



Recurso nº 11/2015 C.A. Valenciana nº 1/2015

Resolución nº 123/2015

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

En Madrid, a 6 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. L. V. G., en representación de la sociedad MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de acuerdo marco A.M. 34/3013 para la celebración del acuerdo marco para el suministro de material de cobertura quirúrgica desechable, por la exclusión de la recurrente de los lotes 3, 44, 60, 62, 81 del expediente, del Servicio Valenciano de Salud, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea publicó el 7 de marzo de 2014 el anuncio de licitación del procedimiento abierto para la celebración de un Acuerdo Marco para el suministro de "Cobertura Quirúrgica Desechable" con destino a los centros dependientes de la Consellería de Sanitat de la Generalitat Valenciana.

El anuncio fue remitido a la oficina de publicaciones del DOUE el 5 de marzo de 2014.

Asimismo, el Boletín Oficial del Estado publicó el 24 de marzo de 2014, el Anuncio de la Dirección General de Recursos Económicos de la Consellería de Sanitat de la Generalitat Valenciana sobre la licitación del expediente 34/2013 Acuerdo Marco para el suministro de Cobertura Quirúrgica Desechable.



El Diario Oficial de la Comunidad Valenciana publicó el 18 de marzo de 2014, la licitación número 34/2013. Acuerdo marco para el suministro.

Segundo. El procedimiento para la celebración del contrato de servicios objeto de este recurso se ajusta al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y normas estatales y de la Comunidad Autónoma de desarrollo.

Tercero. Interpuesto el recurso ante el órgano de contratación, el día 7 de enero de 2015, al ser el acto recurrido el acuerdo de adjudicación del contrato se produjo la suspensión automática del procedimiento al amparo del artículo 45 del TRLCSP. En fecha 26 de enero de 2015 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión automática del expediente de contratación, en lo relativo a los lotes afectados.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal con fecha 15 de enero de 2015 dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas licitadoras para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el Art. 41.4, del TRLCSP, en el marco del Convenio de colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE de 17 de abril de 2013).

Segundo. La impugnación del acuerdo de adjudicación, de acuerdo con el artículo 40.2.a) del TRLCSP, sólo será susceptible de recurso especial en materia de contratación



si estos pliegos tienen por objeto la celebración de alguno de los contratos enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP.

En este caso, el contrato que se pretende celebrar es un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada, toda vez que el valor estimado del contrato es de 16.851.403,40 euros. Consecuentemente, se cumple el presupuesto previsto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP para reconocer la competencia del Tribunal.

Por último, debe precisarse que la impugnación se dirige contra el acuerdo de adjudicación a pesar de que el fundamento del recurso es la decisión de exclusión de la recurrente de los lotes 3, 44, 60, 62 y 81; no obstante, no se acredita en el expediente remitido la notificación o el acto de conocimiento del acto de exclusión de la empresa licitadora anterior al acuerdo de adjudicación, por lo que se estima procedente el uso de la resolución de adjudicación como trámite para reaccionar contra la decisión administrativa.

Es necesaria esta precisión toda vez que el órgano de contratación en su informe al recurso indica que se comunicó a las empresas licitadoras en reuniones posteriores a la apertura de los sobres correspondiente a la documentación económica y técnica relativa a los criterios valorables de forma automática, el día 24 de septiembre de 2014, facilitándose en el Servicio de Aprovisionamiento y Contratación el contenido del informe del Comité de Expertos que valora las ofertas conforme a los criterios cuantificables dependientes de un juicio de valor y que dio lugar a la exclusión de la proposición de los lotes 3, 44, 60, 62 y 81. No obstante, esta información no queda acreditada en el expediente.

Tercero. El recurso se interpuso ante el Tribunal el día 7 de enero de 2014. La resolución de adjudicación, objeto del recurso, es de 17 de diciembre de 2014 y fue publicada el 18 de diciembre de 2014, según reconoce el recurrente en su recurso. Consecuentemente, debe estimarse interpuesto el recurso en el término fijado en el artículo 44.2 del TRLCSP.

El recurso no fue anunciado al órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se interpone por la empresa MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L., licitadora que resulta excluida de los lotes 3, 44, 60, 62 y 81 para los cuales presentó una oferta. La exclusión de la recurrente, por ser un acto que perjudica sus intereses, implica el reconocimiento de legitimación para recurrir por esta vía.

Quinto. Entrando en el fondo del recurso, la empresa MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L., en relación con el Lote 3 del contrato, “bata quirúrgica desechable estéril” aprecia falta de motivación de la exclusión fundada en que para el Acuerdo Marco 168/2008, en el que se preveían requisitos técnicos casi idénticos, la propuesta técnica de la recurrente obtuvo la máxima puntuación técnica. Asimismo, no se comprende la exclusión motivada en que las batas se rompen con facilidad y traspasan a pesar de que esas mismas batas llevan siendo suministradas 6 años al Servicio Valenciano de Salud sin que se haya recibido reclamaciones.

El Pliego de Prescripciones Técnicas prevé para el Lote 3- BATA QUIRÚRGICA DESECHABLE ESTÉRIL. VARIAS TALLAS.

- Clasificada como “prestación estándar” de conformidad con la norma EN 13795.
- Tejido sin tejer mayor o igual a 41 g/m² no deformable.
- Podrán ser plastificadas.
- Acabado correcto. Puño tejido elástico, con cierre de velcro a cuello y cintas de atado resistentes incorporadas a la misma.
- Tallas: mediana, grande, extra grande y super extra grande.
- 2 paños seca manos incorporados en el encase.

Envasado individual estéril de fácil apertura, con identificación del producto y fecha de caducidad.

En el cuadro de características del pliego modelo de cláusulas administrativas particulares para la celebración de un acuerdo marco para el suministro de material se prevé, en el número 12, los criterios para la adjudicación del acuerdo marco, disponiendo para la calidad técnica (75 puntos) que se valorará de acuerdo con los criterios y puntuaciones recogidos en ANEXO “BAREMO”. Asimismo, para resultar seleccionados los productos deberá obtener una puntuación mínima de 55 puntos dentro del apartado “Calidad Técnica”.

El órgano de contratación, después de ser requerido expresamente por la Secretaría del Tribunal, el día 4 de febrero, remitió un documento denominado “ANEXO BAREMO” que contiene los criterios a valorar en la adjudicación de los lotes.

El número 16 del pliego regula el órgano competente para la valoración de las ofertas, diciendo que: Se constituirá un Comité de Expertos para la valoración del apartado calidad técnica de las ofertas, que emitirá informe en el plazo de un mes y estará integrado por las personas previstas en este apartado.

En el número 19 al regular el PROCEDIMIENTO PARA LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS BASADOS EN EL ACUERDO MARCO, se prevén los criterios de adjudicación, disponiendo para para obtener la puntuación técnica, cuyo peso en relación con la puntuación total será de un 20%, la siguiente formula: “Se otorgarán 20 puntos a la oferta seleccionada con la mayor puntuación en el apartado “calidad técnica” del acuerdo marco para ese lote, valorando el resto de productos de cada lote de modo proporcional con el anterior.

$$V_{pt}(x) = V_{max}(PT) \times PT(x) / PT(max)$$

En la que:

- $V_{max}(PT)$ es el mayor valor asignado a la puntuación técnica (20),
- $PT(x)$ es la puntuación técnica de la oferta que se evalúa y

- PT (max) es la mayor puntuación técnica del lote.”

En el anexo II de la resolución se excluye la propuesta de la recurrente en relación con la marca comercial Barrier de batas quirúrgicas desechables estéril referencias 98000622 98000623, 98000624 y 98000625, se les atribuye la puntuación 54,17 y se indica que “se rompe con mucha facilidad y traspasa”.

En el informe del comité de expertos se valoró el producto ofertado por la recurrente considerando los criterios previstos en el documento ANEXO BAREMACIÓN, así:

Estéril Si/No	Grosor (0 a 20 puntos)	Envasado, fácil apertura identificación del producto (0 a 15 puntos)	Resistencia a la tracción Indeformable (0 a 15 puntos)	Acabado, adaptabilidad, transpirabilidad confort (de 0 a 15 puntos)	Impermeable es hidrófuga (0 a 20 puntos)
Si	15,33	8,17	7,50	10,50	12,67

En las observaciones a la evaluación el comité de expertos manifiesta que: “rompe con mucha facilidad y traspasa.”

En relación con los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor el Tribunal viene manteniendo un criterio constante que se manifiesta en reiteradas resoluciones, entre otras la Resolución 52/2015, de 20 de enero, en la que se cita la Resolución 168/2013, de 8 de mayo de 2013 y se dijo: *“Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya*



incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

De acuerdo con los criterios de adjudicación, la propuesta de la recurrente no alcanza el umbral mínimo exigible de 54,17 puntos, tras la valoración que hizo el comité de expertos previsto en los pliegos, de acuerdo con los criterios del baremo contemplados en el documento “ANEXO BAREMOS”. Por tanto, dado que no se observa que el comité técnico, la mesa de contratación y el órgano de contratación hayan incurrido en una valoración irracional o arbitraria de las ofertas, ni se han apartado del procedimiento descrito en el pliego este Tribunal no puede sustituir su valoración.

El argumento de la recurrente en relación con otro procedimiento en el que se valoraron sus productos en el año 2008 carece de consistencia toda vez que no es posible trasladar la evaluación que pudo obtener un producto en un procedimiento de contratación a otro. Asimismo, no se puede sostener que transcurridos los años el objeto del suministro tenga que recibir igual o siquiera valoración, no ya sólo por el paso del tiempo que permite la mejora técnica de los productos suministrados sino también por la comparación que los técnicos deben hacer de los productos ofertados por los licitadores y que permite apreciar las características de unos y otros de forma comparativa en el procedimiento de contratación en presencia.

La pretensión de la recurrente resulta insostenible y contraria a los principios de la contratación del sector público que exige una licitación y concurrencia periódica en la contratación de las Administraciones de modo que permita que nuevos licitadores tengan la posibilidad de hacer sus ofertas a la Administración e incluso resultar adjudicatarios, sin reconocer derechos a los contratistas precedentes.

Tampoco es relevante el argumento de la recurrente en cuanto a la falta de reclamaciones respecto a la calidad de las batas que viene suministrando a la administración contratante y que en el proceso de evaluación se observa que se rompe con facilidad y traspasa. Esta es la valoración que hizo el comité de expertos

encomendado por el pliego para evaluar las propuestas de los lotes y, en particular, del Lote 3 y la valoración se hace en comparación con el resto de batas ofertadas por el resto de licitadores, sin apreciar, como se ha indicado, vicios que permitan corregir la evaluación hecha por el comité y asumida por el órgano de contratación. Por otro lado, la reclamación o no del cumplimiento del contrato que se pudiera hacer en ejecución de los contratos vigentes no debe ser evaluada por el comité de expertos. Como tampoco han de considerarse en la adjudicación del contrato la ejecución de los contratos antecedentes.

Sexto. La recurrente impugna su exclusión en el Lote 44 del contrato. En la resolución de adjudicación resulta que el paño estéril con adhesivo 75x90 ofertado por la empresa MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L., marca Barrier, con referencia de fabricante y distribuidor 792100 no cumple la especificación técnica de este lote por ser un paño para mesa mayo con 50 cm de absorbente y el resto plástico. En el recurso se insiste en que el paño ofertado cumple las especificaciones técnicas del pliego.

El Lote 44 comprende las SÁBANAS Y PAÑOS GENERALES que:

- Cumplirá las especificaciones de resistencia en seco y en mojado, limpieza, emisión de pelusas, resistencia a la penetración de líquidos y resistencia a la rotura y a la tensión tanto en seco como en mojado de la norma EN 14983-3 para PAÑOS QUIRÚRGICOS CON PRESTACIONES ESTANDAR o cualquier otra normativa de obligado cumplimiento que les afecte.
- Fabricado en tejido no tejido o equivalente que no desprenda partículas.
- Las medidas que figuran en la descripción de los diferentes equipos son aproximadas.
- Con bandas de sujeción con adhesivo hipoalergénico, en caso de ser necesaria.
- Envasado individual (si no forma parte de equipos) de fácil apertura.
- Identificación adecuada.

- NO FENESTRADOS, ESTÉRILES, CON ADHESIVOS.

Medidas: (...) Lote 44 PAÑO ESTERIL CON ADHESIVO 75x90.

En el informe al recurso del órgano de contratación se insiste que el Comité de Expertos se reafirma, una vez revisadas las muestras presentadas por la recurrente en que el producto es un paño de 50 cm de absorbente y el resto plástico, cuando lo que se pide es una zona absorbente de 75x90 cm con una banda adhesiva a cada lado. No es el producto que se pide, y tampoco coincide con el dibujo presentado por la empresa en su recurso, ni con el que figura en la ficha técnica del producto.

Del mismo modo que se funda la desestimación del fundamento anterior, es la discrecionalidad técnica de la Administración contratante la potestad que lleva a no acoger este argumento del recurso toda vez que no se aprecia un vicio del procedimiento, ni arbitrariedad en la comisión de expertos que evaluó las características del paño ofertado por la recurrente y su ajuste a las exigencias del pliego, y que fueron asumidas por la mesa de contratación y recogidas por el órgano de contratación con suficiente amplitud en la resolución de adjudicación para que el interesado pudiera fundar su recurso.

No obstante, debe advertirse que en el informe del comité de expertos y en la resolución de adjudicación sólo se ha hecho la indicación “no cumple las especificaciones” sin expresar cuál de todos los requisitos técnicos es el que adolece la propuesta. Solamente en el informe del órgano de contratación al recurso se detalla la especificación no satisfecha del producto ofertado.

El artículo 151.4 del TRLCSP dispone que: *“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

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

En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.”

Por lo expuesto, se estima que no se cumplen los requisitos exigibles al acto de exclusión de manera que permita, aun de manera resumida conocer las razones por las que se haya desestimado su candidatura, de conformidad con el artículo 151.4 del TRLCSP, toda vez que siendo varios los requisitos técnicos de la propuesta deberá indicarse cuál de ellos es el determinante de la exclusión.

Apreciada la infracción procede anular la resolución de adjudicación y retrotraer las actuaciones al momento en que se dictó, con objeto de que sea adecuadamente motivada la exclusión de la recurrente en relación con el lote 44.

Séptimo. De forma similar el recurrente aprecia que la resolución de adjudicación no se ajusta a derecho al declarar que la propuesta de MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L., para los lotes 60 y 62 no cumple las medidas. Indica la recurrente que los paños ofertados en ambos lotes cumplen con las características técnicas solicitadas en el PPT,

considerando que entre los requisitos mínimos exigidos en el PPT se especifica inequívocamente que las medidas que figuran en la descripción de los diferentes equipos son aproximadas y, en consecuencia, si fuera una característica excluyente la medida mayor o menos a las reflejadas en el pliego debería estar reflejado en el PPT.

Los Lotes 60 y 62 corresponden a SÁBANAS Y PAÑOS GENERALES, respondiendo sus requisitos técnicos generales a los expuestos en el fundamento anterior; y en particular a FENESTRADO, ESTÉRILES CON ADHESIVO, medidas:

Lote 60 PAÑO FENESTRADO ADHESIVO 50x60 (FENEST.REDONDA)

Lote 62 PAÑO FENESTRADO ADHESIVO 75x125 (10x12).

El informe del órgano de contratación al recurso señala que el PPT prevé que: “Las características definidas para los productos señaladas en este expediente deben considerarse como básicas en todos los casos, aceptándose las ofertas de productos de características similares o medidas aproximadas a las solicitadas siempre que sean idóneas para el uso o puedan suponer una mejora del producto descrito.”

El informe pone de manifiesto que en el Lote 60 en el que se solicita un paño de medidas 50x60 cm, la empresa recurrente presenta un paño de 45x75 cm. Según el comité de expertos sería aceptable la diferencia de 5 cm en el ancho de la pieza, pero no la diferencia de 15 cm en el largo, ya que supone una desviación del 25% con respecto a la medida requerida.

En el Lote 62, pasa algo similar, señala en informe del órgano de contratación. El paño solicitado es de 75x125 y la propuesta es de 100x125 con lo que vuelve a existir una desviación de 25% y 25% cm de diferencia.

Estas diferencia del 25% son excesivas y restan funcionalidad al paño.

Para desestimar este argumento de la recurrente, siguiendo el fundamento anterior será suficiente con comprobar que en el Anexo II de la resolución de adjudicación, en la valoración de los productos ofertado por la licitadora para el Lote 60 y 61 se expresa que estos no cumplen las medidas, y en consecuencia, se estima conforme a derecho la motivación para excluir al licitador. Asimismo, en la resolución de adjudicación se han cumplido las exigencias de información del motivo de exclusión en los términos previstos en el artículo 151.4 del TRLCSP.

Además, debe reconocerse el ejercicio legítimo de la discrecionalidad técnica en la valoración realizada por el órgano de contratación sin apreciar arbitrariedad, discriminación o vicio alguno de procedimiento en cuanto a las medidas del producto ofertado por la recurrente en los Lotes 60 y 62 y su idoneidad al uso y mejora del producto.

Octavo. El último de los argumentos del recurso se centra en el Lote 81 del contrato.

La resolución de adjudicación estima que el equipo para cirugía cardiaca ofertado en el Lote 81 por MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L. no cumple con la composición del equipo requerido. No obstante la recurrente estima que todos los componentes del Pack de cirugía cardíaca ofertados son los exigidos por el PPT.

De acuerdo con el PPT, el LOTE 81-EQUIPO PARA CIRUGÍA CARDIACA debe cumplir las condiciones de los EQUIPOS DISEÑADOS PARA CIRUGÍAS ESPECÍFICAS:

- Cumplirá las especificaciones de resistencia en seco y en mojado, limpieza, emisión de pelusas, resistencia a la penetración de líquidos y resistencia a la rotura y a la tensión tanto en seco como en mojado de la norma EN 14983-3 para PAÑOS QUIRÚRGICOS con PRESTACIONES ESTANDAR o cualquier otra normativa de obligado cumplimiento que les afecte.
- Fabricado en tejido no tejido o equivalente que no desprenda partículas.

- Las medidas que figuran en la descripción de los diferentes equipos son aproximadas.
- Con bandas de sujeción con adhesivo hipoalérgico, en caso de ser necesaria.
- Envasado individual (si no forma parte de equipos) de fácil apertura.
- Identificación adecuada.

Las medidas son aproximadas aceptándose medidas distintas que sean idóneas para el uso o que mejoren las características descritas.

El Lote 81, además, está compuesto principalmente por:

- Cubremesa de 150x200 cm.
- Sábana 250x300cm aprox. Con fenestración 30x40 cm aprox. y bolsas para instrumentos.
- Funda de mesa de mayo 75x150 cm.
- Paño adhesivo de 150x150 cm aprox.
- Toallas celulosa 20x27 cm aprox.

Según el informe del órgano de contratación el paño adhesivo requerido por el PPT no es el ofertado por el licitador a pesar de lo indicado en el escrito del recurso. Asimismo la sábana torácica mide de ancho 200 cm cuando se exigía 250 cm.

La respuesta que debe darse a esta alegación es la misma en relación a la aplicación legítima de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación. No obstante, en cuanto al hecho de que la notificación debe ajustarse al artículo 151.4 del TRLCSP el recurso ha de ser estimado, anulando la resolución de adjudicación para retrotraer el procedimiento al momento de dictar la resolución de adjudicación en la que ha de expresarse el componente técnico del que adolece la propuesta de la licitadora y que resulta determinante de la exclusión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. L. V. G., en representación de la sociedad MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de acuerdo marco A.M. 34/3013 para la celebración del acuerdo marco para el suministro de material de cobertura quirúrgica desechable, por la exclusión de la recurrente de los lotes 44 y 81 del expediente, del Servicio Valenciano de Salud por apreciar una deficiencia en la motivación de la exclusión toda vez que ha de expresarse, de todas las posibles, la característica técnica de la que adolece la propuesta del licitador para su exclusión.

El recurso se desestima en el resto de los fundamentos por los argumentos para excluir a la empresa MOLNLYCHE HEALTH CARE, S.L. de los lotes 3, 60 y 62 del procedimiento de contratación.

En consecuencia, se ha de retrotraer el procedimiento para que el órgano de contratación dicte una nueva resolución de adjudicación en la que se corrija los defectos de motivación apreciados.

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento de contratación en lo relativo a los lotes afectados de acuerdo con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede 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 contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, 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.