



Recurso nº 519/2014 GA 066/2014

Resolución nº 605/2014

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

En Madrid, a 8 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. S. B., en nombre y representación de la mercantil NUTRICIA, SRL; contra la resolución adoptada el 6 de junio de 2014 por la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte de la Xunta de Galicia por la que se acuerda la adjudicación del Lote 4 “Fungible para bomba alimentación enteral” del contrato de Suministro sucesivo por precio unitario de fungibles para bombas volumétricas, de jeringa, PCA y de alimentación enteral para el Hospital Universitario Lucus Augusti, este Tribunal, en sesión de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Mediante resolución de la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte, se anunció procedimiento abierto para la contratación del suministro sucesivo de fungibles para bombas volumétricas, de jeringa, PCA y alimentación enteral para el Hospital Lucus Augusti, la cual fue publicada en los distintos diarios oficiales; DOUE de 18 de mayo de 2013, BOE del 15 de junio de 2013, DOG del 4 de junio de 2013 y en el perfil del contratante del Servicio Gallego de Salud. Este contrato se encontraba dividido en cuatro lotes correspondientes a: Lote 1, fungible para bombas de jeringa; lote 2, fungible para bomba volumétrica; lote 3, fungible para bomba PCA y lote 4, fungible para bomba alimentación enteral.

Según consta en el expediente, se presentaron ofertas de las siguientes empresas; B. BRAUN MEDICAL, S.A.; NUTRICIA, S.R.L.; FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.; ABBOTT LABORATORIES, S.A.; PALEX MEDICAL, S.A.; SENDAL, S.A.;



CAREFUSION IBERIA 308, S.L. Y HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOPITALARIOS, S.L.

Concretamente, respecto del Lote 4 objeto de impugnación, se presentaron ofertas de las empresas: NUTRICIA, S.R.L.; ABBOTT LABORATORIES, S.A. Y FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.

Con fecha 6 de junio de 2014 se procede a la adjudicación de los distintos lotes del contrato, adjudicándose el Lote 4 a favor de la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.

Con fecha 30 de mayo de 2014 se interpone por la representante de la mercantil NUTRICIA S.R.L., contra la adjudicación del lote 4, recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal. El órgano de contratación presenta un informe al citado recurso con fecha 7 de julio de 2014. Con fecha de entrada de 16 de julio de 2014 en este Tribunal, se presentan las alegaciones al recurso especial por la entidad mercantil FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.

Interpuesto el recurso, con fecha 15 de julio de 2014, la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar y de conformidad con lo establecido en los artículos 45 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), y en el Convenio entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia suscrito al efecto el 7 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que resulta susceptible de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) y 2. c) del TRLCSP.



Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la ahora recurrente concurrió a la licitación. Por tanto, se trata de un licitador que no ha resultado adjudicatario del procedimiento de licitación, con lo que es titular de un interés legítimo (la eventual adjudicación del contrato). Concorre así en la ahora recurrente la legitimación requerida por el artículo 42 del TRLCSP.

En relación con la fecha de interposición del recurso debe señalarse que, habiendo tenido entrada en este Tribunal en fecha 2 de julio de 2014, y resultando notificada la resolución, según indica el propio recurrente, el día 13 de junio del mismo año, podría interpretarse que el recurso se interpuso fuera del plazo de quince días previsto en el artículo 44 del TRLCSP, pero, toda vez que según resulta del informe incorporado por el órgano de contratación a este Tribunal, el día 24 de junio de 2014, fue festivo en el municipio de Santiago de Compostela, sede de la Conselleria de Sanidad de la Xunta de Galicia, y considerando, igualmente, que el día 19 de junio fue festivo en Madrid, debe entenderse que el recurso se encuentra dentro del plazo hábil de 15 días, establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

El recurso interpuesto por NUTRICIA S.L.R., se fundamenta, en síntesis, en la errónea valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, es decir, no automáticamente o mediante fórmulas matemáticas, del lote nº 4, para el suministro de fungible para bombas de nutrición enteral. Argumenta al respecto la recurrente, que no se han tenido en cuenta en la evaluación efectuada por el órgano de contratación, las características correspondientes al apartado *“facilidad de manejo”* a que se refiere el pliego en sus criterios técnicos, toda vez que la bomba “Flocare Infinity” que es, precisamente, la ofertada por la entidad recurrente, es la más ligera de las presentadas en el procedimiento, acompañándose por el interesado una tabla comparativa de los pesos de las bombas presentadas por las tres empresas que ofertaron en el lote 4, especificando el peso y el tamaño de cada una de ellas. Igualmente señala el recurrente que en el informe técnico de valoración se le asignan cuatro puntos a NUTRICIA, sobre los ocho posibles como máxima puntuación, por presentar una puesta en marcha más compleja que ABBOTT, tanto en la inserción de la línea como en la programación, sin que esté de acuerdo el recurrente en dicha complejidad, respecto a la inserción de la línea.



Indica también que la bomba presentada es resistente al agua en grado IPX5, al igual que la bomba de ABBOTT. La bomba de Fresenius tiene grado de protección al agua IP34. El recurrente aporta una tabla en la que describe los grados de protección de los equipos eléctrico contra el agua, que vienen definidos por la segunda cifra del código IP. Así, el índice de protección 5 de la bomba presentada por NUTRICIA, indica que permite la proyección de agua a chorros en cualquier dirección sobre el objeto, por lo que el grado 4 de protección es menor. Este grado 5 permite lavar la bomba bajo el grifo a presión facilitando su limpieza.

Añade que, toda vez que en el Pliego de Prescripciones Técnicas, respecto del lote 4, se indica en sus características específicas; facilidad de limpieza, compatible con los productos de higiene y desinfección hospitalaria y que se valorarán todas aquellas mejoras que aumenten la seguridad clínica de los pacientes usuarios de la bomba de alimentación enteral, considera el recurrente que el grado de protección contra el agua es valorable en los apartados de facilidad de manejo, seguridad y/o mejoras.

Por su parte, en la valoración técnica, efectuada por el órgano de contratación, de la bomba presentada por NUTRICIA, se indica *“ocho puntos en seguridad en uso por presentar precisión de +5% al igual que ABBOTT pero no realiza la función de auto chequeo antes de iniciar la alimentación que nos permita ir viendo todos los parámetros de infusión”*. A este respecto se refiere expresamente el recurrente indicando que la bomba que presenta sí hace un auto chequeo cada vez que se enciende, comprobando todos sus parámetros y emitiendo un pitido una vez realizado, mostrando el número de serie para poder hacer cualquier reclamación y muestra también posteriormente el volumen suministrado antes del apagado de la bomba.

Concluye señalando que no tiene fundamento la resta de dos puntos sobre los diez totales, efectuada en el informe técnico en el apartado de seguridad por no tener la función de auto chequeo.

La pretensión que se ejercita por el recurrente es la de que se anule la adjudicación del Lote 4 para que, teniendo en cuenta todos los criterios no valorables en forma



automática se tenga en cuenta la valoración correcta y adecuada de todos ellos en la oferta presentada por la empresa NUTRICIA S.L.R. Es decir, esta pretensión, y por tanto nuestra resolución se ciñe, y así se dirá en su momento, a estos criterios evaluables mediante juicio de valor, y no de forma automática, y se refiere también de forma exclusiva a lo establecido respecto del lote número 4, únicos aspectos que son objeto de este recurso.

Quinto. Por su parte, las alegaciones presentadas por el adjudicatario, FRESENIUS KABI ESPAÑA, en síntesis, ratifican la valoración efectuada por el órgano de contratación, señalando, respecto de la bomba presentada por esa entidad, y refiriéndose, en particular a su facilidad de manejo, que su tamaño es muy pequeño y su manejabilidad muy intuitiva, siendo la más silenciosa del mercado, señalando el conjunto de ventajas que en este aspecto concreto presenta. En lo que respecta a la seguridad procede de igual forma, refiriéndose especialmente a la resistencia al agua y al auto chequeo, y tanto en uno y en otro manifiesta la especificidad de las cualidades del producto presentado. Concluye señalando que procede mantener la resolución de adjudicación en los términos en que se ha dictado, desestimando íntegramente el recurso de referencia.

Sexto. El órgano de contratación por su parte, presenta un informe relativo al recurso, en aplicación del artículo 46.2 del TRLCSP, se trata de un informe en el que se ponen de manifiesto los trámites que se han seguido en el procedimiento de contratación, hasta el momento en el que se procede a adjudicar cada uno de los cuatro lotes en que se divide el contrato que es objeto del recurso que nos ocupa. Incorpora también una explicación puntual de la valoración técnica efectuada en la que se aclaran algunos de los extremos que son objeto de impugnación por parte del recurrente, en términos a los que haremos referencia más adelante. En síntesis también, complementa la valoración técnica efectuada, añadiendo razones que justifican esa valoración técnica que sirvió de base al órgano de contratación para efectuar la adjudicación objeto de recurso.

Séptimo. Tal y como tiene reiteradamente declarado este Tribunal (por todas, véase la resolución 533/2014), en los casos en que lo que se impugne por la vía de este recurso especial sean las valoraciones técnicas, y dado que este órgano no está



compuesto por peritos en la materia a que se refiere el objeto del contrato, sólo cabe analizar los criterios técnicos seguidos por el órgano de contratación, y ello, tan sólo desde la perspectiva de la corrección de su motivación y de la ausencia de arbitrariedad. Pues bien, para ello, y al objeto de efectuar estas apreciaciones por parte de este Tribunal, debemos tener presentes, de un lado, las alegaciones del recurrente, y de otro, y de forma principal o esencial, el pliego de cláusulas administrativas que establece los criterios que deben ser objeto de valoración y el procedimiento para efectuar ésta, y además, la valoración técnica que se haya elaborado por los peritos técnicos que hayan aportado esa valoración efectuada al órgano de contratación, sin perjuicio de considerar, igualmente, el informe que se elabore posteriormente, por el órgano de contratación a la hora de remitir la documentación del expediente, al amparo del artículo citado antes, 46.2 del TRLCSP, para que sea ese órgano de contratación el que en consideración a ello, en definitiva, efectúe su adjudicación.

Será a la luz de este conjunto de documentos cuando podamos determinar si la valoración que se impugna es o no correcta desde los parámetros de motivación a que hemos aludido antes. Y, además, lo anterior, debe ser interpretado junto con el criterio de que en el ámbito de las evaluaciones en las que intervienen criterios subjetivos, esto es, las que incluyen los criterios no evaluables en forma automática, se admite un cierto grado de discrecionalidad de los órganos de contratación, compatible con esa discrecionalidad técnica que debe ser reconocida a la hora de efectuar valoraciones de este carácter que no se realizan sobre la base de simples fórmulas matemáticas, pero siempre, como se dijo antes, dentro de unas pautas que se pueden resumir, sintéticamente, en las de necesidad de motivación suficiente y en la ausencia de arbitrariedad.

Pues bien, partiendo de lo anterior, ese juicio acerca de la correcta motivación que debe ser realizada por el órgano de contratación, exige partir de los criterios que han sido incorporados al pliego de cláusulas administrativas particulares, para definir el procedimiento con arreglo al cual deben efectuarse esas valoraciones que no utilizan fórmulas matemáticas.



En nuestro caso concreto, el pliego de cláusulas administrativas particulares, contiene esa información en la cláusula 6.5, relativa a los criterios de adjudicación, cuando en su punto 6.5.1, señala que *“el órgano de contratación acordará la adjudicación mediante la aplicación de los criterios previstos en el apartado 11 de la carátula”*. Acudiendo, al documento que recibe esa denominación, encontramos, respecto del lote 4, único que se debate en el presente recurso, en la cláusula 11, y bajo la rúbrica de “Criterios de Adjudicación”, el número 1, que se refiere a la relación de estos criterios de adjudicación, y dentro de ellos, la cláusula 11.1.1, se refiere también a lo relativo a los *“criterios no valorables de forma automática”*. Pues bien, dentro de estos últimos criterios, existe una parte, denominada de características técnicas de las bombas (Lote 4), (Alimentación enteral), que se discute por el recurrente, en alguno de sus aspectos. Así señala el recurrente, que en el apartado de “Facilidad de manejo”, con una puntuación de hasta 8 puntos, en el que, según el pliego, *“se valorará el manejo y funcionalidad la ligereza, facilidad y sencillez en uso, facilidad en la puesta en funcionamiento, bajo peso, mínimo mantenimiento”*, alegando a este respecto el recurrente, que la bomba que se presenta por el mismo es la más ligera de todas las presentadas, adjuntando un cuadro en el que así lo demuestra, con un peso total de 544 G, mientras que las presentadas por las dos entidades que concurrían en este Lote 4, pesaban 1020 G (FRESENIUS) y 920 G (ABBOTT). Nada más añade el recurrente en cuanto a este punto concreto, nada alega en qué medida esa circunstancia del peso ha sido objeto de una valoración incorrecta y cuál sería la valoración que le correspondería.

Veamos así, qué es lo que señala a este respecto la valoración técnica que se tuvo en cuenta, por el órgano de contratación, a los efectos de realizar la adjudicación de este lote 4, en cuanto a esos criterios que hemos mencionado, los no evaluables de forma automática,. En el aspecto de facilidad de manejo, el informe técnico valora la bomba presentada por NUTRICIA, en el criterio de “facilidad de manejo”, con 4 puntos, señalando al respecto que *“4 puntos en facilidad de manejo por presentar una puesta en marcha más compleja que Abbott tanto en la inserción de línea como en la programación”*. Y a este respecto, concretamente, el recurso alega, que no entiende esa complejidad en cuanto a la inserción de línea, la línea, añade el



recurrente, es el conducto por el que circula la nutrición e incorpora un casete para encajarla en el receptáculo de la bomba.

Pues bien, en este punto, cabría apreciar una falta de referencia expresa adecuada en el informe del técnico que valora el aspecto al que hacemos referencia, y ello en la medida de que ninguna mención se hace al peso de las bombas cuando el propio criterio establecía que el *“bajo peso”*, debía ser objeto de valoración, y además, en este aspecto de facilidad de manejo, la valoración técnica de la administración, del órgano de contratación, puede calificarse como excesivamente escueta en lo que a ese manejo se refiere, ya que no basta, una referencia tan breve como la de incluir sólo la relativa a la puesta en marcha, sin mención del resto de aspectos que este criterio exigía de conformidad al pliego.

Sólo, como decimos, se hace referencia expresa a un aspecto, el mencionado de puesta en marcha, sin mención alguna a los demás, es decir todos los mencionados en el pliego con excepción del valorado *“el manejo y funcionalidad la ligereza, facilidad y sencillez en uso, facilidad en la puesta en funcionamiento, bajo peso, mínimo mantenimiento”*. Por su parte, respecto de la bomba presentada por ABBOTT, se le otorgan los 8 puntos previstos como puntuación máxima, haciendo referencia nuevamente a la *“puesta en marcha más sencilla”*. Con ello, cabría apreciar, decíamos antes, al menos *prima facie*, un pequeño defecto en la motivación en los términos a que hemos aludido antes, en el sentido de que previendo el pliego una serie de características que debían ser objeto de valoración, en este aspecto concreto de *“facilidad de manejo”*, el órgano de contratación, tan sólo ha tenido en cuenta un aspecto a valorar y no todos los demás expresamente establecidos en el pliego respecto de este criterio, y ya mencionados antes, como son la ligereza, el manejo y funcionalidad, sencillez de uso, bajo peso y mantenimiento, aspectos que debían haber sido expresamente considerados y valorados, con referencia expresa a sus consideraciones en el informe técnico utilizado por el órgano de contratación. En suma esa motivación podía haber sido más completa y hacer referencia íntegra a lo que ahora se añade o complementa por la vía del informe complementario, llamando así al que se incorpora al recurso por el órgano de contratación.



Efectivamente, debemos tener en cuenta también el informe que se elabora por el órgano de contratación a los efectos de contestar a las alegaciones efectuadas en el recurso, y analizar así, si el mismo completa, sin añadir nada nuevo, los elementos que se tuvieron en cuenta por el técnico competente a la hora de la valoración, y pudiéndose así llegar a una conclusión de que es correcta la motivación expuesta inicialmente en la resolución por la que se procede a la adjudicación del lote 4 en discusión. A este respecto, efectivamente, el órgano de contratación, haciéndose eco de lo que en este sentido informa nuevamente el técnico competente, en este caso la supervisora de recursos materiales de la Gerencia, señala que, en relación con el peso de las bombas ofertadas, los pesos son similares, de manera que la diferencia no aporta, al ser mínima, un valor negativo, sin que se hayan tenido en cuenta otros pesos como el de los soportes, al manejar los pacientes estas bombas con soportes rodables que hacen que este peso, no sea apreciable, al soportar este gotero rodable hasta cuatro kilos de peso.

Cabría preguntarse al respecto el porqué de incluir como valorable, la ligereza o el peso de las bombas si existen tales aspectos que hacen que sean inapreciables las diferencias, pero también podemos señalar, que sólo serían apreciables, de forma sustantiva y con entidad en la puntuación, en este aspecto, a efectos de valoración, diferencias más importantes de peso, y no tan nimias como las que se ponen de manifiesto en el informe del órgano de contratación, pudiendo considerar que este aspecto, el del peso, y mejor, el de la entidad del peso, debe apreciarse, por tanto, en definitiva y como ahora aclara el órgano de contratación, en una mayor diferencia a efectos de computar en este criterio de valoración, entendiendo en este aspecto, en definitiva, y como primera conclusión a las alegaciones efectuadas por el recurrente, correcta la valoración efectuada por el órgano de contratación.

Pero en todo caso, si debemos señalar al respecto, que este tipo de aclaraciones que ahora se hacen en el informe que acompaña a la documentación requerida en este recurso, hubiera sido conveniente que se realizaran en el propio informe de valoración inicial, pues éste, aun cuando tiene un cierto margen de discrecionalidad técnica, como se dijo antes, debe contar con todos, y subrayamos esta palabra, todos, los elementos que se han utilizado para efectuar la valoración, resultando un



informe detallado en todos sus aspectos, y ello por mucho que se apliquen criterios no cuantificables matemáticamente. En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, como se dijo, podemos entender suficiente, el criterio de que el peso de diferencia de una entidad de 88 gramos, es insuficiente a los efectos de suponer una alteración en este punto o criterio de valoración, en los términos requeridos por el recurrente en sus alegaciones.

Igualmente, el informe técnico acompañado al expediente hace referencia a otro de los aspectos que sí ha sido objeto de valoración y donde se hace referencia a las dificultades de manejo a que se hacía una breve referencia en el informe técnico base de la adjudicación, aclaraciones que también podemos entender que forman parte de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, que no introduce elementos nuevos en la valoración inicial y que, sin perjuicio de que sería conveniente que formaran parte de la valoración técnica inicial, no podemos por menos que admitir, que este informe que la normativa exige al órgano de contratación puede efectuar explicaciones complementarias al criterio inicial y que no dejan de ser eso, simples o meras aclaraciones que no alteran el sentido del informe técnico elaborado durante el procedimiento, y que tan sólo lo complementan en aspectos que ya formaban parte originariamente del mismo. En otras palabras, aun cuando el informe técnico inicial hubiera podido estar mejor motivado, la realidad es la de que en ese momento no se pueden prever todas las alegaciones que posteriormente vayan a realizarse por los licitadores, y en el presente caso, lo inicialmente informado, aunque escueto, puede entenderse completado con el informe posteriormente incorporado ya a este recurso y en su conjunto cabe apreciar como suficiente la motivación realizada respecto del criterio a que venimos haciendo referencia.

Así, en este punto o criterio de valoración, aun cuando se hace referencia a distintos parámetros, parece que todos se pueden reconducir al esencial de la facilidad de manejo, entendida como un todo, y eso ha sido, tal y como resulta del informe del órgano de contratación y del técnico que le acompaña en el expediente, lo que ha sido objeto de valoración en lo que a este criterio respecta. Por tanto, en referencia a este criterio, debemos considerar correcta la apreciación técnica del órgano de



contratación, y no resultan en consecuencia admisibles las alegaciones que, en el recurso, plantea la entidad recurrente, NUTRICIA.

Octavo. El segundo de los aspectos a que hace referencia el recurso de NUTRICIA, es el relativo a la resistencia al agua, entendiendo el recurrente que, toda vez que el pliego técnico prevé, de forma expresa que la bomba de alimentación enteral, que es el objeto de este lote que se discute, debe contar con facilidad de limpieza, compatible con los productos de higiene y desinfección hospitalaria y que se valorará todo aquello que aumente la seguridad clínica de los pacientes usuarios de la bomba, esa resistencia al agua debía haber sido valorada expresamente, dentro de los parámetros *“de facilidad de manejo, seguridad y/o mejoras”*, según señala de forma expresa en su recurso. Pues bien, esta resistencia al agua en ningún momento está prevista en el pliego como criterio o subcriterio que deba ser objeto de valoración en el pliego a que estamos haciendo referencia. Ciertamente en el concepto de seguridad que sí es objeto de valoración en el pliego, cabría haber incluido este aspecto concreto de la resistencia al agua, pero no podemos criticar al pliego por no incluirlo, ni al órgano de contratación por no haberlo valorado de forma expresa, al ser tales menciones opcionales de los órganos encargados de la elaboración de los pliegos debiendo incluir aquéllos que juzguen más importantes para la obtención de la finalidad perseguida, y una vez que se opta por la no inclusión no debe ser analizado por los técnicos competentes.

Pero es que en el presente caso, el informe complementario sí hace una referencia expresa a esta cuestión, en el doble sentido de que todas son fáciles de limpiar y constatando sus resistencias en los términos en que han sido consideradas tanto en cuanto a los índices de protección como en lo referente a las precisiones. También consideramos lo que, a este criterio refiere el órgano de contratación en el informe que acompaña al expediente, recibiendo en materia de seguridad superior puntuación NUTRICIA que la adjudicataria. Por lo tanto, también en este aspecto es correcta la actuación del órgano de contratación, a juicio de este Tribunal, al no observarse ninguna contradicción o defectuosa motivación en lo que la resistencia al agua supone.



Noveno. Por último, en referencia a la también última alegación del recurrente, en lo que se refiere al sistema de auto chequeo, en el informe técnico, relativo a los criterios no evaluables de forma automática, el órgano de contratación, pone de manifiesto que la bomba del recurrente, *“no realiza la función de auto chequeo antes de iniciar la alimentación que nos permita ir viendo todos los parámetros de infusión”*. El recurrente, por su parte, respecto de esta función de auto chequeo, indica que tales afirmaciones no son ciertas, puesto que la bomba ofertada por NUTRICIA, tiene esa función de auto chequeo, cada vez que se enciende la misma, comprobando todos los parámetros de la bomba, por lo que a su entender, no tiene fundamento que se detraigan de puntos de su oferta en el apartado de seguridad por no tener función de auto chequeo. Partiendo del acierto y veracidad que debemos otorgar en este aspecto al órgano de contratación, se nos antoja difícil que esas afirmaciones efectuadas por el recurrente hayan pasado inadvertidas en el informe técnico, pero cabe, desde ya, señalar al respecto, que existe una insuficiente motivación en este apartado en el informe técnico en el que se ha basado el órgano de contratación, y ello desde el momento en que si se quiere otorgar una importancia determinante a la función de auto chequeo de la bomba, en este aspecto relativo a la “seguridad de uso”, debería, a juicio de este Tribunal haber sido objeto de mención específica en el pliego de cláusulas, precisamente en este punto concreto, con una puntuación de hasta 10 puntos, y ello, desde el momento en que, este aspecto del auto chequeo, parece resultar determinante al hora de deducir esos 2 puntos para otorgar 8 al recurrente y 10, sin embargo a ABBOTT. En el criterio a que venimos haciendo referencia, los aspectos a considerar en la valoración, son *“las opciones avanzadas de programación y seguridad: Se valorará lo que indica las opciones de seguridad, según gama de programas de infusión, con programación avanzada, software de seguridad, alarmas, etc.”* Por lo que, sin perjuicio de que se pueda hacer mención indirecta a esa función, la mención directa no concurre, y podía haberlo hecho.

Por otro lado, si se quiere hacer referencia expresa a ese auto chequeo, por ser decisivo en la valoración de la seguridad de las bombas ofertadas, deberá serlo con una precisión mayor, que no permita, en ningún caso, que de la lectura del informe técnico, resulte que no existe una función que el recurrente alega de una forma tan rotunda que sí aparece en la bomba que oferta, ya que tal vez, esta polémica quede



reducida a un matiz que desconocemos, y que forma parte de cuestiones técnicas que nos son lejanas, pero en todo caso, y entrando tan solo en la motivación técnica, ese matiz, no se advierte, y lo que resulta es que una función que parece formar parte de la bomba presentada por el recurrente, y que éste asevera, sin lugar a dudas que tiene la bomba que oferta, desaparece a juicio del informe técnico que sirve de base al órgano de contratación para efectuar la adjudicación. La motivación técnica deberá salvar esto que, a primera vista aparece tan claramente, que el auto chequeo forma parte de la bomba ofertada por el recurrente, y no forma parte de la misma al juicio del órgano de contratación.

Pero es que si analizamos la documentación técnica que fue aportada por los distintos licitadores en cuanto a este lote 4, podemos ver que la recurrente, cuando hace referencia a la bomba que oferta, en su “resumen para la valoración de las características técnicas de las bombas de nutrición”, en la página 2 del mismo, hace referencia a características como “seguridad de uso y manejo”, al bloqueo del teclado, alarmas y alertas auditivas y visuales que previenen posibles cambios o errores, protección contra el flujo libre, entre otras, añadiendo, además, en la documentación técnica, en el folleto correspondiente a la bomba ofertada, y a sus “instrucciones de uso”, a determinadas funciones de la mencionada bomba, tales como, dentro del apartado de “funciones de alarma y características de seguridad”, a que, “en caso de que se produzca alguna de las situaciones relacionadas con el diagrama de solución de problemas, la bomba emite una alarma audible y visual y deja de funcionar. La luz posterior de LCD se enciende automáticamente...”, y, por su parte, se recoge a continuación, lo que se denomina un “diagrama de solución de problemas”, en el que aparecen los referentes y sus causas y procedimientos de corrección, de manera tal que si la bomba, marca, por ejemplo, “no set”, se determina la causa de tal alerta y su procedimiento de corrección. Por una parte, la bomba aportada por el adjudicatario, hace referencia expresa a esta función de auto chequeo en sus alegaciones, y observamos que también en esas alegaciones recoge las alarmas que se ponen en actuación ante las posibles disfunciones de la bomba, como elementos determinantes de esta función de auto chequeo, por lo que la sola existencia, a nuestro juicio del sistema descrito por el recurrente y confirmado en su documentación pone de manifiesto que, al menos esa función a que venimos



aludiendo existe en la bomba ofertada, lo cual ya refleja de por sí, un error manifiesto en la valoración efectuada por el órgano de contratación, todo ello en la línea que venimos manteniendo. En definitiva, sí parece que concurre en la bomba ofertada por el recurrente un elemento negado en el informe técnico inicial y no confirmado de forma indubitado en el complementario, como veremos más adelante.

Así, en este punto existe un elemento que, a juicio de este Tribunal resulta determinante para apreciar una desviación en la actuación del órgano de contratación, que da lugar a que deban ser consideradas las alegaciones del recurrente. Efectivamente, en el informe que acompaña al expediente, se hace una referencia que viene a alterar esencialmente, a nuestro entender, el contenido de la valoración inicial. Así, en este informe se establece ahora que *“el auto chequeo que realiza Abbott permite además de visualizar el número de serie de bomba la bomba (sic), el número de software y otros parámetros de infusión que permite verificar directamente”*, y decimos que ello es esencial porque ya no se parte de que el recurrente, en la bomba que oferta, carezca de la función de auto chequeo, que es lo que ese recurrente discute como vimos, que se dice que no tiene esa función cuando él sí señala que la bomba la tiene, no, ahora lo que establece el informe técnico es que esta función de auto chequeo tiene una serie de precisiones, sin más, sin que se entren a señalar cuáles son las que tiene o no la recurrente en su bomba, no parece ahora que la función de auto chequeo no aparezca en la bomba del recurrente, tan solo se establece cuáles son las funcionalidades que esta función tiene en la bomba mejor valorada. Algo más completo debería haber contenido el informe elaborado *a posteriori* por el órgano de contratación si se quiere confirmar, sin lugar a dudas, esa inexistencia de la función de auto chequeo que niega el recurrente, y no basta, desde luego, que sin esa confirmación, este informe complementario entre sobre las características del auto chequeo mejor valorado, porque, de esa manera, parece que, sin alterar la valoración, ya no se discute la existencia o no de la función sino sus especificaciones técnicas concretas, que son válidas, pero que ante la afirmación del informe inicial negatorio de la función aludida exigía, a nuestro juicio, una concreción mayor de lo que se afirmó en origen.



Por lo tanto, y en este aspecto, este Tribunal sí considera que es incorrecta la valoración efectuada por el órgano de contratación en su resolución impugnada, hace unas referencias que luego no quedan aclaradas, considera así inexistente una función que luego no ratifica como tal, sino que entra en matices en cuanto a las características que presenta la bomba seleccionada con la mejor puntuación, pero sin confirmar, en momento alguno, como resultaría exigible, a la luz de lo alegado por el recurrente y ya conocido por el técnico que hizo la valoración y hace este nuevo informe, su existencia o no, en la bomba presentada por el recurrente, que como se vio insiste en que tal función, que además es hecho notorio (fácilmente comprobable) que aparece en la mayoría de las bombas de uso hospitalario con unas u otras especificaciones, como resulta en la que se presenta junto a las que han sido objeto de estas consideraciones (FRESENIUS KABI).

En este punto apreciamos la existencia de un error de apreciación en la motivación y de valoración en la resolución impugnada, y ello desde el momento en que esta función no tiene expresa referencia en los criterios o en los pliegos, que son los documentos que deben considerarse como determinantes a los efectos de efectuar tales valoraciones, por lo que no nos parece adecuado convertir a esta función de auto chequeo, como determinante de una diferencia tan abultada de dos puntos sobre los diez totales que se prevén en este criterio relativo a la seguridad. Un aspecto no contemplado en el propio criterio, sin referencia expresa en ningún momento, no puede ser considerado como elemento esencial de la valoración, determinante como decimos de un veinte por ciento de la valoración de ese criterio y cuando, además, no parece que sea que el recurrente en la bomba que presenta al contrato, no lo tenga incluido, como se llega a afirmar en el informe técnico, sino que, según él insiste, forma parte de las funciones que presenta la bomba ofertada, todo lo más, que puede ocurrir, es que esta función presente alguna diferencia respecto de características de esa función que existe, por lo demás en todas las bombas presentadas, pero ello sería otra cuestión a debatir en un caso en que los informes y las valoraciones, o diferencia entre los licitadores, hubieran sido diferentes..

Excede además, incluso desde una consideración amplia de la discrecionalidad que venimos reconociendo a los órganos de contratación en estas valoraciones no



sujetas a fórmulas matemáticas, en las que se admite la correspondiente dosis de discrecionalidad técnica, pero el aspecto que hoy consideramos supera, tal y como está reflejado en el procedimiento, esa consideración y ello por lo ya dicho antes. Se trata de una función a la que se le da una valoración de una quinta parte en un criterio que menciona extremos determinados de valoración pero no éste, la función de auto chequeo, al menos de forma expresa, y que tampoco se menciona en el pliego técnico, tratándose de una función que aparece, en principio, en todas las bombas que fueron objeto de oferta, respecto de este Lote 4 y, además, presentando una auténtica anomalía en su valoración, cual es la de no considerarla en un principio, y después, frente a la alegación de existencia de la función por parte del recurrente perjudicado, limitarse a ratificar el criterio y la valoración, ahora señalando las bondades de la que se valora por encima de la del recurrente. Ello está reflejando, desde el punto de vista del expediente y de la documentación contenida en éste, para este Tribunal, tanto en cuanto a la relativa a los pliegos como la que se refiere a los informes elaborados por los técnico competentes, que esa valoración ha sido incorrecta y es incorrecta también en cuanto a la apreciación de la diferencia de puntuación que se otorga a la recurrente, en el sentido ya expresado de que esta función por sí sola, y apareciendo como consta en el expediente, en la bomba ofertada por el recurrente, no puede suponer una deducción de dos puntos, sobre diez, respecto de la mejor puntuación. Todo ello, debe ser restringido, como no puede ser de otra manera a lo que es objeto de recurso, la valoración examinada debe ser tan solo la referida a los criterios no evaluables de forma automática, y en lo relativo, también de forma exclusiva al Lote número 4, único impugnado en este recurso, y siempre en cuanto a este criterio de seguridad de uso, de la bomba de alimentación.

Entiende este Tribunal, en definitiva, en lo que se refiere a este aspecto, que no es correcto el criterio del órgano de contratación manifestado en su resolución de adjudicación procediendo, por tanto, la estimación de esta alegación con los efectos que, a continuación consideraremos.

Décimo. Dicho lo anterior, debemos también analizar hasta qué punto estas circunstancias, una vez consideradas, de conformidad con lo que señalábamos en



los anteriores fundamentos, darían lugar a una alteración en el resultado del procedimiento de contratación. En otras palabras, debe este Tribunal, valorar también en el seno de este procedimiento, si procede retrotraer el mismo para que se subsanen tales deficiencias, o bien, cabe considerar, en aras de la economía procedimental, que debemos prescindir de tal subsanación, al no suponer la misma alteración posible del resultado del procedimiento, toda vez que, no obstante efectuarse esa subsanación de la resolución de adjudicación, procediendo a la correcta motivación, y en su caso, a la atribución de las puntuaciones correspondientes al recurrente, con la consiguiente adición o sustracción procedente, no obstante todo ello, repetimos, no se vería alterado el resultado final y definitivo del procedimiento de contratación, al resultar adjudicatario el mismo que lo has sido por la resolución que se revisaría. Otra cosa, supondría el absurdo de retrotraer todo el procedimiento para llegar a un mismo resultado que el actual, y una actuación como la descrita no puede ser querida por el ordenamiento que consagra los principios de eficacia en la actuación administrativa y conservación de actuaciones no anulables, y así lo hemos establecido en resoluciones de este mismo Tribunal (Resoluciones TACRC 214/2012 y 92/2013, por todas), en las que en virtud de este principio de economía procedimental, cuando la eventual estimación de una alegación no altera el resultado del procedimiento, no es procedente la retroacción de las actuaciones efectuadas en ese procedimiento.

Pues bien, en el presente caso que nos ocupa, en caso de que se volviese a elaborar por el órgano técnico competente, un nuevo informe de valoración, en este punto de los criterios no evaluables de forma automática, referido al lote 4, y refiriéndonos a lo establecido antes, en cuanto al criterio de seguridad de uso, en los que se refieren a la valoración de la bomba de alimentación, es decir al punto 2.2, y se remitiera éste nuevamente al órgano de contratación, se alteraría el resultado definitivo del procedimiento tal y como este resultado se manifiesta en la resolución de adjudicación impugnada, y ello siempre que se utilizasen los parámetros razonados en esta resolución. Así, analizaremos la fase que es objeto de debate, la correspondiente a los criterios que no son evaluables automáticamente, o mediante fórmulas matemáticas, para a continuación, observar los efectos en el procedimiento en su conjunto, en la resolución de adjudicación, en definitiva. Sin perjuicio de ello, sí



debemos manifestar desde este momento que, de acuerdo con variadas resoluciones de este Tribunal, no podemos entrar más allá de nuestra competencia de anular el acto impugnado, de conformidad, en su caso, con la pretensión del recurrente, pero sin que podamos, de modo alguno (así en la resolución 62/2012, de 29 de febrero), sustituir la competencia propia de los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación, y ello atendiendo a esa naturaleza y función revisora sobre los actos impugnados que se establece, con carácter general en materia de recursos administrativos en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, y, específicamente, en el artículo 47.2 del TRLCSP, so pena de incurrir nuestra resolución en nulidad de pleno derecho, por incompetencia material, ex artículo 62.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En definitiva, debemos determinar si procede o no ordenar tan solo la retroacción del procedimiento a fin de que el órgano de contratación dicte una nueva resolución de adjudicación, al proceder anular la dictada y sustituirla por otra nueva que se adecúe a nuestra resolución, o mejor, a los criterios y demás exigencias, establecidos en la documentación contractual. Pero ello no es óbice para que entremos en aquellos aspectos de la valoración que sí son de competencia de este Tribunal, al no haber respetado las pautas de corrección en la motivación y respecto a la documentación contractual que sirve de base a todo el procedimiento, aunque estemos en presencia de criterios técnicos valorables con criterios no matemáticos.

Efectivamente, respecto de la fase debatida, si atendiéramos a las alegaciones del interesado en el sentido de atribuirle la máxima puntuación en los criterios en los que, como hemos hecho referencia más arriba, existe una defectuosa motivación en la resolución impugnada, esto es en el criterio correspondiente a la seguridad de uso, no quedaría alterada la posición en cuanto a estos criterios correspondientes al sobre B, pero sí quedarían alterados los resultados definitivos del procedimiento, toda vez que la puntuación que se atribuiría al recurrente, no alteraría, como decíamos esta fase B, pero sí le atribuiría los puntos que le resultarían necesarios para adelantar en la puntuación al adjudicatario. Así, si se le atribuye a la recurrente, una puntuación congruente con esta resolución y con la documentación del contrato, que valorase en menor medida esa diferencia o deducción de puntuación por el defecto de la función



de auto chequeo, otorgando al recurrente una puntuación mayor en ese criterio, esto es en el denominado “Seguridad de uso”, contaría con una puntuación superior a la actualmente atribuida en el informe técnico que es fundamento de la resolución objeto de impugnación, lo cual hace una puntuación adicional que le correspondería al recurrente NUTRICIA y que le incrementaría esa puntuación, dando lugar a que, en caso de que, se procediese a corregir la motivación y la puntuación, correspondiente sólo a esos criterios no evaluables matemáticamente, y en este Lote 4, en relación a ese criterio al que venimos haciendo referencia de “seguridad de uso” (punto 2.2 del Lote 4), en los términos a que hacemos referencia en esta resolución, la puntuación que se atribuiría a NUTRICIA, en este sobre B, al que venimos haciendo referencia, sería, efectivamente, todavía inferior al que es la mejor puntuación en este punto, esto es ABBOTT LABORATORIES, ya que éste supera al recurrente, en la propuesta técnica o informe incorporado al expediente en un total de 13 puntos.

Sin embargo con esta puntuación adicional, y ello es lo esencial, NUTRICIA sí podría adelantar al adjudicatario definitivo del lote 4 debatido, computando lo anterior en el resultado final y definitivo, toda vez que, el adjudicatario de éste esto es, FRESENIUS KABI ESPAÑA, en la puntuación definitiva tan sólo adelanta al recurrente, en tres décimas de punto, por lo que, en el caso de que, como venimos razonando, la puntuación debiera modificarse a la luz de la nueva motivación que entendemos exigible a la resolución impugnada, la puntuación total correspondiente a este lote 4 que es objeto del recurso, cambiaría, procediendo, en principio y según lo razonado hasta ahora, su adjudicación al recurrente, puesto que en todo caso, le correspondería una puntuación superior a la diferencia existente en este momento con el adjudicatario.

Queremos con todo ello señalar, dentro de la competencia limitada a la que hemos hecho referencia antes, respecto de cuestiones técnicas, que es predicable de este Tribunal y en el seno también de nuestra función restringida a la fiscalización de los actos dictados por los órganos de contratación, y, en este caso, en cuanto al acto de adjudicación que se impugna; que de acuerdo con los parámetros aludidos y analizados, derivados todos ellos, de los pliegos del contrato y la actuación de los



órganos que han intervenido en este procedimiento, la diferencia de dos puntos derivada de la función de auto chequeo, es excesiva, en atención a todo lo anterior, y que cualquier otra valoración técnica, no evaluable de forma automática, y en este lote 4, criterio de seguridad de uso, que se efectúe, deberá reducir esa diferencia a la que resulte ajustada, de conformidad con el pliego y la interpretación que aquí hemos hecho.

En definitiva, y aquí sí debemos hacer una referencia expresa a las puntuaciones otorgadas, en la resolución impugnada, consideramos que la diferencia existente en la actualidad entre el adjudicatario y el recurrente desaparecería, si se adoptasen correctamente los criterios contractuales previstos en el pliego, y en los términos en que venimos haciendo referencia. En este sentido, la nueva valoración, en este punto relativo a los criterios no evaluables de forma automática, en lo relativo al Lote 4, único objeto de este recurso, debería suponer para el recurrente, una puntuación mayor a los 8 puntos que se le han otorgado en este criterio relativo a la seguridad de uso, debiéndose puntuar su oferta con una puntuación superior a la diferencia, tres décimas (0,3 puntos), existente en la actual valoración con el adjudicatario. Y es que, y ello debemos reiterarlo, estas apreciaciones que hacemos no exceden nuestra competencia para pasar ya a la netamente técnica, sino que resulta, de forma clara, y evidente, a la luz de la documentación que es objeto del examen en este procedimiento de recurso y que sí es competencia de este, cuando se trata de una información que es notoria y resulta del propio expediente, entrando además, este Tribunal en la puntuación técnica y no sujeta a valores matemáticos, pero ello desde el momento de que lo que hemos dicho hasta aquí, no es sino patente, a la luz de esa misma documentación que dota de una diferencia a toda luz excesiva en una función que tienen todas las bombas presentadas en este lote 4, objeto de este recurso, todo ello como hemos venido diciendo y queremos reiterar, lógicamente, en los términos en que se encuentran redactados y elaborados los documentos contractuales de obligada aplicación para el órgano de contratación, y los informes que en desarrollo de estos se han dictado por los técnicos competentes para fundamentar la resolución combatida en el presente recurso especial.



Por todo ello, entendemos que debe ser estimado el recurso interpuesto por NUTRICIA, en el punto a que hacemos referencia, anulando la resolución de adjudicación impugnada, y retrotrayendo el expediente al momento en que se verificó la valoración técnica, en lo que se refiere exclusivamente a la valoración que se efectúa mediante los criterios no evaluables de forma automática, y referida, de forma exclusiva, al Lote número 4, y siempre respecto a este criterio de seguridad de uso (2.2), en la valoración de la bomba de alimentación, punto 2, que es el que se impugna y conforma, consiguientemente, el objeto propio de este recurso especial que resolvemos, a fin de que ésta se realice nuevamente, valorando aquellos aspectos que resulten a la luz de lo que hemos expuesto en la presente resolución, y en los términos a que hemos hecho referencia en esta misma resolución, dictando una nueva resolución de adjudicación que sea procedente a la luz de esa valoración técnica realizada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M. S. B., en nombre y representación de la mercantil NUTRICIA, SRL; contra la resolución adoptada el 6 de junio de 2014 por la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte de la Xunta de Galicia por la que se acuerda la adjudicación del Suministro sucesivo por precio unitario de fungibles para bombas volumétricas, de jeringa, PCA y de alimentación enteral para el Hospital Universitario Lucus Augusti, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas, mediante los criterios no evaluables de forma automática o mediante fórmulas matemáticas, en cuanto al criterio de seguridad de uso, en la valoración de la bomba (2.2), en la valoración de la bomba de alimentación, referida, tan sólo al lote número 4, que deberá realizarse



nuevamente de conformidad con las exigencias de la documentación contractual para, a continuación, dictar la correspondiente resolución de adjudicación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, y de acuerdo con el artículo 47.4 del mismo TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición de los recursos acumulados por lo que no procede la imposición la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo 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.