

**Recurso 113/2012.
Resolución 117/2012.**

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

Sevilla, 29 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A** contra la resolución, de 11 de octubre de 2012, del Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén perteneciente al Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudican las agrupaciones 6 y 7 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares” (Expte. 233/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de abril de 2012, el Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén perteneciente al Servicio Andaluz de Salud dictó resolución por la que se acordaba el inicio del expediente de contratación para la adjudicación del contrato de suministro de prótesis articulares (SUBG.04), al amparo del artículo 9.3 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, mediante procedimiento de adjudicación de contratos basados en el previo acuerdo marco con varios empresarios nº 4005/2010.

El valor estimado de la contratación es de 5.702.371,75 euros.

En la misma fecha, se dictó por el citado órgano de contratación resolución aprobando el expediente de contratación y acordando la apertura del procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO. Mediante escrito remitido por correo electrónico a las distintas empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco nº 4005/2010, se convocó a las mismas a una nueva licitación para la adjudicación del contrato basado en aquél y se les concedió plazo para la presentación de ofertas.

En el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) se indicaban los siguientes criterios de adjudicación:

Criterios de evaluación automática (ponderación: 80%).

1. Precio: 65 puntos como máximo, aplicando la regla de proporcionalidad inversa.
2. Implantación del Sistema de transacciones electrónicas en las diversas fases que se especifican en la resolución de adjudicación: 5 puntos si se acredita y 0 puntos si no acredita.
3. Bonificaciones valoradas económicamente: 10 puntos como máximo, aplicando regla de proporcionalidad directa según el importe del total de las bonificaciones.

Criterio de evaluación no automática (ponderación: 20%): la valoración funcional del producto.

Asimismo, en el apartado 4.2 del PCAP, bajo el título “Criterios de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco”, se señalaba que

“los criterios que se valorarán se elegirán entre los indicados en este apartado, mediante la cumplimentación de los extremos que igualmente constan en la convocatoria (...)”, y a continuación, el apartado establece, como criterios de evaluación automática, el precio, la valoración técnica asignada al producto en el Banco de Bienes y Servicios, el plazo de entrega ordinario, el plazo de entrega urgente y el plazo ordinario y/o urgente de reposición del depósito en caso de contratos de suministro de prótesis quirúrgicas.

Finalmente, como criterios de evaluación no automática, se establecen la valoración funcional del producto, servicios postventa y las bonificaciones.

TERCERO. El 22 de junio de 2012, la Comisión Técnica Provincial de prótesis osteoarticulares emitió informe técnico ponderando el criterio de adjudicación “valoración funcional del producto”.

El 20 de julio de 2012, la Dirección de la Plataforma Provincial de Logística Integral de Jaén emitió informe técnico sobre la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación evaluables automáticamente, uniendo como anexo al mismo el informe de la Comisión Técnica Provincial sobre la valoración funcional de los productos.

CUARTO. El 11 de octubre de 2012, el Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén dictó resolución de adjudicación del contrato de suministro de prótesis osteoarticulares (SUBG SU.PC.SANI.04.06 del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud.)

La agrupación 6 “Prótesis primaria de rodilla estándar” fue adjudicada a la empresa ZIMMER, S.A, cuya oferta obtuvo la mayor puntuación en los criterios de adjudicación (76,10 puntos) y la agrupación 7 “Prótesis primaria de rodilla.

Platillo fijo y móvil” se adjudicó a la entidad EXACTECH IBERICA, S.L.U, cuya proposición fue valorada con un total de 83,48 puntos.

La oferta de la recurrente JOHNSON & JOHNSON, S.A obtuvo 72,40 puntos en la agrupación 6 y 70,77 puntos en la agrupación 7.

El 19 de octubre de 2012, fue recibida por la recurrente la resolución de adjudicación mediante correo certificado. Asimismo, la citada resolución fue publicada en el perfil de contratante donde se indicaba que el contrato está sujeto a regulación armonizada y es susceptible de recurso especial en materia de contratación, así como que su formalización se efectuará en el plazo de los cinco días siguientes a aquél en que el adjudicatario hubiera recibido el requerimiento en tal sentido del órgano de contratación, y una vez transcurridos quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la ejecución del contrato.

El 22 de octubre de 2012, fue formalizado el contrato de suministro de prótesis osteoarticulares relativo a la agrupación 6 entre el Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén y la entidad adjudicataria ZIMMER, S.A.

En igual fecha, se formalizó el contrato de suministro relativo a la agrupación 7 con la entidad EXACTECH IBÉRICA, S.L

QUINTO. El 24 de octubre de 2012, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación anuncio de recurso especial en materia de contratación por parte de la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A.

El 25 de octubre de 2012, la misma empresa presentó en el Registro General del Complejo Hospitalario de Jaén un escrito solicitando la motivación de la resolución de adjudicación. En dicho escrito se indicaba que JOHNSON & JOHNSON tenía interés en conocer los motivos del rechazo de su proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor.

En respuesta a su solicitud, mediante fax que consta recibido por la recurrente el 31 de octubre de 2012, se dio traslado a la misma de la información solicitada.

SEXTO. El 31 de octubre de 2012, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A. El objeto del recurso se circunscribe a las agrupaciones 6 y 7 del contrato de suministro.

El 5 de noviembre de 2012, la Secretaría del Tribunal remitió un oficio al órgano de contratación, dándole traslado del recurso especial en materia de contratación interpuesto y requiriéndole la aportación, en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación, un informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida de suspensión solicitada y un listado en el que consten todos los licitadores en el procedimiento de adjudicación con indicación de los datos precisos a efectos de notificaciones.

El 12 de noviembre de 2012, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación solicitada al órgano de contratación.

El 13 de noviembre de 2012, se remitió por correo certificado a los interesados el escrito de interposición del recurso, concediéndoles un plazo de cinco días

hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado en plazo las empresas STRYKER IBERIA, S.L, ZIMMER S.A y EXACTECH IBÉRICA, S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Debe analizarse, con carácter previo, la procedencia del recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato en cuestión, habida cuenta que se trata de un contrato de suministro basado en un previo acuerdo marco con varios empresarios, en el que se ha seguido el procedimiento de adjudicación previsto en **el artículo 198.4 del TRLCSP** para cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco y sea necesario convocar a las partes a una nueva licitación. Dice así el precepto: *<< Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:*

Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato (...)

Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.

Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.

De forma alternativa a lo señalado en las letras anteriores, el órgano de contratación podrá abrir una subasta electrónica para la adjudicación del contrato conforme a lo establecido en el artículo 148.

El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios de adjudicación del acuerdo marco.

Si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 154. >>

Asimismo, **el apartado 5 del artículo 198 del citado texto legal** establece que << *En los procedimientos de adjudicación a que se refieren los apartados anteriores podrá efectuarse la formalización del contrato sin necesidad de observar el plazo de espera previsto en el artículo 156.3*>>.

Este plazo de espera a que alude el artículo 156.3 del TRLCSP afecta a los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación y se trata de un plazo de quince días hábiles desde la remisión de la notificación de la adjudicación a los licitadores, durante el cual no puede formalizarse el contrato.

Pues bien, en el caso de contratos basados en un acuerdo marco, que por su valor estimado deban considerarse sujetos a regulación armonizada y susceptibles de recurso especial, el legislador español ha optado por que pueda formalizarse el contrato antes de que transcurra el plazo legal para la interposición del citado recurso. Ello obedece a la facultad que ofrece a los Estados miembros **la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007**, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, cuyo **artículo 2 ter apartado c)** recoge el contenido del **Considerando 9**. Este Considerando dice así: “*Por último, en los casos de*

contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de compra, el plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación. Por consiguiente, los Estados miembros deben tener la facultad, en lugar de introducir un período suspensivo obligatorio, de establecer que la ineficacia constituya sanción efectiva de conformidad con el artículo 2 quinquies de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, por infracción del artículo 32, apartado 4, párrafo segundo, segundo guión, y del artículo 33, apartados 5 y 6, de la Directiva 2004/18/CE, así como del artículo 15, apartados 5 y 6 de la Directiva 2004/17/CE.”

Así pues, en aplicación del citado artículo 2 ter apartado c) y del artículo 2 quinquies de la Directiva 2007/66/CE, el actual **artículo 37 apartados 1 d) y 3 del TRLCSP**, bajo el título “Supuestos especiales de nulidad contractual”, dispone que “ **1.** *Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros (actualmente, 200.000 euros) serán nulos en los siguientes casos:*

d) Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 196 celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 198.4.

3. *No procederá la declaración de nulidad a que se refiere este artículo en los supuestos de las letras d) y e) si concurren conjuntamente las dos condiciones siguientes:*

- a) *Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.*
- b) *Que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados.”*

En el supuesto analizado, estamos ante un contrato basado en un previo acuerdo marco celebrado con varios empresarios, debiendo aquél considerarse sujeto a regulación armonizada por su valor estimado. Asimismo, respecto a las agrupaciones 6 y 7 que son objeto del recurso, los contratos basados en el acuerdo marco fueron formalizados con las respectivas empresas adjudicatarias el día 22 de octubre de 2012, y la cláusula tercera de ambos contratos establecía que el plazo de vigencia del contrato se iniciaba con su formalización.

Asimismo, resulta que la interposición del recurso especial en materia de contratación por parte de JOHNSON & JOHNSON, S.A contra la resolución de adjudicación de las agrupaciones citadas tiene lugar el 31 de octubre de 2012, es decir, con posterioridad a la formalización e inicio de la ejecución de los contratos relativos a dichas agrupaciones.

Por consiguiente, ante la situación descrita en el supuesto analizado, hemos de plantearnos si resulta admisible la interposición del recurso especial contra la adjudicación cuando el contrato ya está formalizado o si lo procedente sería plantear la cuestión de nulidad del contrato, al amparo del artículo 37 del TRLCSP.

Pues bien, el licitador en un procedimiento de adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco, que por su valor estimado deban considerarse sujetos a regulación armonizada, puede interponer recurso especial en materia de contratación dentro del plazo legal correspondiente. El artículo 40.1 del TRLCSP, al referirse a los contratos en que se admite el recurso, alude a contratos de obras, suministro y servicios sujetos a regulación armonizada, por lo que cabe entender incluido en su ámbito el contrato objeto del recurso aquí analizado.

Cuestión distinta es que el órgano de contratación, al no tener que observar el plazo de espera previsto en el artículo 156.3 del TRLCSP, haya formalizado ya el contrato a la fecha de interposición del recurso. En tal caso, se plantea la duda de si sería procedente el recurso especial o habría de serlo la cuestión de nulidad.

Ciertamente, a la luz de la regulación de la Directiva 2007/66/CE y del propio TRLCSP (artículos 37 apartados 1 d) y 3 y artículo y 198), parece que ambos medios de impugnación se conciben para momentos procedimentales distintos: el recurso especial en materia de contratación para cuando el contrato no se haya aún formalizado y la cuestión de nulidad, una vez que aquél se haya suscrito. Esta interpretación no carece de lógica toda vez que el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato puede perder su eficacia cuando éste se encuentra ya formalizado y no es posible obtener el efecto de la suspensión automática del procedimiento.

Sin embargo, no siempre cabría, como opción alternativa al recurso especial, la interposición de la cuestión de nulidad del contrato, pues ésta se basa en supuestos legales especiales y tasados –los previstos en el artículo 37 del

TRLCSP- que toman como referencia fundamental la vulneración de reglas formales del procedimiento, mientras que los motivos del recurso especial contra la adjudicación pueden basarse en infracciones más amplias, a saber, las causas generales de nulidad y anulabilidad previstas en los artículos 32 y 33 del citado texto legal.

Además, si bien con carácter general la interposición de un recurso especial contra la adjudicación lleva aparejado el efecto de la suspensión automática del procedimiento, es posible el levantamiento de esta medida antes de la resolución del recurso conforme a lo previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP, por lo que, teóricamente, sería posible la formalización de un contrato antes de la resolución del recurso y si éste resultase estimado, quedaría anulada la adjudicación del contrato ya suscrito.

Lo expuesto nos permite sostener que en los contratos basados en un acuerdo marco que por su valor estimado deban ser considerados sujetos a regulación armonizada, pese a que no es necesario observar el plazo de espera del artículo 156.3 del TRLCSP para su formalización, no se advierte a priori impedimento legal para la interposición del recurso especial dentro del plazo legal aún cuando el contrato esté ya formalizado- más aún en supuestos como el analizado donde se comunica a los licitadores a través del perfil de contratante la observancia de un plazo de espera que después se incumple- y siempre que el recurrente no haya planteado, además, la cuestión de nulidad del contrato, pues ambas vías de recurso, en ningún caso, pueden acumularse.

En definitiva, como conclusión de cuanto ha quedado expuesto, en el recurso aquí planteado se impugna la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada basado en un previo acuerdo marco, por lo que, de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP, aquel acto es

susceptible de recurso especial en materia de contratación y ello con independencia de que el contrato esté ya formalizado, por las razones expuestas.

SEGUNDO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

TERCERO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

En el supuesto analizado, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal, aún computando como día de inicio del cómputo el 15 de octubre de 2012, fecha en la que tuvo salida del órgano de contratación la notificación al recurrente de la resolución de adjudicación.

De igual modo, consta que el recurrente presentó el anuncio previo del recurso ante el órgano de contratación dentro del plazo estipulado en el artículo 44 del TRLCSP.

QUINTO. Respecto al efecto suspensivo del procedimiento que insta el recurrente, hemos de indicar que el contrato ya está formalizado por lo que no es posible la suspensión automática del procedimiento a que alude el artículo 45 del TRLCSP, sin perjuicio de la eventual ineficacia del contrato, si se acordara la nulidad de la adjudicación. No obstante, para la determinación de este extremo se ha de entrar a analizar la cuestión de fondo que se plantea en el recurso.

Los motivos que sustentan el recurso pueden resumirse del modo siguiente:

1. La resolución de adjudicación, en lo que se refiere a las agrupaciones 6 y 7 del contrato, carece de la motivación necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer un recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. Tan sólo se ha informado de la puntuación correspondiente a cada uno de los criterios de adjudicación. Partiendo, pues, de esta irregularidad, sólo se puede entrar a cuestionar la puntuación del criterio consistente en la valoración funcional del producto.

Al respecto, en cuanto a la agrupación 6, tras el análisis de los datos de los Registros Australiano y Sueco y de datos sobre estudios de seguridad de las prótesis, se concluye que no existen grandes diferencias clínicas ni funcionales en el uso de las prótesis de la recurrente y la adjudicataria, si bien las puntuaciones en este criterio han sido diferentes. La empresa adjudicataria ha obtenido 20 puntos frente a los 10 puntos de la recurrente.

En la agrupación 7 se insiste en que no es razonable que, en el criterio en cuestión, todas las prótesis hayan sido valoradas con la misma puntuación (10 puntos.) Se vuelve a aludir a datos del Registro Australiano y de estudios sobre seguridad de la prótesis de la adjudicataria para concluir que el sistema de rodilla Optetrack de la empresa adjudicataria nunca debería tener la misma valoración funcional que el sistema de rodilla de la recurrente.

2. El órgano de contratación se ha limitado a fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares la puntuación máxima que se otorgará a cada criterio de adjudicación, sin explicitar los elementos objetivos que se seguirán para la puntuación concreta de cada oferta, lo cual no garantiza la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación administrativa, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 134.4 de la LCSP (debe entenderse hecha la referencia al artículo 150.4 del TRLCSP) conforme al cual *<<Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos (...)>>*.

3. Se ha vulnerado el principio de igualdad en la valoración de las proposiciones, ya que se han otorgado puntuaciones sin que exista fundamento real para ello y se ha dejado de puntuar a JOHNSON & JOHNSON, S.A, a pesar de acreditar la funcionalidad de sus prótesis.

4. Concorre causa de nulidad en el procedimiento de selección pues se ha reconocido el derecho a la adjudicación a ZIMMER, S.A y a EXACTECH IBÉRICA, S.L.U cuando carecen de los requisitos esenciales para la adquisición de tal derecho, al ser errónea la calificación técnica realizada.

En consecuencia, se solicita la nulidad del acto de adjudicación de las agrupaciones 6 y 7 del contrato en cuestión.

Por su parte, **el órgano de contratación**, en el informe sobre el recurso, manifiesta lo siguiente:

1. La recurrente presentó solicitud de motivación de la adjudicación de las agrupaciones objeto del recurso que fue contestada el día 30 de octubre de 2012, enviándose por fax de esa misma fecha, a las 17 :33 horas, según reporte de transmisión correcta. El recurso especial se presentó en el Registro del Tribunal el 31 de octubre de 2012, es decir, al día siguiente de recibir el fax. Es por ello que fueron expuestos los motivos que justificaban el rechazo de la proposición y la adjudicación a favor de otros licitadores antes de que se presentara el recurso especial. Por ello, no ha habido indefensión material al poder recurrir conociendo los motivos de la adjudicación, única violación de derechos que puede producir la declaración de nulidad.

2. La recurrente, como adjudicataria del acuerdo marco precedente, fue convocada a la nueva licitación del contrato derivado de aquél, sin que en ese momento alegara objeción alguna al contenido de los pliegos. Además, los criterios de adjudicación recogen la forma en que han de ser ponderados. En concreto, el 80% de la valoración tiene carácter automático lo que permite asegurar que, una vez definida la forma en que se va a ponderar, el criterio no precisa de mayores aclaraciones. Sólo el criterio relativo a valoración funcional del producto está sujeto a evaluación no automática y se halla suficientemente motivado teniendo en cuenta la cualificación técnica de las personas que suscriben el informe técnico.

Así pues, expuestos los argumentos de las partes en este procedimiento, procede entrar en el estudio de las cuestiones suscitadas. El recurrente alega, en primer lugar, que la resolución impugnada carece de la motivación necesaria que

permita la interposición de un recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, pues sólo se ha informado de la puntuación correspondiente a cada uno de los criterios de adjudicación.

El órgano de contratación, respecto a este motivo, manifiesta que la recurrente presentó solicitud de motivación de la adjudicación de las agrupaciones objeto del recurso, que fue contestada y enviada por fax el día 30 de octubre de 2012. Por tanto, como el recurso especial se presentó en el Registro de este Tribunal el día 31 de octubre de 2012, los motivos que justificaban el rechazo de la proposición y la adjudicación a favor de otros licitadores fueron expuestos antes de que se presentara el recurso especial. Por ello, no ha habido indefensión material al poder recurrir conociendo los motivos de la adjudicación, única violación de derechos que puede producir la declaración de nulidad.

Pues bien, siendo esta cuestión clave para determinar la validez del acto impugnado, hemos de analizar si la resolución de adjudicación contiene la motivación necesaria de las puntuaciones asignadas en los criterios de adjudicación, así como si el licitador ha dispuesto de la información suficiente para la interposición de un recurso suficientemente fundado.

En efecto, la resolución de adjudicación de 11 de octubre de 2012 recoge las puntuaciones obtenidas por las ofertas presentadas con arreglo a los criterios de adjudicación, pero no incluye una motivación mínima de aquéllas. Asimismo, la notificación de la adjudicación a los licitadores no contiene tampoco la información necesaria a que se refiere el artículo 151.4 del TRLCSP, y en cuanto al plazo para la formalización del contrato a que también alude el precepto, en el perfil de contratante se indica que va a observarse el plazo de espera de quince días hábiles antes de suscribir el contrato, plazo de espera que después no es respetado.

Dice así el artículo 151.4 del TRLCSP: << *La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

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

En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*
- b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*
- c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.*

Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.

En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3 (...) >>

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir que tanto la resolución de adjudicación impugnada como la notificación de la misma incumplen los postulados del precepto legal transcrito. Por tal razón, como ya se indicaba en **la Resolución 37/2012, de 11 de abril, de este Tribunal**, << *los motivos del*

recurso no han podido dirigirse a combatir los argumentos utilizados por la Administración a la hora de puntuar la oferta del recurrente, ni las circunstancias que, a juicio del órgano de contratación, han determinado la selección de otra oferta distinta, porque tales razones no han sido conocidas por quien recurre. >>

Como ya viene señalando **el Tribunal Supremo**, la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, ya que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

Por otro lado, **la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002** señala que *“la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”*.

Asimismo, **el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras)** que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna

de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Pues bien, la doctrina constitucional expuesta, aún cuando se refiere a las sentencias de los órganos judiciales, cabe entenderla igualmente aplicable al acto administrativo, pues lo determinante es que se exterioricen en el mismo los razonamientos que han llevado a la Administración a adoptar la resolución de que se trate. Sólo así se puede efectuar un adecuado control de la actividad administrativa velando por que no se haya incurrido en discriminación o arbitrariedad a la hora de resolver, y se garantiza a los interesados el derecho de defensa, a fin de que puedan oponerse y rebatir fundadamente la decisión administrativa.

En el supuesto analizado, pese a la falta de motivación de la resolución de adjudicación y el incumplimiento por parte del órgano de contratación de la obligación de facilitar al recurrente la información necesaria para la interposición de un recurso suficientemente fundado, dicho órgano alega que la empresa recurrente solicitó la motivación de la adjudicación y que ésta le fue facilitada el día 30 de octubre, es decir, un día antes de la interposición del recurso, por lo que aquélla disponía de la motivación antes de la presentación del recurso.

Ahora bien, no puede acogerse esta manifestación del órgano de contratación. En el folio 882 del expediente de contratación consta que fue el 31 de octubre de 2012 cuando la recurrente recibió la contestación del órgano de contratación a su solicitud de motivación de la adjudicación y ese mismo día se presentó el recurso en el Registro de este Tribunal, por lo que no es previsible, ante la

simultaneidad de fechas, que la recurrente formalizara su impugnación con previo conocimiento de la motivación de la adjudicación solicitada. Además, así se constata en el escrito de recurso, donde se alega como primer motivo ese desconocimiento que le ha causado indefensión y se combate la adjudicación sin poder atacar las razones que han determinado la misma.

Ciertamente, como indica el órgano de contratación, el 80% de la ponderación correspondía a criterios de adjudicación de evaluación automática donde la puntuación de la oferta depende únicamente de la aplicación de la fórmula descrita en el pliego. No obstante, el criterio denominado “valoración funcional del producto” sí es evaluable mediante un juicio de valor y su ponderación alcanza hasta el 20% de la puntuación total. Además, la mayor o menor puntuación asignada en este criterio puede determinar la adjudicación del contrato a una u otra empresa, por lo que la justificación y motivación de la puntuación en el criterio en cuestión no sólo es que sea obligatoria legalmente, sino que además es de suma relevancia en este caso.

En definitiva, la motivación es el presupuesto necesario e ineludible para poder combatir la adjudicación por la puntuación asignada en los criterios de adjudicación y para ejercer con garantías el derecho de defensa. Por tanto, su ausencia es el criterio al que se acoge este Tribunal para estimar el recurso, entendiendo que la falta de motivación ha originado indefensión al recurrente y determina la nulidad de la resolución de adjudicación -en lo que se refiere a las agrupaciones 6 y 7 del contrato- por aplicación de lo dispuesto en los artículos 151.4 del TRLCSP y 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 32 a) del TRLCSP y 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Asimismo, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 35 del TRLCSP en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad del acto de adjudicación cuando ya está formalizado el contrato.

Por otro lado, procede indicar que la contestación del órgano de contratación a la recurrente en respuesta a su solicitud de motivación y que aquélla no llegó presumiblemente a conocer antes de la presentación del recurso no puede suplir, una vez declarada la nulidad de la adjudicación, la motivación de ésta en los términos expuestos.

Finalmente, el defecto de nulidad apreciado impide entrar en el análisis de los restantes motivos del recurso, pues se ha de entender que la falta de motivación ha impedido al recurrente la interposición de un recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación en los términos del citado artículo 151.4 del TRLCSP.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOHNSON & JOHNSON, S.A** contra la resolución, de 11 de octubre de 2012, del Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén perteneciente al Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudican las agrupaciones 6 y 7 del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares”, declarando la nulidad de la misma en lo relativo a la adjudicación de las mencionadas agrupaciones y acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su emisión, a fin de que se dicte otra nueva donde se motiven suficientemente las puntuaciones asignadas a las ofertas en

los distintos criterios de adjudicación y se proceda a su notificación en los términos legales.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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.

LA PRESIDENTA