, el órgano de contratación si entiende que se incumplen los pliegos- se dé oportunidad a la entidad licitadora de confirmar la veracidad del dato dudoso, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder tomar una decisión fundada en orden a su admisión o exclusión, y, de otro lado, que la propia empresa licitadora reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos o bien de reconocer el error padecido en su oferta que la hace inviable.

Sobre lo anterior, este Tribunal concluye que la actuación de la comisión técnica confirmada por la mesa de contratación fue correcta -máxime teniendo en cuenta que las consecuencias de la posible ambigüedad del pliego no deberían recaer sobre aquel que no la causó-, así como que por el principio de proporcionalidad los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, por tanto procede la desestimación de este motivo de recurso.

3. En tercer lugar, la recurrente argumenta que la entidad BARD incluye en su oferta productos en determinados lotes de la agrupación 3 que son incompatibles con otros lotes de la misma agrupación. En este sentido afirma: *«así, en la adjudicación eligen los primeros modelos de lista de variantes en cada lote,*



dando una configuración no compatible entre los lotes 8, 9, 10, 11 de la agrupación 3».

La recurrente indica en concreto que los elementos presentados al lote 11 deben ser compatibles con los ofertados en el lote 8 y que: «a) no se oferta el casquillo compatible con una variante de las presentadas al lote 8, lo que haría inútil suministrar este fungible, y solamente se llenan líneas de texto en esta oferta para confundir al comité técnico. b) BARD oferta casquillos compatibles con agujas Vacora, no ofertados en el lote 8».

La entidad interesada BARD se alza contra lo afirmado por la recurrente manifestando que los productos ofertados en el lote 11 son compatibles con los del lote 8 y que de hecho cada producto del lote 8 tiene su referencia compatible en el lote 11. En este sentido, alega que si bien es cierto que en la resolución de adjudicación solo se refleja uno de los productos ofertados, su oferta engloba todos los suministros asociados al código indicado en el PPT.

Sobre lo anterior el órgano de contratación manifiesta que los suministros ofertados en el lote 11 son compatibles con los del lote 8 y adjunta una tabla de compatibilidades que a continuación se reproduce:

COMPATIBILIDAD CASQUILLOS PORTAGUJAS PARA BIOPSIA						
REF. CASQUILLOS/ AGUJAS BIOPSIA	ECP0112G	ECP0112GV	ECP0110G	ECP0110GV	ECP017G	ECP017GV
VBB45GE			X	X		
VBB45LO			X	X		
VBB45SI			X	X		
ENCFINSERT12G	X	X				
ENCFINSERT10G			X	X		
ENCFINSERT7G					X	X
ENCLRINSERT12G	X	X				
ENCLRINSERT10G			X	X		
ENCLRINSERT7G					X	X



Así pues, la recurrente realiza una serie de afirmaciones relativas a la incompatibilidad de las referencias que aparecen en la resolución de adjudicación entre los diferentes lotes que componen la agrupación 3, sin tener en cuenta que la oferta incluye diversas referencias en cada lote y que estas son compatibles entre sí según lo anteriormente manifestado por el órgano de contratación.

En este sentido, si bien es cierto que la resolución de adjudicación adolece de un error de tipo formal al no incluir todas las referencias ofertadas por BARD para cada uno de los lotes que componen la agrupación 3, ello en ningún caso puede conllevar la exclusión de la entidad adjudicataria ya que se trata de un mero error de tipo material fácilmente subsanable por el propio órgano de contratación. En el perfil de contratante se puede consultar una copia de las ofertas presentadas por cada uno de los licitadores donde se puede comprobar las distintas referencias ofertadas para cada lote en la propuesta económica de BARD que coinciden con las incluidas en la tabla de compatibilidades que facilita el órgano de contratación en su informe.

Por todo ello, procede la desestimación también de este motivo de recurso.

4. Por último, la recurrente alega que la oferta de BARD omite datos necesarios e imprescindibles para que la mesa de contratación pueda comprobar la adecuación de la oferta presentada a lo solicitado en los pliegos.

En concreto, la recurrente indica que la cláusula 1.2.1. del PPT exige que: *«el adjudicatario tiene que ceder equipo de biopsia por vacío y las líneas que conducen el aspirado al canister en caso de que no vengán asociadas a la aguja. Al igual debe ceder los adaptadores necesarios para el uso del material fungible, si fueran necesarios»* y que sin embargo la oferta de BARD no contiene el compromiso indicado en la cláusula reproducida del PPT y que incluso se afirma en su oferta que los equipos exigidos no se incluyen en su oferta.

Además de lo anterior, la recurrente argumenta que tampoco se encuentra



referencia en la oferta de BARD a: *«las líneas que conducen el aspirado al canister (tubos de lavado, códigos DS4001 y DS4002), siendo elementos aparte, no incluidos en el código de la aguja del adjudicatario».*

El órgano de contratación se alza contra lo afirmado por la recurrente manifestando que lo exigido en el PPT supone un condición imprescindible y aceptada por todos los licitadores y que la afirmación que la recurrente extrae de la oferta de BARD está sacada de contexto y manipulada por este.

Pues bien, sobre esta cuestión este Tribunal parte del hecho de que de la cláusula reproducida por la recurrente no se desprende que el PPT exija un compromiso a cumplimentar por los licitadores, sino que lo que se contiene en la reproducida cláusula 1.2.1. es una exigencia u obligación que tiene que asumir la entidad que resulte adjudicataria del contrato. Por tanto, no existe la causa de exclusión alegada por la recurrente en tanto que no se exige el compromiso referido.

Por otro lado, -y como indica el órgano de contratación- la recurrente extrae parte de la descripción del dispositivo ofertado en el lote 8 -una descripción general del suministro- para tratar de fundamentar el incumplimiento de un compromiso -que como se ha indicado- no se requiere cumplimentar ya que en realidad se trata de una obligación a asumir por el adjudicatario y que le será a este exigido en fase de ejecución.

Además, la recurrente argumenta una deficiencia técnica en la documentación incluida en la oferta de BARD sin concretar que parte de la oferta adolece del defecto mencionado, ni a que lote se refiere, ni que parte del PPT o del PCAP se incumple, cuestión que impide a este Tribunal entrar a analizarla.

En definitiva, y por todo lo anteriormente argumentado procede la desestimación del recurso en su totalidad.



OCTAVO. Finalmente, el órgano de contratación solicita la apreciación por parte de este Tribunal de mala fe y temeridad en la interposición del recurso, con imposición de multa.

Entiende el órgano de contratación que la recurrente es conocedora de la falta de fundamento de su pretensión y que pretende demorar y ralentizar el mayor tiempo posible la perfección del contrato con la adjudicataria, toda vez que la empresa EMSOR es suministradora de los productos objeto de los lotes de la agrupación 3.

Pues bien, al respecto, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 188/2019, de 13 de junio), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal considera que atendiendo al conjunto de las pretensiones formuladas en el escrito de recurso, no se evidencia en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, ni absoluta falta de fundamento en el recurso presentado.

Por tanto, no procede la imposición de multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la LCSP.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **EMSOR, S.A.**, contra el acuerdo de adjudicación, de fecha 27 de diciembre de 2018, del órgano de contratación relativo al contrato denominado “*Adquisición de material genérico de punción (01.03), para la actividad asistencial de los centros adscritos a la plataforma de logística sanitaria de Sevilla y Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir, agrupación 3 (lotes 8, 9, 10 y 11)*” (Expte. PAAM 19/2018), promovido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

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, respecto de la agrupación 3 (lotes 8, 9, 10 y 11).

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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar 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.

