



Recurso nº 644/2024 C. Valenciana 144/2024

Resolución nº 847/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, 4 de julio de 2024

VISTO el recurso interpuesto por D. P. J. S. S., en representación de AJL OPHTALMIC, S.A., contra el acuerdo de adjudicación de los lotes 1 y 7 del Acuerdo Marco “*Suministro respetuoso con el medio ambiente de viscoelásticos para intervenciones de oftalmología con destino a los centros del ámbito de la sanidad pública valenciana*” con expediente 234/2023, convocado por la Subsecretaría de la Consejería de Sanidad y Salud Pública de la Generalitat Valenciana; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Sanidad y Salud Pública de la Generalitat Valenciana convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de junio de 2023, Acuerdo Marco de “*Suministro respetuoso con el medio ambiente de viscoelásticos para intervenciones de oftalmología con destino a los centros del ámbito de la sanidad pública valenciana*” con expediente 234/2023, 11 lotes, siendo la fecha de finalización de presentación de ofertas el 3 de julio de 2023, a las 14 horas. El anuncio fue enviado al DOUE para su publicación en fecha 1 de junio de 2023. El valor estimado del Acuerdo Marco ascendía a 5.448.512 euros.

El apartado 18 del del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), señala que:

“Todos los adjudicatarios del Acuerdo Marco lo serán también de los contratos basados en el mismo, puesto que la contratación basada en el presente Acuerdo Marco no

requiere licitación posterior al estar todos los términos materiales y económicos, definidos en el mismo.

Los contratos basados en este Acuerdo Marco se configuran en forma de peticiones, de acuerdo con lo establecido en el art. 221 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La elección de uno u otro adjudicatario de los que figuren en el mismo Lote se hará de conformidad con el procedimiento recogido a continuación:

Tras la adjudicación del Acuerdo Marco, se establecerá una prelación de adjudicatarios para cada uno de los lotes, teniendo en cuenta la puntuación total obtenida, que justificará la elección del adjudicatario a los efectos de los contratos basados a celebrar.

Las peticiones se harán por el orden y de conformidad con los siguientes criterios:

- 1. Prelación en el orden de adjudicación del Acuerdo Marco. Se realizará la petición a la empresa contratista clasificada en primer lugar.*
- 2. Desabastecimiento del producto por la empresa adjudicataria situada en primer lugar, en este supuesto se realizará la petición a la empresa situada en la posición inmediatamente posterior y así sucesivamente según el orden de prelación de la adjudicación del Acuerdo Marco.*

La situación de desabastecimiento deberá ser declarada por la unidad encargada de la ejecución y seguimiento del contrato basado aportando la notificación de la empresa o documentos que justifiquen que el incumplimiento. Cuando se declare una situación de desabastecimiento, se procederá a la cancelación de los pedidos realizados y no suministrados de conformidad”.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de acuerdo con los preceptos de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La adjudicación del Acuerdo Marco implica, conforme al apartado 18 del Cuadro de Características del PCAP, no impugnado y transcrito en el fundamento fáctico previo, que los adjudicatarios del mismo lo sean también de los contratos basados, sin que la adjudicación de tales

contratos basados exija licitación posterior, estableciendo el órgano de contratación de manera directa, tras la adjudicación del Acuerdo Marco, una prelación de adjudicatarios para cada uno de los lotes, que justificará la elección del adjudicatario a efectos de los contratos basados a celebrar. Para la adjudicación del Acuerdo Marco y, por tanto, de los contratos basados, se prevé la utilización de un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.

En concreto, el cuadro de características del PCAP, expresa, en su apartado 14, que los criterios valorables de forma automática tendrían una puntuación de 55 puntos, oferta económica 45 puntos, y criterios técnicos automáticos, 10 puntos. En lo que al objeto del recurso interesa, el apartado 12.1 del Cuadro de Características del PCAP preveía como criterio de valoración automática la *“temperatura de almacenamiento”* del viscoelástico a suministrar, señalando la atribución de seis puntos a las ofertas que propusieran una temperatura de almacenamiento superior o igual a ocho grados centígrados y de cero puntos a aquellas ofertas que propusieran una temperatura de almacenamiento inferior a 8 grados centígrados.

3.- Calidad técnica mediante valoración objetiva	0 a 10	Sobre 3
3.1. Temperatura de almacenamiento - > 8°C 6 puntos - < 8°C 0 puntos	0 a 6	Sobre 3

En cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor, se preveía la valoración hasta un total de 45 puntos.

Tercero. En fecha 5 de julio de 2023, según consta en acta de tal fecha, se reúne la mesa de contratación y, tras la comprobación de la documentación administrativa presentada, procede a la admisión de catorce de las empresas licitadoras presentadas a la convocatoria, otorgando plazo para subsanar a otras cuatro empresas concurrentes, por advertir en la documentación administrativa presentada por estas, defectos materiales susceptibles de subsanación.

En fecha 12 de julio de 2023, reunida la mesa de contratación, se decide la admisión de las cuatro empresas requeridas para subsanar, una vez advertida la enmienda de los errores apreciados, y a la apertura del archivo electrónico que contiene la oferta relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, acordando la remisión de tal documentación para informe de valoración por los técnicos. Consta en el expediente remitido el referido informe que incluye el desglose de la puntuación otorgada. A la vista del referido informe, la mesa de contratación, en sesión de fecha 6 de noviembre de 2023, admite la valoración y otorga puntuación a las licitadoras, procediendo a la apertura del sobre con la oferta a valorar conforme a criterios automáticos, que se remite al personal técnico para su correspondiente valoración.

El acta de la sesión celebrada por la mesa de contratación en fecha 28 de marzo de 2024, anexa el referido informe técnico, que es aprobado por la mesa de contratación, eleva propuesta de adjudicación, en relación con las empresas que reúnen las condiciones requeridas en el PCAP para la suscripción del Acuerdo Marco, entre las que se encuentra la recurrente. El acta procede, además, en cumplimiento de lo preceptuado en el apartado 18 del cuadro de características del PCAP, a la clasificación de los adjudicatarios en relación con los distintos lotes en orden a su posterior adjudicación, y sitúa, en lo relativo al lote 1, a la mercantil BAUSCH&LOMB, S.A. como mejor puntuada, con un total de 93 puntos y, a continuación, AJL OPHTALMIC, S.A hoy recurrente, con un total de 88 puntos. En cuanto al lote 7, figura en el acta de sesión de la mesa de contratación de fecha 24 de enero de 2024, la mercantil BAUSCH&LOMB, S.A., con un total de 92 puntos, siendo la hoy recurrente, AJL OPHTALMIC, S.A. la segunda clasificada, con un total de 88 puntos.

Cuarto. En fecha 19 de abril de 2024, de conformidad con la propuesta de adjudicación, se dicta por el órgano de contratación resolución de adjudicación, que constituye el objeto del presente recurso. En la misma se resuelve adjudicar el Acuerdo Marco *“Suministro respetuoso con el medio ambiente de viscoelásticos para intervenciones de oftalmología con destino a los centros del ámbito de la sanidad pública valenciana”* con expediente 234/2023 a las empresas relacionadas, entre las que se encuentra la recurrente, estableciendo la propia resolución en su Anexo I, conforme a lo establecido en el apartado 18 del cuadro de características del PCAP, una prelación de

adjudicatarios para cada uno de los lotes, que justificará la elección del adjudicatario en el contrato basado a celebrar y determinará que la petición se realice a la empresa clasificada en primer lugar. En tal anexo figura, como primera clasificada para los lotes 1 y 7, y, por tanto, como empresa elegida como adjudicataria a los efectos de los contratos basados a celebrar, BAUSCH&LOMB, S.A., apareciendo como clasificada en segundo lugar, en ambos lotes, la mercantil recurrente AJL OPHTALMIC, S.A.

Quinto. Con fecha 13 de mayo de 2024, se interpone recurso especial de contratación por D. P. J. S. S., en representación de AJL OPHTALMIC, S.A., contra *“la resolución de Adjudicación del lote nº 1 y 7”* del Acuerdo Marco referido.

Sexto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en material contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC).

Séptimo. Pendiente de resolución el recurso, la Secretaria del Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, dio traslado el 23 de mayo de 2024, del recurso a los restantes interesados, a los que se refiere la recurrente en su escrito de recurso discutiendo la puntuación por ellos obtenida, para que en el plazo de cinco días hábiles presentaran alegaciones. En fecha 29 de mayo de 2024, la mercantil BAUSCH&LOMB, S.A, adjudicataria de los lotes en controversia, presentó alegaciones solicitando la íntegra desestimación del recurso. En fecha 29 de mayo de 2024, presentó alegaciones al recurso la mercantil CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A, que, igualmente, se opone al recurso especial interpuesto.

Octavo. Con fecha 29 de mayo de 2024, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, ha acordado mantener la suspensión de los lotes 1 y 7 del procedimiento de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Noveno. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el RPERMC.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para el conocimiento y la resolución del recurso corresponde a este Tribunal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.2 LCSP y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. Estamos en presencia de un acuerdo marco de los previstos en el artículo 219 LCSP con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el contrato es susceptible de impugnarse por la vía del recurso especial en materia de contratación, según lo previsto en el artículo 44.1 b), en relación con el apartado a) de la LCSP.

En cuanto al acto que se recurre, se trata de la resolución de 19 de abril de 2024, dictada por el Director General de Gestión Económica, Contratación e Infraestructuras de la Generalitat Valenciana por el que se adjudica el acuerdo marco del que venimos haciendo referencia en esta resolución compuesto por 11 lotes, siendo la adjudicación de los 1 y 7, los que son objeto de este recurso. Por tanto, se trata de un acto expresamente contemplado en el artículo 44.2 c) LCSP como susceptible de este recurso especial.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles que señala el artículo 50 LCSP, a contar desde el día siguiente a aquel en que se notificó la adjudicación del contrato, siendo notificado en fecha 25 de abril de 2024, habiendo sido interpuesto el recurso en fecha 13 de mayo de 2024.

Cuarto. La recurrente, la mercantil AJL OPHTALMIC, S.A., en cuya representación actúa D. P. J. S. S., conforme al poder otorgado, goza de legitimación para la defensa

ante este Tribunal conforme al artículo 48 LCSP, como mercantil que ha concurrido a la licitación, que ha resultado seleccionada por cumplir con los requisitos previstos en el Acuerdo Marco y cuya oferta, para el lote 1 y 7 del mismo, ha sido clasificada en segundo lugar, lo que incidirá en el orden de prelación para la adjudicación del contrato basado a celebrar.

En este sentido, el cuadro de características del PCAP señala en su apartado 18 que:

“18. PROCEDIMIENTO PARA LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS BASADOS EN EL ACUERDO MARCO:

Todos los adjudicatarios del Acuerdo Marco lo serán también de los contratos basados en el mismo, puesto que la contratación basada en el presente Acuerdo Marco no requiere licitación posterior al estar todos los términos materiales y económicos, definidos en el mismo.

Los contratos basados en este Acuerdo Marco se configuran en forma de peticiones, de acuerdo con lo establecido en el art. 221 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La elección de uno u otro adjudicatario de los que figuren en el mismo Lote se hará de conformidad con el procedimiento recogido a continuación:

Tras la adjudicación del Acuerdo Marco, se establecerá una prelación de adjudicatarios para cada uno de los lotes, teniendo en cuenta la puntuación total obtenida, que justificará la elección del adjudicatario a los efectos de los contratos basados a celebrar.

Las peticiones se harán por el orden y de conformidad con los siguientes criterios:

- 1. Prelación en el orden de adjudicación del Acuerdo Marco. Se realizará la petición a la empresa contratista clasificada en primer lugar.*
- 2. Desabastecimiento del producto por la empresa adjudicataria situada en primer lugar, en este supuesto se realizará la petición a la empresa situada en la posición inmediatamente posterior y así sucesivamente según el orden de prelación de la adjudicación del Acuerdo Marco.*

La situación de desabastecimiento deberá ser declarada por la unidad encargada de la ejecución y seguimiento del contrato basado aportando la notificación de la empresa o documentos que justifiquen que el incumplimiento. Cuando se declare una situación de desabastecimiento, se procederá a la cancelación de los pedidos realizados y no suministrados de conformidad”.

La recurrente no ha resultado adjudicataria de los lotes 1 y 7, pero, sin embargo, ha sido preseleccionada en segundo lugar en ambos lotes, por lo tanto, conforme resulta del apartado del PCAP transcrito, dado que las peticiones de suministros se realizan a los adjudicatarios de los lotes del acuerdo marco (no hay contratos basados conforme dispone el propio pliego) y sólo en el caso de que los adjudicatarios no tengan los productos objeto de los lotes, se puede solicitar a la empresa seleccionada en segundo lugar, es evidente el interés de la recurrente en recurrir la adjudicación de los dos lotes, pues si se estima su pretensión consistente en que se puntúen en un criterio de adjudicación automático a las adjudicatarias con 0 puntos, con ello pasaría a ser la primera clasificada en ambos lotes y con ello tendría claras expectativas de resultar nueva adjudicataria de los lotes 1 y 7. En este sentido, ha quedado de manifiesto que es al adjudicatario al que según el PCAP se le han realizar las peticiones y a los segundos y sucesivos sólo en el caso de que se produzca un desabastecimiento por parte del adjudicatario.

Quinto. La recurrente alega, en su escrito de recurso, la incorrecta valoración efectuada del criterio automático relativo a la temperatura de almacenamiento de los bienes a suministrar. En desarrollo de su pretensión relativa a la revisión del criterio de valoración automática de temperatura de almacenamiento, se limita a referir que en el anexo de oferta económica presentada indicó que la temperatura de almacenamiento de los bienes que ofertaba se encontraba entre 2 y 28 grados centígrados, obteniendo una valoración de cero puntos en tal criterio. Añade que considera que las ofertas aportadas por las empresas BAUSCH&LOMB, S.A., CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A. y AST VISION CARE, S.A. no se ajustan al requisito exigido por el pliego para la obtención de seis puntos: que la temperatura de almacenamiento resultara superior a 8°C, al haber ofertado temperaturas iguales o inferiores a 8°C ($\geq 8^{\circ}\text{C}$), debiendo haber sido valoradas con cero puntos.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación señala en su informe que para la valoración del criterio *“temperatura del almacenamiento”*, *“solo se ha tenido en consideración la información contenida en el ANEXO OFERTA – ECONÓMICA”*, añadiendo que las fichas técnicas *“no han sido tenidas en cuenta en la valoración del criterio recurrido, aunque sí es cierto que los datos indicados por algunas de las empresas licitadoras eran indeterminados para su valoración, como ocurría en el caso de la recurrente, que para este criterio concreto indicaba que la temperatura de almacenaje era 2°C – 28°C, por lo que no permitía una valoración objetiva, ante lo cual, y basándonos en el principio de homogeneidad, se decidió otorgar a todos los licitadores que indicaban este tipo de datos una puntuación de 0 puntos, dotando a esta licitación de la transparencia que rige el marco legislativo contractual”*. Concluye exponiendo *“que la valoración efectuada para los criterios de calidad automáticos, en concreto la temperatura de almacenamiento, se ha ejercido con estricta sujeción al principio de legalidad, en uso del principio de racionalidad y con coherencia, y que es razonable, ya que se ha ajustado a los términos del pliego técnico que rige la licitación y a los requisitos formales de competencia y procedimiento, respetando en todo caso, los principios rectores de la contratación pública, principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos”*.

Séptimo. En cumplimiento del trámite otorgado, han presentado alegaciones dos mercantiles que concurrieron a la licitación. En primer lugar, la mercantil BAUSCH&LOMB, S.A., primera clasificada para los lotes 1 y 7, quien incide en la corrección de las puntuaciones otorgadas. Así, en relación con el lote 7, respecto del que ha sido admitido el recurso refiere que: *“en el documento 4 “Anexo datos logísticos” si la Recurrente ha expresado una temperatura de almacenamiento entre 2°C y 28°C, ha obtenido una puntuación de 0 puntos de acuerdo con el criterio evaluable de forma automática, que puntúa con 0 puntos, a aquellos productos cuya temperatura de conservación sea inferior a los 8 grados centígrados”* concluyendo que *“las puntuaciones otorgadas por el Órgano de Contratación son correctas y se han realizado de acuerdo con lo expuesto en el criterio automático”*.

También han sido presentadas alegaciones por la mercantil CARLS ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., interesando la desestimación del recurso por entender que se han valorado correctamente.

Octavo. Delimitado el objeto de la controversia y expuestos los argumentos tanto de la recurrente, como del órgano de contratación, y de los demás interesados, para su resolución, centrada en la puntuación otorgada por valoración de un criterio automático, debemos partir del tenor literal del PCAP que se establecen en el apartado 12.1. del cuadro de características del anexo I del PCAP:

“3.- Calidad técnica mediante valoración objetiva	0 a 10	Sobre 3
3.1. Temperatura de almacenamiento		
- > 8 °C	6 puntos	0 a 6
- < 8 °C	0 puntos”	sobre 3

El apartado 13 del cuadro de características exigía la presentación en el sobre 3 de un anexo de “Datos logísticos” y de “Oferta Económica” que deberían presentarse en PDF firmados electrónicamente y también en formato Excel y eran los datos consignados en el anexo de oferta económica los que eran tomados en cuenta para valorar el criterio en controversia, pues el pliego no exigía se aportara documentación acreditativa justificativa de lo expresado.

Comprobados los anexos presentados por la adjudicataria de los lotes 1 y 7 (BAUSCH LOMB), tanto el de la “oferta económica” como el de los “datos logísticos” se comprueba que para el lote 1, en el primero de los anexos, la citada empresa consignaba que la temperatura de almacenamiento era superior a 8°C (incluso en el anexo de “Datos logísticos se aportaba la ficha técnica que detallaba que incluso podía alcanzar temperaturas de almacenamiento incluso iguales a 25°C), de ahí que obtuviera el máximo de puntuación prevista de 6 puntos. Sin embargo, para el lote 7, consignó que la temperatura era igual o inferior a 8°C, de ahí que con lo dispuesto en el criterio obtuviera 0 puntos, aunque por el juego de la puntuación de los otros criterios de adjudicación resultara adjudicataria también en dicho lote.

Por tanto, este Tribunal nada tiene que objetar a la valoración efectuada por el órgano de contratación en el criterio de adjudicación en controversia con respecto a la adjudicataria en los lotes 1 y 7, que son los que se discuten, por lo que procede la confirmación de la adjudicación efectuada y con ello la desestimación del recurso.

Por su parte, la recurrente AJL OPHTALMIC, S.A., clasificada en segundo lugar, ofertó en los lotes 1 y 7 una temperatura de almacenamiento de entre 2 y 28 grados. Se advierte, por tanto, indubitado que la temperatura de almacenamiento de los bienes a suministrar ofertados no resultaba superior a ocho grados centígrados, pues la indeterminación del abanico ofertado comprendía temperaturas sin duda inferiores a la prevista como límite para la obtención de la puntuación, lo que justifica que resultaran otorgados cero puntos, no habiendo ofrecido argumento o prueba alguna para justificar que a pesar del rango de temperaturas ofertado era merecedora de obtener 6 puntos, cuando, además, su oferta comprende al mismo tiempo los dos parámetros de valoración establecidos en el PCAP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P. J. S. S., en representación de AJL OPHTALMIC, S.A., contra el acuerdo de adjudicación de los lotes 1 y 7 del Acuerdo Marco *“Suministro respetuoso con el medio ambiente de viscoelásticos para intervenciones de oftalmología con destino a los centros del ámbito de la sanidad pública valenciana”* con expediente 234/2023, convocado por la Subsecretaría de la Consejería de Sanidad y Salud Pública de la Generalitat Valenciana.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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

LOS VOCALES