



Recurso nº 1463/2019

Resolución nº 1521/2019 C. Valenciana 304/2019

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

En Madrid, a 26 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.F.T., en representación de B. BRAUN SURGICAL SA., contra la propuesta de adjudicación y propuesta de exclusión del expediente 39/2019, “Acuerdo Marco para el suministro de suturas mecánicas”, con destino a centros dependientes de la Conselleria de Sanitat Universal y Salut Pública de la Comunidad Valenciana, lote 100, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El anuncio de licitación de este Acuerdo Marco fue publicado en el DOUE y en la plataforma de contratación del sector público el 4 de febrero de 2019; tratándose de un contrato con 103 lotes, valor total estimado de 32.858.014,08 euros, procedimiento abierto. Este mismo día, los pliegos que rigen esta contratación fueron puestos a disposición de los posibles licitadores a través de la plataforma electrónica de contratación.

Segundo. El pliego de cláusulas administrativas particulares establece en su cuadro de características sobre los criterios de adjudicación del acuerdo marco que serán los siguientes:

- a) Calidad técnica: (75 puntos) se valorará de acuerdo con los criterios y puntuación recogidos en el anexo Baremo, sobre 2.
- b) Logística (15 puntos): disponibilidad del EDI (0 a 5 puntos), unidad mínima de pedido (0 a 10 puntos).
- c) Precio (10 puntos): precio más bajo, estos dos últimos en el sobre 3.



Calidad técnica: para resultar seleccionados los productos deberán obtener una puntuación mínima de 55 puntos dentro del apartado “*calidad técnica*”. En el caso de agrupación de lotes deberán alcanzar dicha puntuación mínima en la totalidad de los lotes.

En el anexo Baremo se establecen para los lotes agrupados 100, 101, 102 y 103 los siguientes criterios:

- a) Ergonómica: de 0 a 30
- b) Atraumática: de 0 a 20
- c) Fácil acceso al campo quirúrgico: de 0 a 15
- d) Precisa: de 0 a 10

Tercero. El informe de valoración técnica del Comité de expertos establece para la recurrente en el lote 100 la siguiente atribución de un total de 53 puntos en cuanto a criterios de calidad:

- a) Ergonómica: 18
- b) Atraumático: 15
- c) Fácil acceso al campo quirúrgico: 13
- d) Preciso: 7

El acta de la Mesa de Contratación de 31 de octubre de 2019 propone la celebración del Acuerdo Marco con las empresas que se relacionan en el Anexo I a la presente acta respecto de los productos detallados en la misma, y propone la exclusión de las empresas y productos indicados en el Anexo II empresas/productos excluidos. En cuanto al lote 100 impugnado en el Anexo II se propone la exclusión de la empresa PRIM SA, y en el Anexo I se propone la adjudicación a las empresas FIXAPLLUS SL, y JOHNSON AND JOHNSON SA.

Cuarto. Con fecha de 19 de noviembre de 2019 se presenta recurso especial en materia de contratación con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) Se denuncia la incorrecta valoración de la calidad técnica de la oferta de B. BRAUN para el lote 100 en relación con el producto “*kit grapadora circular hemorroidal altura grapa regulable*” al haber obtenido una puntuación de 53 por “*mala ergonomía, mando*



grueso, aletas de difícil regulación en el puño”, y entender que esta valoración no refleja la realidad de su producto.

- b) Compara su producto con el ofertado por la empresa Johnson & Johnson y considera que siendo productos similares no es correcto haber obtenido 10 puntos (en realidad han sido 18 puntos) frente a los 30 obtenidos por dicha empresa cuando el diseño y materiales de sus productos son similares.
- c) Además, entiende que las aletas de pera rotatoria representan un beneficio porque facilitan la regulación en el puño y permiten contar con mayor exactitud las vueltas a la hora de la aproximación al grapado. Considera que ambos productos deberían haber obtenido la misma puntuación.
- d) En el criterio acceso al campo quirúrgico han obtenido 13 puntos frente a los 15 obtenidos por J&J; entiende que esta también debería haber sido su puntuación dado que el dispositivo de apertura interno de su gama de grapadoras mecánicas circulares y hemorroidales está diseñado para garantizar la esterilidad y seguridad del producto a la hora del manejo.
- e) Además, su grapadora incluye el sistema PPC (permanent parallel control) que asegura la perfecta formación de las grapas en un estado no equilibrado y el sistema PBT (permanent balance technology) que permite una mejor hemostasia cuando está operando una hemorroide no circunferencial, ambos sistemas garantizan la precisión y el atraumatismo durante el procedimiento, por lo que la puntuación debería ir acorde.

Quinto. Con fecha de 25 de noviembre de 2019, el Órgano de Contratación ha emitido informe oponiéndose a la estimación de este recurso con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) Se han seguido las previsiones legales relativas a la elaboración de los pliegos en cuanto a la determinación de los criterios de adjudicación y las reglas para la valoración de los mismos, previstos en el cuadro de características, apartado 12, sobre criterios de adjudicación y forma de aplicarlos.
- b) Asimismo, el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) recoge, entre otros aspectos, la descripción técnica de los lotes. En el apartado 10.1 establece los requisitos técnicos aplicables con carácter general para todos los lotes y en el apartado 10.22 recoge los requisitos técnicos específicos para cada lote.



- c) El lote objeto de este recurso es el lote 100, kit grapadora circular hemorroidal altura grapa regulable, cuyos requisitos de calidad están indicados en el PPT.

Sexto. La Secretaria del Tribunal en fecha 28 de noviembre, dio traslado del recurso interpuesto a los otros licitadores, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formularan alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.

Séptimo. Con fecha de 3 de diciembre de 2019 se dicta resolución por la secretaría de este Tribunal acordando la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación en el lote 100, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 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 (en adelante LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 Ley 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 (en adelante LCSP), y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales, por Resolución de 10 de abril de 2013, publicado en BOE de 21 de marzo de 2016.

Segundo. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado, en cuya virtud: *“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”*.

Tercero. La interposición de los recursos ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.d) de la LCSP.



El recurso se interpone contra la propuesta de adjudicación y de exclusión de un contrato de suministro, habiéndose seguido un procedimiento abierto, por lo que, al amparo de lo previsto en el artículo 44.1.a), debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, si bien el 44.2.c) de la LCSP establece que podrán ser objeto de recurso las siguientes actuaciones:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación”.

Sin embargo, este recurso se interpone contra la propuesta de adjudicación y propuesta de exclusión de la Mesa de Contratación del expediente 39/2019, *“Acuerdo Marco para el suministro de suturas mecánicas”* con destino a centros dependientes de la Conselleria de Sanitat Universal y Salut Pública de la Comunidad Valenciana, y tal y como resulta de su contenido literal en ella no se acuerda la adjudicación o la exclusión de los licitadores sino que se proponen ambas actuaciones al órgano de contratación.

En este sentido, el apartado 18 el PCAP dispone que: *“La Mesa de Contratación, examinadas las proposiciones y una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para la selección de los adjudicatarios, clasificará, por orden decreciente las proposiciones presentadas, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación razonada a favor de los candidatos seleccionados de conformidad con los criterios establecidos. (...)*



El plazo máximo para resolver la adjudicación será el indicado en el apartado 16 del cuadro de características. (...)

Una vez aceptada la propuesta por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán a los licitadores que hayan presentado las ofertas seleccionadas para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presenten la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello (...).

De modo que, el objeto de este recurso consiste en la impugnación de la mera propuesta de adjudicación y propuesta de exclusión acordada por la Mesa, esto es, en la impugnación de un acto que, por no reunir las características previstas en el ut supra transcrito artículo 44.2 LCSP, no puede considerarse como acto de trámite cualificado y susceptible de impugnación. Pudiendo citarse en esta misma línea, por todas, la resolución de este Tribunal número 721/2017, de 11 de agosto de 2017.

Cuestión distinta habría sido la impugnación de la Resolución del órgano de contratación de adjudicación y exclusión que no consta en el expediente remitido. Por todo lo cual, procede la inadmisión de este recurso por carecer de carácter recurrible el acta impugnada.

Cuarto. Sentado lo anterior, debemos decir que las diferencias puestas de manifiesto en su recurso son refutadas por el Órgano de Contratación sobre la base de los argumentos siguientes. En primer lugar, los criterios de adjudicación y la forma de su aplicación que se ha seguido ha sido la prevista en los pliegos que rigen este contrato, que como es bien sabido constituye la ley del mismo, pudiéndose citar, a modo de ejemplo, la jurisprudencia que resulta de la STS de 29 de septiembre de 2009, por la que se dispone que: *“Los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos, tanto los PCAP como los PPT, constituyen la ley de los mismos y tienen fuerza vinculante tanto para los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como para los órganos de contratación. Ello significa que de no haber sido impugnados en tiempo y forma (los de este expediente no lo han sido) y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad”*.



Asimismo, como ha señalado nuestra jurisprudencia, por toda sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009, y ha sido recogido en las resoluciones de este Tribunal 56/2011 y 35/2012, cabe aplicar al ámbito de la contratación pública los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados, contemplados en los artículos 1281 y 1289 del Código Civil.

En este sentido, el artículo 145.1 y 145.2 LCSP dispone que: *“La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio” y “la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos”*. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los contratos de suministros.

Por su parte, el artículo 146 LCSP añade que: *“Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.*

En el caso de que el procedimiento se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo de 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar con el proceso selectivo”.

Teniendo en cuenta esta normativa, el PCAP establece unos criterios de adjudicación en los que el 75% corresponde a la calidad técnica, el 15% a criterios de logística y el 10% a precio. Exigiendo, además, que para resultar seleccionados los productos deberán obtener una puntuación mínima de 55 puntos dentro del apartado de calidad técnica.

He aquí el primero de los problemas planteados por la recurrente, dado que su oferta no supera el umbral establecido de 55 puntos en el apartado de calidad para pasar a la siguiente fase, al haber obtenido sólo 53 puntos. La justificación de la valoración obtenida por su oferta al lote 100 es la siguiente:



- Mala ergonomía
- Carece de elemento de seguridad que impida la activación accidental del grapado (no seguro en el gatillo)
- Mango grueso
- Aletas de difícil regulación en el puño

Para la valoración de los distintos ítems se establece una horquilla, y dentro de esta horquilla se aplica el juicio de los técnicos especialistas conforme a su propia pericia y al principio de discrecionalidad técnica de la Administración, lo que hace posible que su valoración resulte de un criterio eminentemente técnico y profesional. A lo que debemos añadir, que el hecho de que una empresa reciba una determinada puntuación en un aspecto técnico concreto no condiciona la puntuación que deba obtener otra empresa licitadora por el mismo ítem, precisamente porque la valoración no se sujeta a reglas de aplicación automática sino a un juicio de valor, y como hemos indicado en nuestras resoluciones 1037/2017 y 456/2015: *“Los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren, en todo caso, a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminados”*.

En relación con la puntuación de 30 puntos recibida por J&J en el requisito de ergonomía, la recurrente afirma que los ítems ofertados por ambas empresas son similares, por lo que la atribución de 18 puntos no sería correcta. Ahora bien, ítems similares no significa que se trate de ítems iguales, así, se ha considerado que el mango de B. BRAUN es de mayor diámetro en la zona de agarre que el de J&J y que la distancia entre el mango y la palanca de disparo es superior en B.BRAUN que en J&J, lo que determina que haya que hacer más fuerza para accionar el mecanismo de disparo en la grapadora de la recurrente que en la valorada con 30 puntos. Lo que supone una mayor dificultad en el manejo y mayor fatiga, especialmente en aquellos profesionales con manos medianas y pequeñas, y lo que justifica la puntuación otorgada.

De la misma manera, el respeto a la discrecionalidad técnica de los técnicos que han efectuado la valoración de estos criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor debe prevalecer también en cuanto se refiere a las aletas de pera rotatoria y al criterio de acceso al



campo quirúrgico. Debiendo recordarse el criterio mantenido por este Tribunal, por todas, Resolución 456/2015: *“los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe contra ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores”*.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, hemos de concluir que la valoración efectuada por el técnico experto se ha ejercido con arreglo al principio de discrecionalidad técnica administrativa, y es razonable y no discriminatoria ni arbitraria al haberse ajustado a las indicaciones contenidas en los pliegos que rigen esta licitación, así como los principios que rigen la contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato, explicitados en el artículo 1 LCSP, que implica que todos los licitadores potenciales estén suficientemente informados y conozcan las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación con el objeto de poder presentar sus ofertas en plano de igualdad, y que dichas condiciones se vean respetadas a la hora de valorar sus ofertas.

Por todo lo cual, el motivo debería ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. M.F.T. en representación de B. BRAUN SURGICAL SA. contra la propuesta de adjudicación y propuesta de exclusión del expediente 39/2019, *“Acuerdo Marco para el suministro de suturas mecánicas”* con destino a centros dependientes de la Conselleria de Sanitat Universal y Salut Pública de la Comunidad Valenciana, lote 100.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con 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 58.2 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 Justicia de Valencia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.