



Recurso nº 369/2013 C.A. Valenciana 031/2013

Resolución nº 325/2013

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

En Madrid, a 30 de julio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. T.M.P., en representación de la mercantil “LIBCOM IBÉRICA, S.A.”, contra la resolución del procedimiento de licitación del acuerdo marco para el suministro de productos de desinfección tramitado por la Consellería de Sanitat de la Generalitat Valenciana con nº de expediente 180/2012, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 12 de diciembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea convocatoria para la adjudicación por procedimiento abierto del acuerdo marco para el suministro de productos de desinfección destinados a centros dependientes de la Consellería de Sanitat de la Generalitat Valenciana, divididos en 19 lotes, con nº de expediente 180/2012.

El valor estimado del acuerdo marco es de 9.979.080'00 €, correspondiéndole la clasificación CPV 33631600, 33741300, 33711900, 33711500, 33700000, 39224320.

Consta, igualmente, la publicación de la convocatoria el 20 de diciembre de 2012 en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana.

Segundo. En lo que aquí interesa, el lote 16 de los comprendidos en el acuerdo marco, tiene por objeto el suministro de cepillo quirúrgico con clorhexidina, cuyas características detalla el Pliego de Prescripciones Técnicas en los términos siguientes (páginas 65-66 del expediente):

<<LOTE 16: CEPILLO QUIRÚRGICO CON CLORHEXIDINA

- Para limpieza de manos prequirúrgica, con clhexidina.
- Dispondrán, por un lado, del cepillo de cerdas de nylon flexibles y atraumáticas, y por el otro lado, de una esponja de poliéster suave y absorbente.
- Sin cesión de residuos, conformación resistente, anatómico y fácil de manipular.
- Medidas aproximadas 8 x 5 x 4 cm.
- Envasado individual, estéril y hermético. De fácil apertura.
- Incorporará 20 ml aproximadamente de clorhexidina acuosa al 4 %, sin goteos.>>

Tercero. El apartado 12 del Cuadro de Características, establece los criterios de adjudicación del acuerdo marco, en los términos siguientes:

- Calidad Técnica: 75 puntos.
- Logística: 20 puntos.
- Precio: 5 puntos.

La valoración del apartado relativo a la calidad técnica se desglosa en la forma prevista en el anexo intitulado “BAREMO” del citado cuadro de características:

CEPILLO QUIRÚRGICO CON CLORHEXIDINA	
COMPOSICIÓN ANTISÉPTICO: CLORHEXIDINA 4 %	Excluyente si no lo tiene
INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE LA AEMPYS O EN RDGFyPS**	Excluyente si no lo tiene
ETIQUETADO CORRECTO Y EN ESPAÑOL	Excluyente si no lo tiene
ENVASE INDIVIDUAL Y ESTÉRIL	Excluyente si no lo tiene

PROPIEDADES ANTISÉPTICAS	De 0 a 20 puntos
ACIDEZ (pH = 5.5)	De 0 a 15 puntos
SUAVIDEZ DE LAS CERDAS Y ESPONJA	De 0 a 10 puntos
PROPIEDADES COSMÉTICAS	De 0 a 10 puntos
DIMENSIONES ADECUADAS (= 8 x 5 x 4)	De 0 a 10 puntos
FACILIDAD APERTURA DEL ENVASE	De 0 a 10 puntos
TOTAL PUNTOS 75	

El apartado 12 del Cuadro de Características advierte de que

<<Para resultar seleccionados los productos deberán obtener una puntuación mínima de 55 puntos dentro del apartado “Calidad técnica”.>>

Cuarto. Presentaron ofertas respecto del lote 16 las compañías “C.V. MÉDICA, S.L.”, “COVIDIEN SPAIN, S.L.”, “IBERSURGICAL, S.L.”, “LIBCOM IBERICA, S.A.” y “MEDILEVEL, S.A.”.

Quinto. El 29 de abril de 2013, se reunió el Comité de Expertos previsto en el apartado 16 del Cuadro Resumen, a fin de proceder a la valoración de la calidad técnica de las ofertas presentadas, obteniendo los dos productos presentados por la recurrente “LIBCOM IBÉRICA, S.A.” (marca NEX CLOREX C2, con referencia de fabricación NEXC2SP034B y NEXC2SP030B) una puntuación respectiva de 51 puntos, con el consiguiente desglose:

- Propiedades antisépticas: 16 puntos.
- Acidez (pH cercano a 5.5): 10 puntos.
- Suavidad de las cerdas y esponja: 4 puntos.
- Propiedades cosméticas: 6 puntos.

- Dimensiones adecuadas (aprox. 8 x 5 x 4): 10 puntos.
- Facilidad apertura envase: 5 puntos

El informe incluyó, como observaciones, las siguientes:

<<Las cerdas son blandas y la esponja fina, con lo que el armazón roza las manos. El envase es de apertura difícil.>>

Sexto. En sesión pública de 9 de mayo de 2013, la Mesa, antes de proceder a la apertura de los sobres relativos a los criterios evaluables de manera automática, aprobó el informe del Comité de Expertos reseñado en el ordinal precedente y comunicó la exclusión de, entre otras, la entidad “LIBCOM IBÉRICA, S.A.” por no haber superado su oferta técnica el umbral de 55 puntos.

Séptimo. El 14 de mayo de 2013, un representante de “LIBCOM IBÉRICA, S.A.” examinó la documentación obrante en el expediente de contratación, incluyendo el informe de valoración técnica.

Octavo. El 24 de mayo de 2013, la Mesa acordó elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación del acuerdo marco, en lo referente al lote 16, a favor de las compañías “C.V. MÉDICA, S.L.”, “COVIDIEN SPAIN, S.L.” y “MEDILEVEL, S.A.”.

Noveno. Previo requerimiento a los licitadores seleccionados a fin de que presentaran la documentación justificativa de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de seguridad social y de disponer efectivamente de los medios que se hubieran comprometido a adscribir para la ejecución del contrato, el órgano de contratación resolvió, en fecha de 26 de junio de 2013, adjudicar el acuerdo marco, lote 16, a “C.V. MÉDICA, S.L.”, “COVIDIEN SPAIN, S.L.” y “MEDILEVEL, S.A.”.

En el mismo acuerdo, el órgano de contratación, resolvió excluir a la hoy recurrente por no alcanzar la puntuación mínima requerida en la calidad técnica.

Esta resolución fue notificada, mediante fax, a la recurrente el 27 de junio de 2013.

Décimo. El 8 de julio de 2013 tuvo entrada en el registro general de la Consellería de Sanitat de la Generalitat de Valencia escrito en el que se anunciaba la interposición de recurso especial contra la resolución de 26 de junio de 2013.

El 15 de julio de 2013, ante el mismo registro, la Compañía “LIBCOM IBÉRICA, S.A.” presentó el recurso especial anunciado, impugnando tanto su exclusión del procedimiento de licitación como, a su juicio, indebida admisión de las ofertas presentadas por “C.V. MÉDICA, S.L.”, “COVIDIEN SPAIN, S.L.” y “MEDILEVEL, S.A.”.

Undécimo. El expediente, con el informe del órgano de contratación, fue recibido en este Tribunal el 17 de julio de 2013.

Duodécimo. El 18 de julio de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que entendieran pertinentes, habiendo evacuado el trámite el 26 de julio de 2013 la compañía “C.V. MÉDICA, S.L.”, en los términos que obran en las actuaciones.

Decimotercero. El Tribunal, mediante acuerdo de 24 de julio de 2013, resolvió mantener, en lo relativo al lote nº 16, la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP, defiriendo su levantamiento a la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, citado como TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 22 de marzo de 2013 entre la Administración del Estado y la de la Generalitat Valenciana y publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

Segundo. En tanto que destinataria del acuerdo de exclusión impugnado, “LIBCOM IBÉRICA, S.A.” se halla legitimada para interponer el presente recurso con arreglo al artículo 42 TRLCSP.

Distinto cariz tiene la impugnación que en el recurso se hace de la admisión de las ofertas de los licitadores que han resultado adjudicatarios del acuerdo marco y que debe entenderse referida al propio acto de adjudicación. En efecto, dado que la legitimación sólo cabe apreciarla cuando la estimación del recurso genera algún beneficio o provecho para el recurrente (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 105/2011, 212/2011, 169/2012 y 184/2012, entre otras), y teniendo en cuenta que el licitador excluido no habrá de obtener ni uno ni otro (cfr.: resoluciones de este Tribunal 290/2011, 226/2012, 53/2013, 89/2013, entre otras), es claro que sólo cabrá apreciar aquélla en el supuesto de que prospere el recurso dirigido contra el acuerdo de exclusión. En otro caso, la recurrente no habría de obtener ninguna ventaja de la pretendida exclusión de los adjudicatarios, sin que el solo hecho de que hubiera de declararse desierto, en tal caso, el procedimiento de licitación y la expectativa de que, en tal tesitura, se convocara uno nuevo sea bastante para apreciar, como regla general, la existencia de interés legítimo (cfr.: Resolución de este Tribunal 119/2013).

Tercero. Tratándose de un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1 b) TRLCSP, tanto el acuerdo de exclusión como la adjudicación del mismo son susceptibles de recurso especial a tenor de lo dispuesto en el artículo 40, apartados 1 a), 2 b) y 2 c) TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 TRLCSP, constando, igualmente, la presentación en tiempo y forma del anuncio de interposición requerido en el artículo 44.1 TRLCSP.

Quinto. El presente recurso se dirige frente a la Resolución dictada por la Dirección General de Recursos Económicos de la Consellería de Sanitat de la Generalitat, en la que, entre otros, se adjudica el lote nº 16 de los comprendidos en el acuerdo marco licitado con número de expediente 180/2012, al tiempo que se participa la exclusión de la recurrente acordada por la Mesa al no haber superado su oferta la puntuación mínima exigida en el Pliego respecto de la calidad técnica de la oferta.

Sobre este extremo, y dado el cariz de dicha resolución, este Tribunal cree oportuno recordar que, en puridad, la exclusión de la recurrente fue decretada, no por el órgano de contratación, sino por la Mesa, que es a la que corresponde tal atribución de conformidad con los artículos 40.2 b) TRLCSP y 22.1 b) del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Lo que hace el órgano de contratación es dar a conocer la exclusión previamente acordada por la Mesa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP.

Con todo, en línea con el criterio expresado en nuestra Resolución 254/2012, y puesto que el órgano de contratación ha asumido el criterio de la Mesa, bien puede sostenerse que de ella ha partido la decisión controvertida, con lo que el solo hecho de que el acto impugnado afirme que en él se excluye a la recurrente de la licitación del acuerdo marco, no pasa de ser una irregularidad que no puede llevar consigo la anulación del acto sin desconocer gravemente el principio de eficacia (artículo 103 CE) que debe presidir la actuación administrativa y, por ende, la de este Tribunal. Más aún, y como en la propia Resolución 254/2012 hicimos también constar, aunque se entendiera que existe un vicio de incompetencia, el artículo 65 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, citada como LPC), al contemplar la denominada conversión de actos administrativos, impediría, en todo caso, anular por este motivo la resolución impugnada, pues, aunque se reputara inválido el acto dictado por el órgano de contratación como decisorio de la exclusión, siempre podría reconocérsele los efectos de una simple notificación o traslado del acuerdo de la Mesa.

Así las cosas, disipado cualquier atisbo de vicio de competencia, procede analizar las pretensiones de la recurrente que, como se ha adelantado (cfr.: antecedente de hecho décimo), son dos, a saber:

- De un lado, considera que su oferta ha sido indebidamente excluida, pues la calidad técnica de la misma debió ser valorada con al menos 55 puntos.
- De otro, entiende que las ofertas presentadas por los licitadores finalmente adjudicatarios han sido indebidamente admitidas, al no ajustarse, a su entender,

la composición de los productos en ellas contenidos a lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Sexto. A.- Tal y como se ha adelantado, la recurrente pretende, en primer lugar, dejar sin efecto su exclusión el procedimiento de licitación, por considerar erróneamente valorada la calidad técnica de su oferta, a la que el Comité de expertos asignó una puntuación de 51 puntos, por debajo, pues, del umbral de 55 que requería el Pliego (cfr.: tercero de los antecedentes de hecho de esta Resolución). Aduce, en concreto, que *“(i) tanto las propiedades antisépticas son las adecuadas, (ii) así como la acidez, (iii) las propiedades cosméticas y (iv) las dimensiones, lo que justificaría todo ello, en relación a dichos lotes, la concesión de una puntuación mínima de 55 puntos, por encima, por tanto, de los 51 puntos asignados a mi mandante”*.

Discrepa, igualmente, con la apreciación del Comité de Expertos, asumida por la Mesa de contratación, acerca de que “las cerdas son blandas”, así como con la dificultad de apertura del envase.

Frente a ello, el órgano de contratación responde, en síntesis, que estamos en presencia de una cuestión presidida por el principio de discrecionalidad técnica, que no puede ser corregida desde el punto de vista jurídico.

B.- Llegados a este punto, este Tribunal considera que, efectivamente, y como bien señala el órgano de contratación en su informe, la cuestión relativa a la evaluación de los criterios valorables mediante un juicio de valor constituye una materia regida por el principio de discrecionalidad técnica que, como doctrina general, se traduce en la imposibilidad de corregir mediante parámetros jurídicos aspectos de índole técnica. El examen, pues, que debe verificar este Tribunal se contrae a determinados aspectos, aledaños al núcleo técnico de la decisión, como son la competencia, el procedimiento, la ausencia de arbitrariedad o de error manifiesto en la valoración, tal y como hemos declarado en las Resoluciones 176/2011, 189/2011, 257/2011, 269/2011, 282/2011, 296/2011, 33/2012, 51/2012, 80/2012, 261/2012, 2/2013, 42/2013, 36/2013, 107/2013, 168/2013, entre otras.

Entre estos extremos sometidos a nuestra fiscalización, se encuentra el de la motivación, presupuesto básico para que, a su vez, puedan ser controlados los extremos aludidos y que, como dice el artículo 151.4 b) TRLCSP, ha de expresar “*las razones por las que no se haya admitido su oferta*”, lo que, en el caso que nos ocupa, se traduce en la necesidad de explicar, aun someramente, las razones de la puntuación otorgada en la evaluación de la calidad técnica de la oferta. En este sentido, ha de traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recaída en recurso de casación 950/2008, y que, después de recordar los hitos fundamentales de la doctrina jurisprudencial relativa a la discrecionalidad técnica, afirmó:

<<5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y, a este respecto, se ha declarado que ese contenido debe cumplir, al menos, estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004).>>

C.- Llegados a este punto, es hora de contrastar la motivación contenida en el informe del Comité de Expertos asumido por la Mesa con los requisitos exigidos por el Alto Tribunal. Como se ha señalado en el quinto de los antecedentes de hecho de la presente resolución, el Comité de Expertos justificó los 51 puntos asignados en los términos siguientes:

<<Las cerdas son blandas y la esponja fina, con lo que el armazón roza las manos. El envase es de apertura difícil. >>

Pues bien, si tenemos en cuenta que la suavidad de las cerdas y de la esponja y la dificultad de la apertura del envase eran tan sólo dos de los extremos que debían ser evaluados técnicamente (a los que correspondía, además, sólo 20 del total de 75 puntos posibles), es claro que la motivación debe reputarse insuficiente. Y es que, dejando a un lado lo referente a la adecuación de las dimensiones de los productos (en el que se le asignó la máxima puntuación posible), deberían haberse explicitado las razones que justifican la valoración otorgada a los demás aspectos previstos en el Pliego, es decir, a la acidez y a las propiedades antisépticas y cosméticas. Apréciase, por lo demás, que no se está reclamando una tarea ímproba a la Mesa o, por mejor decir, al Comité de Expertos: para justificar la puntuación dada al grado de acidez, habría bastado, por ejemplo, con indicar el grado de PH de los productos ofertados por la recurrente, del mismo modo que para la de las propiedades antisépticas o cosméticas sería suficiente, entre otras formas, con haber indicado cuáles son sus componentes acompañándolo de un juicio –aun somero- acerca de la eficacia para una y otra función.

Al guardar silencio sobre ellas, este Tribunal no puede sino concluir que la motivación es insuficiente, sin que pueda abdicar de la función que legalmente le corresponde con una simple remisión a la doctrina de la discrecionalidad técnica, pues, obviamente, sin conocer los extremos enunciados, difícilmente podrá apreciar si existe arbitrariedad, discriminación o error manifiesto en la valoración.

D.- Se impone, en definitiva, la anulación del acuerdo de exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a ella, a fin de que la Mesa adopte la decisión que corresponda, con una motivación que satisfaga los requisitos antes enunciados.

Séptimo. A.- Una vez anulada, por falta de motivación, la exclusión del procedimiento de licitación de la recurrente, y acordada la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a ella, es obvio que queda sin efecto, igualmente, la adjudicación efectuada a favor de las empresas “C.V. MÉDICA, S.L.”, “COVIDIEN SPAIN, S.L.” y “MEDILEVEL, S.A.”.

En esta tesitura, resultaría en rigor improcedente, por falta de objeto, entrar a considerar la pretensión relativa a la admisión de las ofertas de las empresas citadas que han resultado seleccionadas en el acuerdo marco y que, como hemos dicho, debe entenderse dirigida a contender respecto de la adjudicación efectuada a favor de aquéllas.

Con todo, el principio de eficacia al que antes hemos aludido, aconseja entrar a conocer del motivo deducido, a fin de esclarecer la cuestión y evitar que pueda reproducirse la controversia una vez que se dicte el nuevo acuerdo de adjudicación.

La recurrente esgrime que la composición de los productos ofertados por las citadas compañías no se ajusta a lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en la medida en que éste exigía que incorporase *“20 ml. aproximadamente de clorhexidina acuosa al 4%”*, en tanto que, respecto de aquéllos, *“la composición que declara el fabricante es de un 4% de una disolución de Digluconato de clorhexidina al 20%”*, con lo que, según su razonamiento, tal *“formulación hace que el contenido total del principio activo sea del 0’8% en vez del 4% requerido”*.

A ello responde el órgano de contratación indicando que los productos ofertados por las citadas compañías *“cumplen con las condiciones antisépticas exigidas por la normativa vigente ISO 12791:2005 EN 12054 y que la concentración de solución jabonosa de clorhexidina es de 4%, teniendo siempre en cuenta que el uso repetido en mayores concentraciones puede causar irritación en la piel.”*

B.- Delimitado así el alcance de la controversia, es evidente que nos encontramos en presencia –otra vez- de una cuestión regida por el principio de discrecionalidad técnica y que, como tal, este Tribunal debe extremar la cautela con la que lleva a cabo su función revisora, circunscribiéndola a los límites ya expresados de competencia, procedimiento, ausencia de arbitrariedad o error manifiesto, amén de la consabida motivación.

Ciertamente, el Pliego de prescripciones Técnicas exige que el cepillo quirúrgico al que se refiere el lote nº 16 *“incorpore 20 ml aproximadamente de clorhexidina al 4 %”*, pero este Tribunal considera que el criterio adoptado por el órgano de contratación y por el propio Comité de Expertos, entendiendo que satisface esa exigencia la presencia de una solución al 20% de tal antiséptico, no puede tildarse como arbitrario o irrazonable,



máxime cuando se hace constar –en una opinión de la que este Tribunal no se encuentra autorizado para discutir- que una mayor concentración del mismo podría causar irritación en la piel.

A ello se le añade el hecho de que el mismo producto ofertado por la recurrente (“NEX CLOREX C2 SURGICAL SCRUB CHG 4%”) presenta precisamente una solución de clorhexidina al 20 %, esto es, una concentración idéntica a la que en el recurso se tacha como no ajustada al pliego, tal y como se constata en el folio 129 del expediente. La conducta de la propia recurrente revela, pues, que el criterio del órgano de contratación no ha sido irrazonable.

Ningún reproche puede hacerse, pues, a la admisión de las ofertas de las sociedades “C.V. MÉDICA, S.L.”, “COVIDIEN SPAIN, S.L.” y “MEDILEVEL, S.A.”

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero.- Estimar el recurso interpuesto por la mercantil “LIBCOM IBÉRICA, S.A.”, y, en su virtud, anular su exclusión del procedimiento de licitación del acuerdo marco de suministro de productos de desinfección (expediente180/2012), en lo referente al lote nº 16, acordando la retroacción de actuaciones hasta el momento previo a dicha exclusión, a fin de que se adopte decisión suficientemente motivada sobre la misma.

Segundo. 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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero. Alzar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal el 24 de julio de 2013 como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.