



Recurso nº 1068/2018 C.A. Valencia 241/2018

Resolución nº 1188/2018

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. A. L. C., en nombre y representación de EL CORTE INGLÉS, S. A., contra la *“adjudicación del lote 25”* de la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el *“Acuerdo marco para el suministro de productos de higiene de pacientes y desinfección” (Exp. 528/2017)*, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 2 de diciembre de 2017, rectificado el 27 de diciembre, en el Diario Oficial de la Unión Europea, también el 2 de diciembre, en el Boletín Oficial del Estado, el 9 de diciembre, y en el Diario oficial de la Generalitat Valenciana, el 10 de enero de 2018, se publican los anuncios de la licitación del acuerdo marco para el suministro de productos de higiene de pacientes y desinfección, expediente 528/2017.

El Acuerdo marco, calificado como suministro, referencia CPV 33631600, antisépticos y desinfectantes, 33700000, productos para la higiene personal, 33711900, jabón y 33741300, antiséptico para manos, con un valor estimado de 11.932.128,00 euros, IVA excluido, siendo de tramitación ordinaria y procedimiento abierto, dividido en 25 lotes. El contrato está sujeto a regulación armonizada.

De acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en su cláusula 11, los criterios de adjudicación del acuerdo marco son.

Criterio dependiente de juicio de valor la calidad técnica, estableciendo que *“para resultar seleccionados los productos deberán obtener una puntuación mínima de 60 puntos dentro del apartado «Calidad Técnica»”*. El criterio se pondera entre 0 y 90 puntos.

Criterios evaluables de forma automática o mediante fórmula, la disponibilidad del sistema EDI, valorándose el 5 puntos, y el precio, valorándose entre 0 y 5 puntos.

Se prevé la entrega de muestras de los productos para su valoración, y la constitución, en la cláusula 15 del PCAP, de un comité de expertos para la valoración del criterio de calidad técnica, especificándose sus componentes.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) fija en la prescripción 3 la documentación técnica que ha de aportarse con la oferta, en la 4 las muestras de productos que han de entregarse, y en la 11 los requisitos técnicos desglosados por lotes.

Segundo. Llegado el término fijado para la prestación de proposiciones, entre los licitadores al lote 25 se encuentra EL CORTE INGLÉS, S. A.

La mesa, el 23 de enero de 2018, procede a la apertura del sobre que contiene la documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia, dando el plazo correspondiente para la subsanación de los defectos observados.

El 29 de enero, se reúne la mesa para apreciar las subsanaciones presentadas, admitiendo a todos los licitadores. Seguidamente en acto público se procede a la apertura de la parte de las ofertas relativa al criterio evaluable mediante juicio de valor, pasando aquellas al comité de expertos constituido de acuerdo con el PCAP para efectuar el informe de valoración.

El informe de valoración se emite por el comité de expertos el 2 de mayo de 2018. En él, al valorarse las ofertas al lote 25, se le asignan 56 puntos, señalando como *“justificación de los ítems suspendidos”* la siguiente *“el envase es demasiado blando y se vuelca con facilidad. Difícil manejo. Demasiado líquido. Sin propiedades antisépticas salvo arrastre”*

El 16 de mayo, la mesa aprueba el informe del comité de expertos, y excluye a las empresas que no han superado la puntuación mínima de 60 puntos en el criterio de calidad técnica, encontrándose entre ellas EL CORTE INGLÉS, S. A. Seguidamente en acto público se manifiestan las valoraciones y se procede a la apertura y lectura de la parte de las ofertas referido a los criterios evaluables en forma automática o mediante fórmula.

El 18 de julio la mesa propone los adjudicatarios en los distintos lotes.

El 25 de septiembre de 2018, la Directora General de Eficiencia y Régimen Económico, dicta la resolución de adjudicación del Acuerdo marco de los distintos lotes, declarando desiertos los lotes 10, 21 y 22, y ratificando la exclusión del Acuerdo marco de EL CORTE INGLÉS, S. A. La resolución contiene pie de recurso ante este Tribunal.

El acto de adjudicación se publica, el 28 de septiembre de 2018, a las 08:25 horas, en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Se ignora la fecha concreta en que se remitió la notificación electrónica de la resolución a EL CORTE INGLÉS, S. A.

Tercero. El 4 de octubre de 2018, tiene entrada en el registro del órgano de contratación escrito de EL CORTE INGLÉS, S. A. formulando alegaciones al informe de valoración técnica en el que solicita la revisión de la puntuación técnica del comité de expertos.

Cuarto. El órgano de contratación califica el escrito como recurso especial, y el 16 de octubre remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. La Secretaria del Tribunal el 19 de octubre da traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, para que en el plazo de cinco días hábiles presenten las alegaciones y documentos que estimasen oportuno, no habiendo hecho uso de dicha facultad.

Sexto. La Secretaria, el 25 de octubre, acuerda, por delegación del Tribunal, mantener la suspensión del expediente de contratación del lote 25, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) prescribe que el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter. En aplicación de tal precepto el órgano de contratación ha calificado correctamente el escrito de la licitadora como recurso especial en materia de contratación.

El recurso se interpone ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y la cláusula tercera del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 22 de marzo de 2013, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013, al ser el contratante un órgano de la Administración de aquella Comunidad Autónoma.

Segundo. Hemos de examinar la legitimación del recurrente.

El artículo 48 de la LCSP establece que *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto

de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente ha sido licitadora en el procedimiento el procedimiento en el que ha sido excluida, exclusión y consiguiente adjudicación que recurre, por lo que tiene legitimación para recurrir.

Tercero. Se recurre la exclusión y consiguiente adjudicación de un Acuerdo marco que tiene por objeto la celebración de contratos de suministros valor estimado excede de los 100.000,00 euros. Los actos son pues recurrible conforme al artículo 44.1.b) y 2.b) y c) de la LCSP.

Cuarto. Se ignora cuando se produjo la notificó individual del acto de adjudicación, si bien se publicó el 28 de septiembre de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, presentándose el escrito calificado como recurso el 4 de octubre de 2018.

El artículo 50.1.d) y g) de la LCSP preceptúan:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: (...)

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

(...)g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional decimoquinta.”

La disposición adicional decimoquinta, apartado 1 de la LCSP, establece.

“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

No obstante, lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.”

Por su parte el artículo 51.3 de la LCSP dispone.

“El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

Visto los anteriores preceptos, desconociendo la fecha de la notificación individual electrónica aunque si la de publicación en el perfil del contratante, por aplicación del

principio *pro actione* y habida cuenta del cómputo de plazo establecido en el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) tomado desde la publicación en la Plataforma, debe estimarse que el recurso ha sido presentado en tiempo y forma.

Quinto. Los argumentos del escrito calificado como recurso son los siguientes.

Que el argumento de que el envase es demasiado blando y se vuelca con facilidad, y es de difícil manejo, que contiene el informe de valoración, es subjetivo y sin criterio real, ya que dicho artículo consumido por varios hospitales que relaciona, es una botella estándar, de mercado, sin ninguna singularidad, y su fabricante es de máxima garantía y puntero en el sector.

En cuanto a la indicación de que hay demasiado líquido, señala que el contenido es 1 litro y es lo que se pide en el PPT, y que se adjudica a Sankey Representatives que es el mismo gel en medida 750 cc., lo que supone un 25% menos de lo que indica el PPT.

En contra señala el órgano de contratación lo siguiente.

De acuerdo con el Anexo Baremo para la Valoración de los Lotes, incluido en los pliegos del los ítems a valorar, en el lote 25, eran los siguientes:

Tamaño envase/ facilidad de uso, de 0 a 25 puntos, dermatolerancia y propiedades cosméticas del jabón, de 0 a 25 puntos, propiedades antisépticas, de 0 a 20 puntos, olor, de 0 a 20 puntos.

Las puntuaciones obtenidas por las ofertas de El Corte Inglés y Sanikey Representatives son similares en los ítems de valoración de "Dermatolerancia y Propiedades Cosméticas del jabón", "Propiedades antisépticas" y "Olor", dado que el jabón, tal y como indica la recurrente, es el mismo. La única diferencia en las valoraciones se produce en el ítem "Tamaño del envase/Facilidad de uso", donde la oferta presentada por la empresa Sanikey Representatives obtiene el máximo de 25 puntos mientras que la oferta presentada por el Corte Inglés obtiene únicamente 10 puntos. Esto es así porque, aunque el jabón es el mismo para ambas ofertas, el envase es distinto y ello tiene repercusiones significativas

sobre su facilidad de uso. En efecto, la puntuación de 10 puntos (sobre 25 posibles) obtenida en el ítem "Tamaño del envase/Facilidad de uso" se justifica en que el envase tiene un plástico demasiado endeble al tacto y a la presión, lo que unido a la altura y forma de la botella, hace que sea más difícil de sujetar, que se dispense peor, que sea relativamente inestable y que se vuelque con mayor facilidad. El producto, al igual que el resto de este lote, ha sido probado en condiciones reales de uso, es decir, con las manos mojadas y enjabonadas y dejando el envase en el estante/bandeja de la ducha, también mojado, y que tiene una anchura y altura limitadas, por lo que el envase presentado por el Corte Inglés era el de más difícil agarre y sujeción, y el más endeble e inestable de todos, cosa que no ocurría en el ofertado por Sanikey Representantes.

El tamaño más reducido del envase presentado por la empresa Sanikey Representantes no solo minimiza los inconvenientes observados en el producto presentado por el Corte Inglés, sino que le ha otorgado una puntuación superior a la media por su mayor manejabilidad.

En cuanto al comentario "*demasiado líquido*" que aparece en la justificación de los ítems suspendidos, no hace referencia a la cantidad de producto, como se desprende del escrito del recurrente, sino a su densidad o viscosidad. Es decir, que es más fluido que el resto de productos. Es un aspecto negativo en un jabón, pues se desperdicia mayor cantidad de producto cuando se vuelca, cuando se extiende por el cuerpo con la mano o cuando se vierte en una esponja y se moja ésta luego.

En cuanto a que su producto ya se utiliza en numerosos centros de la red hospitalaria de la Consejería sin haberse recibido ninguna incidencia, la utilización actual del producto no es un criterio de valoración que pueda tener en cuenta sino solamente los ítems de baremación establecidos en los pliegos.

En cuanto a que su oferta puede ser más ventajosa para la Administración por contener más cantidad de jabón a menor precio carece de fundamento desde los puntos de vista jurídico y técnico, porque es una apreciación totalmente subjetiva por su parte y porque el precio del producto no puede ser tenido en cuenta en la valoración de la calidad técnica, que es donde ha sido excluido el producto.

En cuanto a la adjudicación al producto de Sanikey Representatives, que solo tiene 750 ml cuando en el pliego de prescripciones técnicas se pedía un volumen de 1 litro aproximadamente, la recurrente omite que en el apartado 11.1 del PPT se indica también que las características y dimensiones de los productos señaladas en este expediente deben considerarse, salvo indicación contraria, como aproximadas y básicas en todos los casos, y que se aceptarán ofertas de productos de características similares a las solicitadas siempre que sean idóneas para el uso o puedan suponer una mejora del producto descrito. Se han puesto, en el PPT, medidas o volúmenes aproximados como referencia, teniendo en cuenta los tamaños más comunes en el mercado, pero dada la variedad de formatos existente en casi todos los productos objeto del contrato, se ha tenido bastante flexibilidad al admitir las ofertas técnicas para mejorar la concurrencia y la competencia, siempre y cuando sus medidas o volúmenes fueran compatibles con la utilización normal del producto.

Sexto. Es ya clásica nuestra doctrina sobre la discrecionalidad técnica que caracteriza la valoración de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.

Así hemos dicho, en múltiples y reiteradas ocasiones, que los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos, no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

Este Tribunal viene considerando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente 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 ostensible o manifiesto al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Analizados la oferta de la recurrente, el informe técnico de valoración, el escrito calificado como recurso presentado y el informe del órgano de contratación en este procedimiento de impugnación, no se observan defectos formales, arbitrariedad, discriminación ni error en el informe de valoración, por lo que éste y el acto de valoración de la mesa son conformes a Derecho, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar los actos de exclusión y consiguiente de adjudicación recurridos.

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 recurso interpuesto por D. M. A. L. C., en nombre y representación de EL CORTE INGLÉS, S. A., contra la “*adjudicación del lote 25*” de la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el “*Acuerdo marco para el suministro de productos de higiene de pacientes y desinfección*” (Exp. 528/2017)”.

.Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

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 la Comunidad Valenciana, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.