



Recurso nº 1345/2024

Resolución nº 1643/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de diciembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.P.D., en nombre y representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra la resolución de adjudicación del contrato de “*Suministro de material de artroscopia para el Instituto de Traumatología de Unión de Mutuas*”, con expediente n.º 25/2024, convocado por la Dirección Gerencia de Unión de Mutuas, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social n.º 267, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 11 de agosto 2024 se publicó el correspondiente anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, fijándose como término para la presentación de ofertas el 25 de agosto de 2024 a las 23.59 horas.

Segundo. El contrato se licitó por un valor estimado de 2.586.364 euros, con un plazo máximo de ejecución de 1año.

El contrato se adjudicará por los trámites del procedimiento abierto regulado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP)

El presupuesto base de licitación es de 736.329,00 euros con impuestos incluidos.

Tercero. El contrato de servicios está sujeto a regulación armonizada y su objeto es el suministro de material de artroscopia para el Instituto de Traumatología de Unión de Mutuas, MCSS n.º 267.



Cuarto. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, se han presentado las siguientes empresas:

1. ARTHREX ESPAÑA, S.L.
2. BIOTECNIA SANITARIA S.L.U.
3. SMITH&NEPHEW S.A.U.

Quinto. Con fecha 26 de agosto de 2024 se procede a la apertura de la documentación administrativa presentada por las empresas. Examinada por los miembros de la mesa de contratación la documentación administrativa presentada por los licitadores, se admiten a todos los licitadores excepto a ARTREX ESPAÑA, S.L. a quien se requiere para aportar de nuevo la documentación relativa al DEUC debidamente cumplimentado.

Tras la subsanación producida por ARTREX se admiten todas las empresas.

Sexto. Con fecha 26 de agosto de 2024, se constituye la mesa de contratación, al objeto de proceder la apertura de las ofertas relativas a los juicios de valor y su correspondiente valoración.

Tras el análisis de la documentación presentada, se otorga la siguiente puntuación:

ARTHREX ESPAÑA, S.L.:

- Muestras - Calidad acabados y facilidad limpieza Puntuación: 10
- Muestras - ergonomía y facilidad de uso Puntuación: 15
- Muestras - Calidad imagen equipos Puntuación: 10

BIOTECNIA SANITARIA, S.L.U.:

- Muestras - Calidad acabados y facilidad limpieza Puntuación: 5
- Muestras - ergonomía y facilidad de uso Puntuación: 5



- Muestras - Calidad imagen equipos Puntuación: 6.

SMITH&NEPHEW, S.A.U.:

- Muestras - Calidad acabados y facilidad limpieza Puntuación: 5
- Muestras - ergonomía y facilidad de uso Puntuación: 5
- Muestras - Calidad imagen equipos Puntuación: 4

Séptimo. Reunida de nuevo la mesa en fecha 5 de septiembre al objeto de proceder a la apertura de los criterios evaluables automáticamente, y efectuar la propuesta adjudicación, una vez remitida la información por el equipo técnico, éste otorgó la siguiente valoración a las proposiciones técnicas de acuerdo con los criterios del PCAP:

ARTHREX ESPAÑA, S.L.:

- Oferta económica - Valor aportado por la mesa: 506.085 € Puntuación: 45
- Técnico responsable del material en depósito - Puntuación: 10
- Técnico de apoyo en intervenciones - Puntuación: 10

BIOTECNIA SANITARIA, S.L.U.:

- Oferta económica - Valor aportado por la mesa: 534.175 € Puntuación: 42.63
- Técnico responsable del material en depósito - Puntuación: 10 - Técnico de apoyo en intervenciones - Puntuación: 10

SMITH&NEPHEW, S.A.U.:

- Oferta económica - Valor aportado por la mesa: 584.980 € Puntuación: 38.93 - Técnico responsable del material en depósito - Puntuación: 10
- Técnico de apoyo en intervenciones - Puntuación: 10



Según esto, y de conformidad con lo dispuesto en el del pliego de cláusulas administrativas particulares, los miembros de la mesa de contratación acuerdan la siguiente lista ordenada de manera decreciente de acuerdo con las puntuaciones obtenidas por los licitadores en las diferentes fases:

Orden: 1 ARTHREX ESPAÑA, S.L. - Propuesto para la adjudicación

Total criterios CJV: 35 Total criterios CAF: 65 Total puntuación: 100

Orden: 2 BIOTECNIA SANITARIA, S.L.U.

Total criterios CJV: 16 Total criterios CAF: 62.63 Total puntuación: 78.63

Orden: 3 SMITH&NEPHEW, S.A.U.

Total criterios CJV: 14 Total criterios CAF: 58.93 Total puntuación: 72.93

De conformidad con la valoración anterior, la mesa propone como adjudicatario a ARTHREX ESPAÑA, S.L. y le requiere la documentación necesaria para poder formalizar el contrato.

Octavo. Conforme a la cláusula 22. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN del PCAP:

<i>"CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN</i>	<i>PUNTOS</i>
<i>Oferta económica</i>	<i>45 puntos</i>
<i>Oferta técnica cuantificable mediante fórmulas automáticas</i>	
<i>Técnico de apoyo (hasta 20 puntos)</i>	
<i>Presente en las intervenciones quirúrgicas</i>	<i>10 puntos</i>
<i>Responsabilidad del material en depósito</i>	<i>10 puntos</i>
<i>Oferta técnica cuantificable mediante juicio de valor</i>	



<i>“CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN</i>	<i>PUNTOS</i>
<i>Muestras: cajas de instrumental y equipos cedidos (hasta 35 puntos)</i>	
<i>Ergonomía y facilidad de uso</i>	<i>15 puntos</i>
<i>Calidad de acabados y facilidad de limpieza</i>	<i>10 puntos</i>
<i>Calidad de imagen de los equipos</i>	<i>10 puntos</i>

Oferta técnica cuantificable mediante juicio de valor

Para la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor, el licitador deberá presentar muestra de cada una de las cajas ofertadas de instrumental, y una muestra de los equipos a ceder.

La entrega de las muestras deberá realizarse, dentro del plazo establecido para la recepción de ofertas, en el Instituto de Traumatología de Unión de Mutuas (Avenida Lidón, 67, esquina c/ Juan de Herrera, 26. 12004. Castelló de la Plana), a la atención de P.B.

Ergonomía y facilidad de uso (hasta 15 puntos)

Se valorará la ergonomía y facilidad de uso de los materiales objeto de contrato. Para esta valoración, se hará una “valoración a ciegas” en la que el personal sanitario de quirófano que utilizará el material a suministrar en su día a día, probará y analizará los materiales ofertados sin conocer la identidad el licitador que lo facilita, y posteriormente asignará la puntuación que considere oportuna, teniendo en cuenta la ergonomía de los instrumentos y su facilidad de uso.

El personal técnico encargado de esta valoración puntuará cada muestra con hasta 15 puntos y, posteriormente, para calcular la puntuación definitiva, se realizará una media aritmética de todas las puntuaciones obtenidas por cada licitador.

Calidad de acabados y facilidad de limpieza (hasta 10 puntos)



Se valorará la calidad de los acabados de los artículos ofertados, así como la facilidad de limpieza de los mismos, a juicio del personal técnico de Unión de Mutuas como futuros usuarios. Del mismo modo que en el criterio anterior, para la valoración de las muestras se llevará a cabo una “valoración a ciegas”, se analizarán los materiales ofertados y posteriormente se asignará la puntuación que se considere oportuna.

Cada muestra se puntuará con hasta 10 puntos y, posteriormente, para calcular la puntuación definitiva, se realizará una media aritmética de todas las puntuaciones obtenidas por cada licitador.

Calidad de imagen de los equipos (hasta 10 puntos)

Se valorará con hasta 10 puntos la calidad de imagen de los equipos en cesión ofertados.

Para la valoración de los equipos, el personal técnico usuario de los mismos probará los equipos y analizará la calidad de las imágenes que estos ofrecen. Posteriormente valorará y puntuará a su juicio, con hasta 10 puntos, cada uno de los equipos ofertados. Posteriormente se realizará una media aritmética de todas las puntuaciones de cada licitador para calcular la puntuación definitiva en este criterio.

II. Oferta técnica cuantificable mediante fórmulas automáticas (20 puntos) Técnico de apoyo presente en las intervenciones quirúrgicas (10 puntos)

Se otorgarán 10 puntos al licitador que ofrezca la posibilidad de disponer de un técnico de apoyo en las cirugías de artroscopia que se realicen en Unión de Mutuas.

Técnico de apoyo responsable del material en depósito (10 puntos)

Se otorgarán 10 puntos a aquellos licitadores que ofrezcan la disponibilidad de un técnico que se encargue de controlar el stock del material en depósito, vigilar las fechas de caducidad, comprobar el buen estado de los mismos y llevar a cabo la gestión de las pertinentes reposiciones.



Todas aquellas ofertas que no alcancen una puntuación mínima del 50% en la suma de la puntuación de los criterios técnicos evaluables mediante juicios de valor y los criterios técnicos evaluables mediante fórmulas, quedarán excluidas de la evaluación económica.

III. Oferta económica

Se otorgará la máxima puntuación a la oferta más económica, no considerada oferta anormalmente baja, y se realizará el cálculo de la puntuación de las restantes ofertas presentadas aplicando la siguiente fórmula.

$$\text{Puntuación} = O_e \cdot 45 / O$$

O_e = Oferta más baja presentada

O = Oferta a valorar

X= Puntuación de la oferta económica”.

Noveno. Con fecha 16 de septiembre de 2024 se dicta por el órgano de contratación resolución de adjudicación del contrato a favor de AERTREX ESPAÑA, S.L., por un importe de 2.024.340,00 euros.

Esta resolución se notifica a todos los licitadores el 17 de septiembre.

Décimo. Con fecha 7 de octubre de 2024 se ha presentado recurso especial en materia de contratación en el que se solicita:

“(I) *Que, tenga por presentado este escrito que constituye Recurso Especial en Materia de Contratación Administrativa contra la Adjudicación del Expediente Nº 25/2024.*

(II) *Que, se declare la nulidad o anulabilidad del procedimiento de selección del contratista, en atención a la errónea aplicación del sistema de valoración de los criterios de adjudicación referidos en el Fundamento de Derecho Primero respecto de todas las*



ofertas presentas y ante imposibilidad de retrotraer actuaciones para realizar una nueva valoración de los criterios subjetivos de valoración al conocerse a qué marca comercial corresponde cada muestra siendo imposible realizar una “valoración a ciegas” y también conocer las ofertas relativas a criterios objetivos de valoración.

(III) Subsidiariamente, y en el improbable caso de que no se atienda la solicitud anterior, se solicita que se retrotraigan actuaciones al momento anterior al de valoración de las ofertas para que se realice una valoración en atención a las exigencias de los pliegos rectores del procedimiento”.

Undécimo. Ha emitido informe en relación con el recurso especial presentado el órgano de contratación, quien solicita la inadmisión o, en su defecto, la desestimación de las pretensiones formuladas por la recurrente en el sentido que se hará constar a lo largo de la presente resolución.

Duodécimo. Interpuesto el recurso, la secretaria general del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 7 de octubre 2024 acordando acordó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación, conforme al artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que en principio es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.1 y 47.1 de la LCSP y 22.1.1º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC).

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recurso especial conforme al artículo 44.1 letra a, al tratarse de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, e interponerse frente a un acto susceptible de impugnación ex artículo 44.2.c) LCSP.



Tercero. A tenor del artículo 50.1 de la LCSP:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: (...) d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Vistas las fechas del recurso, esto es, acto notificado el 17 de septiembre e interposición el 7 de octubre de 2024, este se ha interpuesto en el plazo de 15 de hábiles que ordena la ley.

Cuarto. Por lo que se refiere a la legitimación, el recurrente ha presentado oferta en el procedimiento de contratación y ha quedado clasificado en tercer lugar. Es por esta razón por la que el órgano de contratación considera que debe inadmitirse el recurso pues una eventual estimación de sus pretensiones en ningún caso reportaría al recurrente ventaja o utilidad de ningún tipo.

Para decidir si el recurrente tiene legitimación para interponer el recurso especial, debemos partir de lo señalado en el artículo 48 LCSP, conforme al cual:

“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Este Tribunal viene sosteniendo la falta de legitimación del tercer clasificado, siempre y cuando este *“no impugne con visos de prosperabilidad la admisión del licitador que ha resultado segundo clasificado”*. Así, lo señalamos en la Resolución nº 395/2019, con cita a su vez de la Resolución nº 1252/2018, que a su vez recoge la Resolución nº 879/2018, que destaca:

«Como tiene declarado con reiteración este Tribunal, la falta de un beneficio directo en la recurrente de estimarse sus pretensiones debe conducir a afirmar su falta de legitimación.

En efecto, como se ha señalado en la Resolución de este Tribunal 881/2015, de 25 de septiembre: “es doctrina constante y consolidada que solo cabe predicar legitimación para la impugnación del acuerdo de adjudicación a aquellos licitadores que pudieran obtener un beneficio concreto en caso de una eventual estimación del recurso. De este modo se ha negado la existencia de legitimación para recurrir al licitador excluido para recurrir contra el acuerdo de adjudicación (resolución nº 778/2014), salvo que solicite la nulidad del procedimiento y exista una expectativa fundada de que el órgano de contratación lo licitará nuevamente (resolución 357/2014).

También se ha negado la legitimación al clasificado en tercer o posteriores lugares (resolución 740/2015), salvo que recurra igualmente la admisión a licitación de todos los que se encuentran en las posiciones anteriores a la suya propia (resolución del TACP Madrid 3/2014)”

Igual doctrina recoge la Resolución 554/2018 al señala que: “Cuestiona ... en sus alegaciones la legitimación del recurrente, dado que fue el último clasificado. Tal y como ha señalado este Tribunal en doctrina unánime y ya consolidada, la legitimación del recurrente debe basarse en la existencia de un interés legítimo y directo, es decir, en la expectativa de obtener un beneficio o evitar un perjuicio como consecuencia de la estimación de las pretensiones ejercitadas en el recurso, beneficio o perjuicio que han de ser concretos y no meramente hipotéticos o futuros y que en ningún caso pueden tener por objeto la mera defensa de la legalidad del procedimiento.

Por tal motivo, la legitimación de quien ha quedado clasificado en último lugar, como ocurre en el presente caso, solo resulta admisible cuando la estimación del recurso daría lugar a que su valoración superara a la del primer clasificado, es decir, quedara su propia valoración situada en primer lugar (resoluciones nº 740/2015 o 656/2015, y las que en ellas se citan).

Doctrina que recoge la ya expuesta en la Resolución nº 226/2015 que dice:

“Como ha señalado ya este Tribunal en resoluciones anteriores, entre ellas, la 226/2012 relativa al recurso 207/2012, para determinar si la recurrente se halla o no legitimada para interponer recurso, debe, antes, analizarse su relación con respecto al propio objeto del

recurso y al resultado final del procedimiento de adjudicación. Para precisar el alcance del 'interés legítimo' ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. Y, respecto al interés legítimo, en la misma resolución, se afirmaba, citando otra previa del propio Tribunal (la nº 290/2011), que: 'Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejerce la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética'. En este sentido, debemos recordar que, tal como hemos expuesto en el antecedente cuarto anterior, la oferta formulada por la recurrente 'ELSAMEX, S.A.' resultó clasificada en tercer lugar, lo que supone que, de anularse la adjudicación en favor de la primera clasificada 'ELEC NOR', la adjudicación del contrato se produciría en favor del segundo clasificado que es una empresa distinta de 'ELSAMEX, S.A.' No pueden, pues, admitirse las pretensiones de la empresa recurrente, ya que, como hemos señalado, el interés legítimo que se exige para apreciar la legitimación activa consiste en 'la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética' y, en el caso que nos ocupa, el beneficio perseguido por la recurrente no es otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible, en cuanto que la misma ha resultado clasificada en tercer lugar, con lo que, aun en caso de prosperar su recurso, no podría resultar, en ningún caso, adjudicataria del contrato. Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la recurrente no obtendrá beneficio inmediato o cierto alguno, de una eventual estimación de su recurso, ya que no podría resultar, en modo alguno, adjudicataria del contrato, de ahí que la misma carezca de interés legítimo para recurrir, puesto que no ostenta un interés legítimo concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación del recurso"».

Dicha doctrina se ha visto respaldada por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 317/2024, de 27 de febrero de 2024, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en la cual se recoge lo argumentado en



la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional nº 67/2010, de 18 de octubre de 2010. En ella, se establece que el beneficio pretendido puede ser presente o futuro, pero siempre ha de ser cierto y automático, en el sentido de producirse directamente tras la estimación del recurso. Ello no sucede obviamente, cuando el recurso se dirige exclusivamente contra la clasificada en primer lugar y no contra las intermedias entre esta y la recurrente, ya que serían aquellas, las directamente beneficiadas con la estimación del recurso.

En el caso que nos ocupa, la recurrente ha participado en la licitación, resultando clasificada en tercera posición en el acuerdo de adjudicación que impugna. Funda su recurso en errores en la valoración de las muestras, al no haberse ajustado el procedimiento a lo determinado en el pliego, que determinarían la nulidad o anulabilidad de todo el procedimiento.

Con carácter subsidiario, solicita que se retrotraigan actuaciones al momento anterior al de valoración de las ofertas para que se realice una valoración en atención a las exigencias de los pliegos rectores del procedimiento, circunstancia en la que se funda su expectativa de obtener una valoración que le permitiera optar a ser adjudicataria del contrato. Ello, unido al principio *pro actione* (Sentencia TC nº 112/2019), conduce a reconocerle legitimación para la interposición del recurso.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, señala el recurrente que el órgano de contratación, durante el proceso de valoración, decidió desistir de valorar “a ciegas” las muestras, por considerarlo inviable, y solicitar una “demo” o demostración de los equipos por parte del personal que no preservaba el anonimato de las diferentes muestras en ningún modo. Señala la falta clara de transparencia en este caso que ha llevado a la falta de actas que recojan el proceder en este nuevo sistema de valoración y, además, la composición del “órgano asesor”. En este sentido, remarca que se carece de información fehaciente sobre el verdadero sistema de valoración de las ofertas llevado a cabo y, de igual forma, se carece de información o documentación que acredite que el órgano de contratación aseguró que los miembros del órgano asesor realizaran una “valoración a ciegas”. Alega que la actual valoración supone una evidente quiebra de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores y puntualiza que no se pretende llevar



a cabo una intromisión en la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, sino una revisión de las apreciaciones en las que el órgano se ha basado para modificar el propio sistema de valoración por él designado.

Por su parte el órgano de contratación informa que en fecha 28 de agosto de 2024 se llevó a cabo en las instalaciones de Unión de Mutuas la demostración del funcionamiento de los equipos ofrecidos en cesión por parte de todos los licitadores. Asimismo, se procedió, en sesión privada, a *“la valoración a ciegas”* de las muestras de instrumental y materiales ofertados, por parte del personal sanitario de Unión de Mutuas. Añade que, sorpresivamente, la recurrente, durante la tramitación del procedimiento, no ha solicitado ningún tipo de aclaración a los pliegos, ni formulado oposición a actos de trámite o interpuesto impugnación frente a valoración alguna llevada a cabo por el equipo técnico manteniendo en todo momento la colaboración requerida según lo dispuesto en los pliegos para llevar a cabo la valoración de las muestras en igualdad de condiciones con el resto de licitadores presentados. Aclara que el recurrente en sus manifestaciones confunde los conceptos *“casa comercial”* y *“licitador”*. Es necesario resaltar la diferencia existente entre el concepto de *“licitador”* y *“casa comercial”*, en la cual apoya su argumento la recurrente. Entendiéndose por licitador la persona o entidad que presenta una oferta para un contrato público, mientras que casa comercial se define como el distintivo o señal que el fabricante pone a los productos en su industria y cuyo uso le pertenece exclusivamente. La parte recurrente ha presupuesto un modo de valorar sometido a juicio de valor que no recoge el pliego en modo alguno, cual es, una valoración a ciegas de todos los elementos objeto de licitación presuponiendo del mismo modo que se infringió lo dispuesto el pliego, cuando el PCAP solo lo recoge para el criterio de ergonomía y facilidad de uso, no así, para la calidad de la imagen de los equipos a ceder. Afirma que la valoración a ciegas que se exige en el pliego de cláusulas administrativas particulares se debe realizar, en todo caso, probando y analizando los materiales ofertados sin conocer la identidad del licitador que los oferta, de ahí el calificativo de *“a ciegas”*, valoración que fue realizada con estricta observancia a los principios de igualdad y no discriminación entre todos los licitadores por parte de la comisión técnica que valoró las muestras ofertadas cuyo informe no fue objeto de impugnación alguna. En fin, señala el órgano de contratación que confunde la recurrente la marca comercial con el concepto de licitador en la valoración a ciegas practicada por Unión de Mutuas, que en todo momento se realizó sin conocer la identidad de estos,

independientemente de contar con serigrafía comercial o no, que pudiera hacer reconocible una marca y que no necesariamente debe comercializarse por el mismo fabricante o permitir su identificación. La comisión técnica experta de Unión de Mutuas valoró las muestras de los artículos ofertados por cada uno de los licitadores, con total desconocimiento de la identidad de cada uno de ellos, por lo que no es cierto que se realizara la valoración de las ofertas sin respetar lo previsto en los pliegos, entendiéndolo como *lex contractus* para las partes implicadas. Concluye que no existe una aplicación errónea del criterio de adjudicación sometido a juicio de valor como afirma, sin fundamento la recurrente, sino una interpretación errónea y unilateral de la aplicación de dicho criterio efectuada de mala fe por SMITH & NEPHEW, que no tiene sustento en el contenido expreso de los pliegos, que no fueron sometidos a petición de aclaración, ni objeto de impugnación y en caso de considerarse por el hoy recurrente, criterio oscuro, indeterminado, o que pudiera conllevar la infracción de los principios de libre concurrencia, e igualdad.

Sexto. Expuestas las posturas contradictorias de las partes debemos partir de lo que dispone el PCAP donde se regula, como no podía ser de otra forma, el método de valoración por parte del órgano de contratación:

El PCAP señala en la cláusula 16 del mismo lo siguiente:

“Apertura y evaluación de la oferta evaluable mediante juicio de valor:

La apertura del sobre electrónico II se efectuará en la fecha y hora indicada en el apartado 21.2 del cuadro resumen de licitación.

El órgano de asistencia podrá abrir las proposiciones previamente a la celebración de la reunión convocada de Órgano de Contratación, en sesión privada, con el fin de evaluar la documentación técnica.

En este sentido, el órgano de asistencia podrá remitir la documentación a la unidad proponente del contrato para que ésta, valore si la misma cumple con los requisitos y especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares. Una vez

valorado, el equipo técnico deberá redactar un informe motivado sobre las conclusiones técnicas.

Si en la evaluación de la documentación se observa que alguna proposición es contraria a los pliegos o contiene cualquier omisión relevante, se acordará conceder un plazo de tres (3) días hábiles, a contar desde el requerimiento, para que los licitadores subsanen defectos u omisiones detectadas, con apercibimiento de exclusión definitiva en caso de no efectuarla. Una vez subsanado el error u omisión, o bien transcurrido el plazo procedente para ello, el equipo técnico deberá de informar en su informe de la contrariedad o falta.

El informe deberá presentarse junto con las proposiciones, ante el órgano de asistencia, quién deberá comunicar las puntuaciones asignadas por el equipo técnico, y procederá a admitir o excluir las ofertas técnicas.

El apartado 22 del cuadro resumen de licitación del pliego de cláusulas administrativas dispone:

“Ergonomía y facilidad de uso (hasta 15 puntos)

Se valorará la ergonomía y facilidad de uso de los materiales objeto de contrato. Para esta valoración, se hará una “valoración a ciegas” en la que el personal sanitario de quirófano que utilizará el material a suministrar en su día a día, probará y analizará los materiales ofertados sin conocer la identidad el licitador que lo facilita, y posteriormente asignará la puntuación que considere oportuna, teniendo en cuenta la ergonomía de los instrumentos y su facilidad de uso.

El personal técnico encargado de esta valoración puntuará cada muestra con hasta 15 puntos y, posteriormente, para calcular la puntuación definitiva, se realizará una media aritmética de todas las puntuaciones obtenidas por cada licitador.

Calidad de acabados y facilidad de limpieza (hasta 10 puntos)

Se valorará la calidad de los acabados de los artículos ofertados, así como la facilidad de limpieza de los mismos, a juicio del personal técnico de Unión de Mutuas como futuros

usuarios. Del mismo modo que en el criterio anterior, para la valoración de las muestras se llevará a cabo una “valoración a ciegas”, se analizarán los materiales ofertados y posteriormente se asignará la puntuación que se considere oportuna.

Cada muestra se puntuará con hasta 10 puntos y, posteriormente, para calcular la puntuación definitiva, se realizará una media aritmética de todas las puntuaciones obtenidas por cada licitador.

Calidad de imagen de los equipos (hasta 10 puntos)

Se valorará con hasta 10 puntos la calidad de imagen de los equipos en cesión ofertados.

Para la valoración de los equipos, el personal técnico usuario de los mismos probará los equipos y analizará la calidad de las imágenes que estos ofrecen. Posteriormente valorará y puntuará a su juicio, con hasta 10 puntos, cada uno de los equipos ofertados. Posteriormente se realizará una media aritmética de todas las puntuaciones de cada licitador para calcular la puntuación definitiva en este criterio”.

Como de forma clara y precisa dispone el pliego, únicamente se precisaba una “valoración a ciegas” sobre el criterio de la ergonomía y facilidad de uso de los materiales objeto de contrato, no así para valorar la calidad de imagen de los equipos a ceder. En este punto debemos convenir con el órgano de contratación que existe un error en la interpretación del PCAP y las fórmulas de valoración por parte del recurrente.

Dicho esto, el informe técnico de valoración de 4 de septiembre de 2024 de la Directora de Suministros Clínicos y Hospital Unión de Mutuas señala, en cuanto a la valoración de cada uno de los criterios dependientes de juicio de valor, lo siguiente, que debemos resaltar:

“*Ergonomía y facilidad de uso*

En este apartado se ha tenido en cuenta para la valoración, la utilización de la cámara de artroscopia con la facilidad de giro de la óptica mientras se sujeta la cámara con la misma mano, la sensación de peso del cirujano al sostener la cámara, la facilidad de uso de las bombas de irrigación tanto desde la consola como con el uso de sistemas periféricos, la

ergonomía en la utilización del instrumental de la cirugía de hombro. La facilidad de uso de los sistemas periféricos de sujeción de los miembros durante las intervenciones quirúrgicas.

- *Calidad de acabados y facilidad de limpieza*

En este apartado se ha tenido en cuenta para la valoración, la calidad de los materiales de las cámaras, la inclusión de sistemas que permiten una mejor limpieza del instrumental quirúrgico, la integración en las torres de todos los equipos, encendido y apagado de los mismos y sistemas de sujeción de sueros de lavado.

Según estos criterios la valoración final ha sido:

BIOTECNIA SANITARIA: 5 PUNTOS

SMITH & NEPHEW: 5 PUNTOS

ARTHREX: 10 PUNTOS

- *Calidad de imagen de los equipos*

En este apartado se ha tenido en cuenta para la valoración, la calidad de la imagen a criterio de los valoradores, la utilización de pantallas y ópticas 4K. La inclusión de nuevos sistemas de iluminación más integrados en la torre, con las mejoras en seguridad para el manejo de las fuentes de luz, y materiales de transmisión de la luz.

Según estos criterios la valoración final ha sido:

BIOTECNIA SANITARIA: 6 PUNTOS

SMITH & NEPHEW: 4 PUNTOS

ARTHREX: 10 PUNTOS”.

Por tanto, se precisaba una “*valoración a ciegas*” sobre el criterio de la ergonomía y facilidad de uso de los materiales objeto de contrato y sobre la calidad y facilidad de

limpieza de estos, no así para valorar la calidad de imagen de los equipos a ceder, lo que implicaba la necesidad de probar y analizar los materiales ofertados sin conocer la identidad del licitador que los oferta.

Es precisamente en este punto en que el recurrente niega que se haya realizado sustituyéndolo por una demo, aspecto que es rebatido por el órgano afirmando que se ha llevado a cabo *“la comisión técnica experta de Unión de Mutuas valoró las muestras de los artículos ofertados por cada uno de los licitadores, con total desconocimiento de la identidad de cada uno de ellos, por lo que no es cierto que se realizara la valoración de las ofertas sin respetar lo previsto en los pliegos”*.

En la exposición cronológica del procedimiento, que hace el órgano de contratación, refiere que en fecha 28 de agosto de 2024 se llevó a cabo en las instalaciones de Unión de Mutuas la demostración del funcionamiento de los equipos ofrecidos en cesión por parte de todos los licitadores. En dicha sesión estuvo presente el personal técnico de la licitación, quienes han recogido las valoraciones técnicas emitidas en el informe de valoración técnica. En la documentación relativa a dicha sesión se adjuntan las imágenes de los equipos cuya demostración se ha llevado a cabo. Se adjunta un informe de valoración de la oferta técnica fechado el 28 de agosto 2024 por el jefe de servicio de traumatología; que se realiza tras las explicaciones que cada uno de los licitadores han dado acerca de sus torres de artroscopia.

“La valoración se ha realizado tras las explicaciones que cada uno de los 3 licitadores han dado acerca de sus torres de artroscopia.

En dicha valoración se ha puntuado:

1.- Ergonomía y facilidad de uso: Se ha (SIC) tenido en cuenta los materiales de los equipos, ligereza, forma de agarre de las cámaras, la ergonomía de los equipos e instrumentales, especialmente el uso de las bombas de irrigación tanto desde la consola central como desde dispositivos periféricos.

La valoración en este apartado ha sido:



ARTHREX 15 PUNTOS.

SMITH 5 PUNTOS.

CONMED 5 PUNTOS.

2.- Calidad de acabados y facilidad de limpieza. Sea (SIC) tenido en cuenta los acabados de las diferentes cámaras especialmente la zona de agarre de las mismas y la facilidad de limpieza del instrumental tanto fuera como en el interior del mismo.

La valoración en este apartado ha sido:

ARTHREX 10 PUNTOS.

SMITH 5 PUNTOS.

CONMED 5 PUNTOS.

3.- Calidad de imágenes de los equipos. Se ha (SIC) tenido en cuenta las pantallas y optimas (SIC) de 4k, así como la modernización de los sistemas de iluminación, integrándose en los equipos y no como sistemas periféricos así como el tipo de transmisión de la luz desde generador hasta la cámara. Todo lo cual favorece una mejor calidad de imagen a la hora de las intervenciones.

La valoración en este apartado ha sido:

ARTHREX 10 PUNTOS.

SMITH 6 PUNTOS.

CONMED 4 PUNTOS”.

De la documentación obrante en el expediente no se desprende que los criterios de ergonomía y facilidad de uso, así como la calidad de acabados y facilidad de uso, que, según el pliego, deberían realizarse a ciegas, tuviera tal carácter. En la sesión de la demo no aparecían anonimizadas las correspondientes torres, y ello aun reconociendo al órgano

de contratación que no cabe confundir la marca comercial del producto con el licitador que realiza la oferta del tal producto. En la documental fotográfica de la sesión aparecen identificados en algunos productos el licitador de cada uno de ellos.

Según informa el órgano de contratación, en la misma fecha se llevó a cabo el procedimiento para la valoración a ciegas de las muestras de instrumental, tomando las medidas necesarias para garantizar el anonimato de los participantes en cada lote. Se procedía al desembalaje del instrumental ofertado, se puso a disposición sobre una mesa cubriendo el material con una sábana. Posteriormente se incorporaron el jefe de servicio de traumatología y un responsable de quirófano, quienes, tras retirar las sabanas, procedieron a examinar las muestras, y las analizaron, probaron y revisaron para llevar a cabo una valoración.

Como resultado, consta en el expediente el informe técnico de las valoraciones realizadas de 4 de septiembre de 2024, firmado por la Directora de Suministros Clínicos y Hospital Unión de Mutuas.

Sin embargo, en el citado informe no se hace referencia alguna al procedimiento utilizado para calificar las ofertas técnicas de acuerdo con los criterios que establecía la cláusula 22 del PACP, relativa a los criterios de adjudicación. Así en relación con la “*Ergonomía y facilidad de uso*” (hasta 15 puntos), se establecía que para esta valoración se hará una “*valoración a ciegas*” en la que el personal sanitario de quirófano que utilizará el material a suministrar en su día a día, probará y analizará los materiales ofertados sin conocer la identidad el licitador que lo facilita, y posteriormente asignará la puntuación que considere oportuna, teniendo en cuenta la ergonomía de los instrumentos y su facilidad de uso.

Semejante procedimiento se prevé para la Calidad de acabados y facilidad de limpieza (hasta 10 puntos), se llevará a cabo una “*valoración a ciegas*”, se analizarán los materiales ofertados y posteriormente se asignará la puntuación que se considere oportuna.

No se exigía valoración a ciegas de la Calidad de imagen de los equipos (hasta 10 puntos), en este caso el personal técnico usuario de estos probará los equipos y analizará la calidad de las imágenes que estos ofrecen. Posteriormente valorará y puntuará a su juicio, con hasta 10 puntos, cada uno de los equipos ofertados.



En todos los casos se preveía asimismo que el personal técnico encargado de esta valoración puntuará cada muestra con los puntos asignados como máximo (15,10,10) y, posteriormente, para calcular la puntuación definitiva, se realizará una media aritmética de todas las puntuaciones obtenidas por cada licitador.

Pues bien, en el informe técnico no se trasladan estas operaciones ni el cálculo de las medias aritméticas alcanzadas por cada licitador en cada muestra, sino que únicamente refleja la puntuación obtenida en cada criterio cada uno de los licitadores. De modo que al margen de las dudas razonables que existen respecto a los métodos de valoración, no existe una motivación de las diferentes medias alcanzadas y que da como resultado la valoración final en los criterios sujetos a juicio de valor. En este sentido, hay que recordar que los pliegos constituyen la *lex contractus*, y lo hace tanto respecto a los licitadores como al propio órgano de contratación.

No puede ampararse la omisión en la “*discrecionalidad técnica del órgano de contratación*” sobre la base de otorgar una presunción iuris tantum de acierto y veracidad a los informes técnicos, y en que la carga de la prueba es de quien alega la vulneración del ordenamiento jurídico, como aducía el órgano de contratación.

Traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo num. 1567/2024, que viene a reiterar doctrina establecida en interés casacional en Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 202/2022 de 17 Feb. 2022, la cual estableció:

«SÉPTIMO.- Más compleja es la otra cuestión de interés casacional objetivo, relativa a la "naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración (...)

para determinar la naturaleza y la fuerza probatoria de los informes y dictámenes elaborados por expertos de la Administración, hay que estar a la legislación procesal civil. Pues bien, tales informes y dictámenes serán subsumibles dentro del medio de prueba oficialmente denominado "dictamen de peritos" en tanto en cuanto reúnan las características que al mismo atribuye el art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: que



"sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" y que las personas llamadas como peritos "posean los conocimientos correspondientes". En pocas palabras, se trata de que la acreditación de un hecho requiera de conocimientos especializados.

Ninguna duda cabe de que ciertos funcionarios y técnicos al servicio de la Administración, por su formación y selección, pueden tener conocimientos especializados relevantes para probar hechos que sólo por medio de una pericia pueden ser acreditados. Más aún, una parte relevante de los empleados públicos desempeñan precisamente funciones de naturaleza técnica o científica. Ello es, por supuesto, predicable de quienes están al servicio de la Administración como expertos en materias artísticas; expertos que pueden, en principio, actuar como peritos cuando se trate de determinar la mayor o menor calidad de una obra de arte.

Tampoco es dudoso que, en el ámbito del Derecho Administrativo, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, los dictámenes periciales deben valorarse tal como ordena el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, "según las reglas de la sana crítica". Ello no implica que el dictamen pericial sea una prueba tasada o legal, cuya fuerza está predeterminada por la ley y no puede ser destruida por otros medios. En la tradición jurídica española, es generalmente admitido que esa idea de reglas de la sana crítica -ya presente en el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, e incluso en el hoy derogado art. 1243 del Código Civil- no trae consigo un sistema de valoración de la prueba diferenciado. Antes, al contrario, la valoración según las reglas de la sana crítica no deja de ser una manifestación de libre valoración de la prueba o valoración en conciencia. Ante una prueba pericial puede el juzgador formar su convicción sobre los hechos con libertad, dando a aquélla el peso que —habida cuenta de las circunstancias y del resto del material probatorio— considere adecuado. Pero debe hacerlo exponiendo las razones que le conducen, siguiendo el modo de razonar de una persona sensata, a aceptar o rechazar lo afirmado por el perito. La valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica es, así, una valoración libre debidamente motivada; algo que, como es obvio, exige realizar un análisis racional de todos los elementos del dictamen pericial, sopesando sus pros y sus contras. Seguramente, más allá del respeto a la tradición, no era imprescindible



que el legislador hiciera esa mención a las reglas de la sana crítica, ya que la exigencia de motivación de las sentencias, impuesta con alcance general por el art. 120.3 de la Constitución, alcanza al establecimiento de los hechos por el juzgador.

Una vez sentado que los expertos al servicio de la Administración pueden actuar como peritos y que sus dictámenes —al igual que cualquier otro dictamen pericial— han de ser valorados de manera libre y motivada, es preciso hacer tres consideraciones adicionales a fin de dar cumplida respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo.

En primer lugar, tal como señala el recurrente, no es lo mismo que un informe o dictamen emanado de la Administración se haga valer como medio de prueba en un litigio entre terceros o en un litigio en que esa misma Administración es parte. En este último supuesto, no tiene sentido decir que el informe o dictamen goza de imparcialidad y, por ello, merece un plus de credibilidad: quien es parte no es imparcial. Además, cuando esto ocurre, el dato es relevante, pues exige no eludir la proveniencia puramente administrativa del informe o dictamen, examinando hasta qué punto ello ha podido influir en las conclusiones periciales.

En segundo lugar, en conexión con lo que se acaba de decir, no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir. Por mucha que sea la capacitación técnica o científica de la concreta persona, no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que -aun habiendo sido designado para el cargo por una autoridad administrativa- trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía con respecto a la Administración activa. A este respecto hay que recordar que, entre las causas de tacha de peritos no designados judicialmente, el art. 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye "estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores". Y el art. 344 del propio cuerpo legal dispone que la tacha debe ser tenida en cuenta al valorar la prueba pericial. Pues bien, mientras que el funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa está manifiestamente en situación de dependencia, el lazo es menos acusado en el otro supuesto. Precisar y ponderar, en cada caso concreto, el mayor o menor grado de



dependencia del experto con respecto al órgano administrativo llamado a decidir es algo que, sin duda, debe hacer el juzgador.

En tercer y último lugar, seguramente hay supuestos en que los informes de origen funcional, aun habiendo sido elaborados por auténticos técnicos, no pueden ser considerados como prueba pericial. Ello ocurre destacadamente cuando las partes no tienen ocasión de pedir explicaciones o aclaraciones (arts. 346 y 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Dichos informes no tendrán más valor que el que tengan como documentos administrativos, y como tales habrán de ser valorados.

Queda así respondida la cuestión de interés casacional objetivo relativa a la naturaleza y el valor de los informes y dictámenes provenientes del interior de la Administración».

Según el expediente administrativo remitido a este Tribunal, queda desvirtuado que las valoraciones se hubieran realizado en la forma prescrita en el PCAP. Ello conduce a la anulación del informe de valoración, al concurrir vicio de nulidad, pero dada la fase del procedimiento en la que nos encontramos, en la que se han valorado tanto los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor como los criterios automáticos o sujetos a fórmula, y que incluso se ha adjudicado el contrato, ello obliga a la anulación no solo del acuerdo de adjudicación sino también de todo el procedimiento de contratación, pues ya no cabe una posible subsanación del incumplimiento detectado.

Por lo expuesto, debe estimarse el recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. S.P.D., en nombre y representación de SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra la resolución de adjudicación del contrato de “Suministro de material de artroscopia para el Instituto de Traumatología de Unión de Mutuas”, con expediente n.º 25/2024, convocado por la Dirección Gerencia de Unión de



Mutuas, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social n.º 267, en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

Segundo. Levantar la medida cautelar de suspensión en aplicación del artículo 57.3 LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra ella cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES