



Recurso nº 918/2015 C.A. Galicia 121/2015

Resolución nº 923/2015

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

En Madrid, a 9 de octubre de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. M.F.T., actuando en nombre y representación de la compañía B. BRAUN MEDICAL, S.A., contra la Resolución de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo del Servicio Gallego de Salud de 7 de agosto último, de adjudicación del contrato administrativo de *"Suministro sucesivo de sistemas para bombas volumétricas y de jeringa"* a favor de FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 28 de marzo de 2015 fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), Resolución de 18 de marzo de 2015, de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo del Servicio Gallego de Salud, por la que se anunció licitación para la contratación del suministro sucesivo de sistemas para bombas volumétricas y de jeringa, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria; siendo el anuncio de licitación publicado asimismo en el BOE el 31 de marzo y en el Diario Oficial de Galicia (DOG), el día 10 de abril de 2015 y publicándose también el anuncio el 30 de marzo en el perfil del contratante de la Xunta de Galicia y en la Plataforma de Contratos de Galicia.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 2 de octubre y en el 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.



Tercero. Con fecha día 27 de abril de 2015 finalizó el plazo de presentación de ofertas, presentándose las empresas B. BRAUN MEDICAL, S.A., FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. CAREFUSION IBERIA 308, S.L. y HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSP, S.L.

Cuarto. Con fecha 7 de agosto de 2015, fue dictado por el Gerente de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo del Servicio Gallego resolución por la que se adjudica el contrato a FRESENIUS KABI ESPAÑA. Que estando disconforme con el citado acuerdo que fue notificado el mismo día, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.1 TRLCSP, B. BRAUN MEDICAL, S.A. dentro del plazo previsto, en fecha 12 de agosto de 2015 presentó en el registro del órgano de contratación escrito anunciando la interposición del presente recurso especial en materia de contratación. Siendo que en virtud del artículo 44.2 y siguientes del TRLCSP, se presentó en el registro del órgano de contratación, en fecha que no consta, escrito fechado en 18 de agosto de 2015 de interposición del recurso.

Quinto. En el escrito de interposición se alegaba lo siguiente:

<< II. Criterios de valoración no previstos en el Pliego

Los criterios de adjudicación, indicados en los Pliegos y en el anuncio de licitación son:

11. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN			
	11.1	Relación de criterios de adjudicación	
	11.1.1	Criterios no valorables de forma automática (SOBRE B)	Puntuación:30 puntos
		➤ Características de las bombas	15
		➤ Características de los sistemas	7,50
		➤ Servicio técnico	3,75
		➤ Plan de formación	3,75
	11.1.2	Criterios valorables de forma automática (SOBRE C)	Puntuación:70 puntos
		➤ Precio	68
		➤ Transmisión de datos mediante sistema EDI	2

Y a tal efecto mi representada elabora la documentación técnica para su valoración.



Cuando revisamos la resolución de adjudicación comprobamos que el órgano de contratación ha introducido unos criterios que no se establecían en la documentación de la licitación y ha efectuado entre éstos nuevos criterios un reparto de puntos en función de una valoración arbitraria que se ha conocido de forma sorpresiva a posteriori en la resolución de adjudicación.

En dicha resolución aparece el siguiente desglose:

	15,00	CARACTERÍSTICAS DE LAS BOMBAS
REPARTO DE PUNTOS	4,00	SEGURIDAD DE PACIENTES BLOQUEO FUNCIONES 3 MODOS (PARÁMETROS, FUNGIBLE Y STAR/STOP DE LA BOMBA) DETECCIÓN AIRE: SENSOR DE AIRE. SENSIBILIDAD MÁXIMA 10 MICROLITROS. IDENTIFICA BURBUJAS DE GRAN TAMAÑO Y ACUMULACIÓN DE MICROBURBUJAS
	5,00	PERFILES INFUSIÓN A MAYORES QUE LOS SOLICITADOS EN LOS PLIEGOS SI ("RAMPA", PCA, LIBREMENTE PROGRAMABLE, 'TCI' Y CONTROL DE GLICEMIA
	2,50	DIMENSIONES/PESO 214x68x124 1,400 kg
	1,50	APILABILIDAD: 2 FORMAS, ENTRE BOMBAS Y EN SOPORTE
	2,00	CONTROL PRESIÓN/RANGO: 9 NIVELES / 75-900 mmHg
	0,00	
	15,00	
	7,50	CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS
REPARTO DE PUNTOS	4,00	FILTROS: LOS 2 PEDIDOS EN PLIEGO Y 2 MÁS EN TRES DE LOS CUATRO EQUIPOS OERTADOS MEMBRANAS QUE EVITAN LA ENTRADA DE AIRE AL TUBO Y EL DESPURGADO DEL EQUIPO
	1,00	SE SOLICITA UN FILTRO DE 0,22 MICRAS. PRESENTA DE 0,20 MICRAS
	0,00	
	5,00	



	3,75	PLAN DE FORMACIÓN
REPARTO DE PUNTOS	2,00	Nº PERSONAL DESTINADO/ SEMANAS: 4 personas en tres turnos durante 4 semanas
	1,75	FORMACIÓN DE FORMADORES: Sí, en dos semanas
	0,00	
	0,00	
	3,75	SERVICIO TECNICO
REPARTO DE PUNTOS	1,00	ASUMEN GASTOS DE MANTENIMIENTO Y REPUESTOS, SI
	0,50	METODOLOGÍA TRATAMIENTO AVERIAS, COMUNICACIÓN. Plan detallado
	1,00	NUMERO DE BOMBAS DISPONIBLES PARA SUSTITUCIÓN (30 volumétricas, 15 jeringa convencional, 5 jeringa TCI
	1,00	PLAZO MAXIMO DE REPARACIÓN AVERIA , 24 horas
	0,25	ACTUALIZACIONES incluidas
	0,00	

La puntuación dada a cada uno de los criterios se hace de forma arbitraria sin que mi representada y el resto de los licitadores hayan podido tener conocimiento de la valoración y cuantificación de cada uno de ellos con carácter previo a la formulación de su oferta, lo que indudablemente puede generar arbitrariedades y desigualdades contrarias a los principios que han de regir los procedimiento de contratación administrativa.

El desconocimiento por parte de los licitadores de cómo se ha de valorar cada criterio resulta contrario al principio de no discriminación, al establecerse la puntuación libremente por el órgano que valora después de conocido el contenido de las ofertas, es posible que la proporción relativa de la puntuación asignada a cada criterio pueda favorecer de forma no justificada una determinada oferta en perjuicio de las restantes.



Nos encontramos por tanto ante una notoria infracción de lo dispuesto en el artículo 150.5 del TRLCSP "Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación".

Multitud de jurisprudencia contraria al establecimiento de criterios de valoración o coeficientes de ponderación no previstos en los pliegos ha elaborado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre ellas en las Resoluciones 590/2013, de 4 de diciembre y 389/2014, de 14 de mayo:

"La falta de concreción de las puntuaciones en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración y del mismo modo, el margen para trazar los criterios de valoración de la oferta técnica o, en su caso, de las eventuales mejoras, ya han sido analizados en varias resoluciones de este Tribunal y a título de ejemplo, traemos a colación la nº 69/2012, de 21 de marzo (recurso nº 44/2012), donde se citan otras anteriores, como la de 20 de julio de 2011 (recurso nº 155/2011). En este sentido, se concretó que 'la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación (...), sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores '."

Como se indica en la Resolución 304/2014, de 11 de abril (entre otras muchas), en la citada sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto Alexandroupulis, se concluyó que: "El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.



La consecuencia derivada de las circunstancias anteriores es la nulidad de pleno derecho de la adjudicación y del procedimiento de contratación. Como el Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones (Resolución 69/2012, de 21 de marzo, 207/2013, de 5 de junio), "las cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contrarias a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho, "...porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta." >>

Añadía que había incurrido la adjudicataria en incumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto se decía que:

<<la "metodología de tratamiento de las averías" es un requisito del Pliego de Prescripciones Técnicas previsto en el apartado 6. Se requerirá: "Concreción de la metodología de tratamiento de las averías, comunicación, sistemas logísticos ubicación, tiempos de respuesta".

Tal y como prevé la Cláusula 28 del Cuadro de Características en cuanto al contenido que debe incluir las ofertas técnicas de los licitadores, la oferta deberá incluir " la documentación que acredite el cumplimiento de las prescripciones mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas" es por tanto lex contractus y debe acreditarse debidamente, y en caso contrario ser excluido del procedimiento, hecho que se ha obviado con la oferta del Adjudicatario, a cuyo contenido no se ha solicitado acceder por parte de mi representada pero que éste Tribunal puede comprobar que carece de la acreditación del punto 6 del Pliego de Prescripciones ya que si observamos la puntuación obtenida por FRESENIUS en el siguiente punto de la resolución de adjudicación:

<i>SERVICIO TÉCNICO</i>	0,0
ASUMEN GASTOS DE MANTENIMIENTO Y REPUESTOS. No indica	0,00
METODOLOGÍA TRATAMIENTO AVERIAS COMUNICACIÓN. No detalla	0,00



FRESENIUS ha obtenido 0 puntos en la Metodología de Tratamiento de averías porque no indica nada al respecto,

En la misma resolución de adjudicación se especifica "*no detalla*"

A todas luces se puede deducir, por tanto, que FRESENIUS no cumple el PPT y que debería de haber sido excluido en el momento de la evaluación de su oferta por no cumplir los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. >>

Sexto. Con fecha de 24 de agosto de 2015 el órgano de contratación emitió el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, el 1 de septiembre de 2015, dio traslado del recurso interpuesto a las empresas que participaron en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que formularan alegaciones, cosa que hizo la adjudicataria FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., por escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 7 de septiembre de 2015.

Octavo. El 25 de septiembre de 2015 la Secretaria del Tribunal por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acto de adjudicación (artículos 45 y 46.3 del TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 7 de noviembre de 2013 y publicado por Resolución de 12 de noviembre de 2013.



Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que el recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre el Acuerdo del órgano de contratación de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo del Servicio Gallego de Salud de 7 de agosto de 2015 de adjudicación del contrato administrativo de suministro sucesivo de sistemas para bombas volumétricas y de jeringa a favor de FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones del plazo y lugar de presentación del escrito de interposición establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en las alegaciones hechas en contra del acuerdo de adjudicación, se denuncia por el recurrente, como queda dicho, que la jurisprudencia es contraria a la utilización, como dice hace dicho acuerdo, de criterios de valoración o coeficientes de ponderación no previstos en los pliegos, citándose al efecto las Resoluciones de este Tribunal 590/2013, de 4 de diciembre y 389/2014, de 14 de mayo.

Sexto. Lo cierto es que en el caso que nos ocupa, frente a los criterios de adjudicación fijados en el PCAP, (características de las bombas, características de los sistemas, servicio técnico, plan de formación, precio y transmisión de datos mediante sistema EDI) el acuerdo de adjudicación desglosa cada uno de los criterios, asignándoles, sin estar previsto específicamente en el pliego una determinada ponderación. Así, V.gr. en la puntuación de la recurrente, dentro del criterio, no valorable de forma automática “Características de las bombas”, al que el pliego asigna 15 puntos, se distribuyen éstos entre la “Seguridad de pacientes”, “Bloqueo funciones 3 modos” y “Detección aire”, a los que asigna de dichos 15 puntos, 4; se asigna asimismo en función de los “Perfiles infusión” a adicionales a los solicitados en los pliegos 5 puntos; a las “Dimensiones/peso” 2,5 puntos; a la “Apilabilidad” 1,5 puntos; y al “Control presión/rango” 2 puntos.

O, por otro lado, los puntos previstos en el pliego para el criterio “Características de los sistemas” (al que se asignan en el PCAP 7,5 puntos), se asignan en la adjudicación a la recurrente por el número de filtros, 4 puntos y en razón de las micras de los filtros, 1 punto.



Séptimo. Tal modo de proceder supone, en realidad, distribuir la puntuación asignada a cada criterio entre los diversos factores recogidos en el PPT.

El caso que nos ocupa es, por tanto, idéntico al analizado previamente por este Tribunal en su Resolución 658/2015, que sienta los requisitos para la legalidad de efectuar tal reparto o distribución. En efecto, en ella se lee lo siguiente:

El informe de valoración en que se basa la adjudicación, por su parte, reparte esos diez puntos: otorga seis a los aspectos relativos a la nave y cuatro a los cuartelillos; de igual modo, distribuye los primeros con arreglo a dos parámetros —cercanía a la casa consistorial y nivel de dotaciones, con una valoración respectiva de cuatro y dos puntos— en tanto que para los segundos establece un baremo en razón del número y de la ubicación de los cuartelillos para dotaciones (cfr.: antecedentes de hecho noveno y décimo de la presente Resolución). Dicho en otros términos, lo que hace el informe (al igual que la Mesa y el órgano de contratación, que fundamentan su decisión en él), es distribuir la puntuación asignada en bloque para todo el criterio entre diversos factores ya recogidos por el Pliego.

El escenario que se presenta así es muy similar al analizado por la Sentencia del TJCE, Sala Segunda, de 24 de noviembre de 2005 (asunto C-331/04), que entendió, aun con matices, conforme con el Derecho Comunitario que la mesa de contratación pudiera repartir la puntuación asignada a un criterio de adjudicación entre los elementos contenidos en él y que no habían sido previamente ponderados en el Pliego. Dijo en concreto el Alto Tribunal, apartándose, por cierto, de las conclusiones del Abogado General:

« [...] el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- *no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*

- *no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- *no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.»*

Octavo. Pues bien, en el caso que nos ocupa, cumplen los distintos elementos valorados dentro de cada criterio con el test de legalidad que establece el Tribunal de Justicia de la UE en la resolución parcialmente transcrita.

Así la decisión de atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, en primer lugar no modifica los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones. En este sentido, por lo que se refiere al criterio “características de las bombas”, la seguridad de pacientes y bloqueo funciones 3 modos junto a la detección aire, los perfiles infusión a adicionales a los solicitados en los pliegos 5 puntos, las dimensiones/peso de las bombas, su apilabilidad y el control presión/rango 2 puntos (elementos todos entre los que se distribuyen los puntos asignados a dicho criterio) forman parte o se refieren a ese criterio de características del bien suministrado. Otro tanto ocurre con el criterio “características de los sistemas” (al que se asignan en el PCAP 7,5 puntos), en cuanto que el número de filtros y las micras de los filtros, entre los que se distribuyen los puntos asignados a dicho criterio, lo respetan.

Se cumple igualmente el que la decisión aquí cuestionada no contiene elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, como que no ha sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. Y por lo que se refiere a este último aspecto, el del efecto discriminador, como afirma la adjudicataria en su escrito de alegaciones, no consta ni ha quedado acreditado que el reparto o distribución de puntos haya podido tener un efecto discriminatorio para los licitadores. Antes al contrario, la recurrente se limita a indicar que el supuesto desconocimiento de los licitadores del modo en que cada criterio se habría de valorar

"puede generar arbitrariedades y desigualdades" siendo posible que "la proporción relativa de la puntuación asignada a cada criterio pueda favorecer de forma no justificada una determinada oferta en perjuicio de las restantes", sin aportar prueba alguna ni de que esto haya podido suceder efectivamente en el caso que nos ocupa, ni mucho menos de que los licitadores (o el recurrente en particular) hubieran formulado su oferta de forma distinta de haber sido conocido previamente el modo de proceder del órgano de contratación, cuando de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de instancia de la Unión Europea -incumbe al recurrente probar tales extremos (STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto T-70/05).

Noveno. En lo tocante, en fin, a la alegación de que ha incurrido la adjudicataria en incumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, concretamente en el de la *"concreción de la metodología de tratamiento de las averías"*, asiste a la vista del expediente, plenamente la razón al órgano de contratación cuando en este punto razona en su informe del recurso que *"Sin perjuicio de la desafortunada gramática de los técnicos al utilizar la expresión "no detalla", para referirse a que FRESENIUS no desciende al nivel de detalle al explicar en su oferta la Metodología del Tratamiento de averías, del modo en que sí lo hacen la recurrente o el otro licitador CAREFUSIÓN, la empresa FRESENIUS si cumple con lo exigido en el apartado 6 en un documento que se contiene en su oferta técnica y del que se extraen algunos apartados que así lo acreditan. Concretamente:*

"El plazo de respuesta técnica en caso de avería es de 24 horas, desde el momento de comunicación a nuestro Servicio Técnico. La resolución de la averías se realizará dentro de un plazo de 36 horas como máximo. En caso de que la resolución de una avería se tuviera que alargar más, se procedería a la sustitución del equipo por otro de iguales características temporalmente y se informaría del hecho inmediatamente al Servicio de Mantenimiento del Hospital, con el objetivo de mantener el inventario de máquinas en el Hospital actualizado de manera inmediata...."

Facilita también, como se requiere a efectos de disponibilidad y comunicación, un número de su Servicio Técnico, un correo electrónico, los horarios de atención y el móvil y los datos identificativos del responsable del Servicio Técnico.



Está sobradamente acreditado, por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos que en este concreto apartado, se establecen como mínimos en el pliego. Y por tal motivo no fue rechazada su oferta sino valorada con la puntuación mínima que se otorga al que no oferta más que lo requerido y por ello obtiene 0 puntos, que como conoce la recurrente es la puntuación que se otorga a aquéllas ofertas que, cumpliendo lo requerido, no lo mejoran. La recurrente que según consta en el informe técnico presenta "plan detallado", obtiene por ello una mayor puntuación."

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el presente recurso interpuesto por D. M.F.T., actuando en nombre y representación de la compañía B. BRAUN MEDICAL, S.A., contra la Resolución de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo del Servicio Gallego de Salud de 7 de agosto último, de adjudicación del contrato administrativo de suministro sucesivo de sistemas para bombas volumétricas y de jeringa a favor de FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 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 imposición de 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 Galicia en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.