



Recurso nº 1623/2022 C. Valenciana 381/2022

Resolución nº 44/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 26 de enero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.A.P., en nombre y representación de la empresa OIARSO, S.C. contra la resolución de adjudicación del “*Acuerdo Marco para el suministro de cobertura quirúrgica desechable*” licitado por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana (expediente 107/2022), en lo que se refiere al número de orden 9 del lote nº 1, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 6 de mayo de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del “*Acuerdo Marco para el suministro de cobertura quirúrgica desechable*” con destino a los centros dependientes de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana, dividido en 7 lotes, con un plazo de duración de 4 años y un valor estimado de 44.752.320 euros.

La empresa recurrente concurrió a la licitación presentando oferta para el suministro de mascarillas quirúrgicas Tipo IIR, órdenes 9 y 10 del lote nº 1 del citado Acuerdo Marco.

Segundo. Previos los trámites procedimentales oportunos, con fecha de 11 de noviembre de 2022 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del referido Acuerdo Marco, acordando la exclusión de la empresa recurrente respecto del lote nº 1, orden 9 (mascarilla quirúrgica tipo IIR con gomas), al no haber obtenido la puntuación mínima de calidad técnica exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).



Dicha resolución fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 15 de noviembre de 2022.

Tercero. El 5 de diciembre de 2022, D. L.A.P., en nombre y representación de la empresa OIARSO, S.C., interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del “Acuerdo Marco para el suministro de cobertura quirúrgica desechable” con destino a los centros dependientes de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana (expediente 107/2022), en lo que se refiere al orden 9 del lote nº 1.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

La puntuación otorgada al producto ofertado por OIARSO, S.C. en el Lote 1, nº de orden 9 (suministro de mascarillas quirúrgicas tipo IIR con gomas), responde a la más absoluta arbitrariedad, en comparación con la obtenida por el mismo producto en el mismo lote, con el nº de orden 10 (suministro de mascarillas quirúrgicas tipo IIR con cintas).

La empresa recurrente indica que ofertó el mismo producto en ambos casos, siendo la única diferencia la forma de sujeción de la mascarilla al rostro, que en nº de orden 9 es “con gomas”, y en el nº 10 de orden es “con cintas”.

El PCAP exigía para seleccionar los productos ofertados una puntuación mínima de 55 puntos dentro del apartado “calidad técnica”. Los criterios de valoración son exactamente los mismos en el caso de los números de orden 9 y 10:

“ORDEN 9 Y 10: MASCARILLAS TIPO IIR:

Puntuación: Envasado higiénico y dispensación correcta 0 a 10.

Resistencia 0 a 25.

Adaptable y confortable/ hipoalergénico 0 a 25.

Sujeción 0 a 15

Total puntuación 0 a 75”

Entiende la recurrente que el hecho de que ambos números de orden sean valorados en el pliego de igual forma y deban respetar las mismas características técnicas denota que

el propio órgano de contratación entiende que la mascarilla a ofertar ha de ser la misma en ambos casos, aunque con distinto sistema de sujeción.

Pese a haber ofertado el mismo producto, con una única diferencia relativa al sistema de sujeción, la mascarilla ofertada por OIARSO, S.C. en el número de orden nº 9 no alcanzó el umbral mínimo de los 55 puntos exigidos para superar la fase de selección técnica, siendo excluida de la licitación, mientras que en el número de orden 10 del lote nº 1 la mascarilla ofertada por la recurrente resulta adjudicataria.

En el nº de orden 9 del lote 1 (mascarillas quirúrgicas tipo IIR con gomas) el producto de la recurrente obtuvo un total de 49 puntos, con la siguiente distribución:

- Adaptable confortable, hipoalergénica (de 0 a 25):10.
- Resistencia (de 0 a 25): 18
- Sujeción (de 0 1 15): 12
- Envasado higiénico y dispensación (de 0 a 10): 9
- Observaciones: no acopla bien, la parte inferior deja un hueco demasiado grande.

En el nº de orden 10 del mismo lote 1 (mascarillas quirúrgicas tipo IIR con cintas) el producto de la recurrente obtuvo un total de 56 puntos, con la siguiente distribución:

- Adaptable confortable, hipoalergénica (de 0 a 25):19.
- Resistencia (de 0 a 25): 20
- Sujeción (de 0 1 15): 12
- Envasado higiénico y dispensación (de 0 a 10): 5
- Observaciones: calidad adecuada.

Entiende la empresa recurrente que las puntuaciones otorgadas en los números de orden 9 y 10 del lote nº 1 son caprichosas y arbitrarias, y siguen un criterio aleatorio, no preciso y discriminatorio, sin atender a ningún criterio claro y unificador.

En cada uno de los subcriterios se asignan puntuaciones distintas, siendo el producto el mismo, con la única diferencia del criterio relativo al sistema de sujeción, en el que paradójicamente las dos mascarillas ofertadas reciben la misma puntuación.

Señala OAIRSO, S.C. que:

1. Las dos mascarillas quirúrgicas han sido fabricadas según las especificaciones técnicas establecidas en la norma EN 14683, siguiendo los requisitos establecidos en el Reglamento (UE) 2017/745, por el que se regulan los productos sanitarios.
2. Ambas mascarillas cumplen las mismas especificaciones funcionales: a) eficacia de filtración bacteriana; b) respirabilidad; c) resistencia a salpicaduras; d) limpieza microbiana y e) biocompatibilidad.
3. Ambas mascarillas IIR se diseñan para evitar la propagación de infecciones desde el portador y la contaminación sanguínea hacia el portador, efecto atribuido a la triple barrera laminar, no existiendo más diferencia entre ellas que las atribuibles a los medios de sujeción.
4. En cuanto a las especificaciones dimensionales, ambas mascarillas no presentan diferencia de diseño en cuanto a las dimensiones de la superficie filtrante.

La empresa recurrente efectúa una enumeración de las afirmaciones del informe técnico que, a su juicio, reflejan la arbitrariedad que denuncia, con alusiones y comparaciones a las mascarillas ofertadas por otros licitadores y a las puntuaciones asignadas a las mismas, indicando que a la mascarilla de OIARSO, S.C. sólo se apunta en las observaciones que “*no acopla bien*”, y que a otros productos de empresas distintas respecto de los que el informe detalla otra serie de defectos en cuanto a su adaptabilidad, se les otorga mayor puntuación en este subcriterio.

La recurrente concluye en este punto indicando que el producto por ella ofertado en el nº de orden 9 del lote 1 no debió ser excluido, sino que debió haber obtenido una puntuación de 60 puntos, con el desglose que ella misma formula para cada uno de los subcriterios previstos en el PCAP.

En todo caso, y aun sin atender a las puntuaciones obtenidas respecto del producto ofertado al nº de orden 10 del lote 1, la puntuación conferida al producto ofertado por OIARSO, S.C. en el orden nº 9 del lote 1 es igualmente arbitraria y no responde ni a la realidad de las características técnicas exigidas, ni a un criterio claro.



También en este punto la recurrente argumenta extensamente en contra de la puntuación asignada a su producto en los apartados de adaptabilidad, confortabilidad/hipoalergénico, resistencia, sujeción y envasado:

- El criterio de adaptabilidad y confortabilidad/hipoalergénico se encuentra, a su juicio, claramente minusvalorado. No es lo mismo la capacidad de adaptación al rostro que la sujeción, que se valora en otro subcriterio. Además, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en ningún momento exige que la mascarilla tenga un cierre hermético.
- La resistencia de la mascarilla se valora en 18 puntos sobre 25, sin motivar la decisión. No se menciona porqué se considera que la resistencia es inferior al máximo, ni tampoco cuál sería ese máximo ideal.
- La sujeción se valora con 12 de los 15 posibles puntos, pero no se menciona que la mascarilla sujete mal o de manera indebida en función de un parámetro ideal máximo que en ningún momento se define.
- Se otorgan 9 puntos al envasado de los 10 posibles, y aunque la diferencia es mínima, no se explica por qué no se le otorga el máximo.

Añade que el mismo producto ya fue valorado positivamente sólo dos años antes por la propia Consejería de Sanidad en el Acuerdo Marco para la adquisición de material de protección personal para la post-emergencia Covid-19, que también ha sido valorado técnicamente de manera satisfactoria en multitud de procesos de licitación, que enumera y documenta, sin ánimo de exhaustividad.

Como fundamento jurídico en aplojo de sus alegaciones, la empresa invoca la arbitrariedad, como límite a la discrecionalidad técnica de la Administración en la valoración de las proposiciones, entendiendo que no existe motivación adecuada ni suficiente que avale que la valoración es racional y razonable. Considera infringidos el artículo 9.3 de la Constitución y los artículos 1 y 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), relativos, entre otros, a los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.



Cuarto. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, con fecha de 11 de junio de 2022 el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal informe en el que solicita la desestimación del recurso por los siguientes motivos:

- El hecho de que la mascarilla quirúrgica tipo IIR esté dividida en dos órdenes distintos del lote nº 1 responde precisamente, y en contra de lo alegado por la empresa recurrente, a que el Pliego se está refiriendo a productos diferentes. Añade que el punto 5 del PCAP indica que los licitadores podrán presentarse dentro de un mismo lote a uno o varios órdenes, si bien *“la presentación de la misma referencia en distintos órdenes y subórdenes supondrá, con carácter general, la inadmisión de dicha referencia en todos los órdenes o subórdenes en los que se presente...”*. Queda claro, a juicio del órgano de contratación, que se alude a distintos productos, con el fin de propiciar el mayor número de empresas, en aras de la concurrencia.
- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 146 de la LCSP, en los procedimientos de licitación abiertos (como es el caso) de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios que respondan a un juicio de valor corresponderá, cuando tengan atribuida una ponderación superior a la de los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación adecuada, cuya composición ha de publicarse, conforme al artículo 63.5 de la LCSP. El PCAP recoge en esta licitación los datos de ese Comité de expertos, elegidos por su capacidad de idoneidad con relación al objeto del expediente.
- Invoca la doctrina de este Tribunal relativa a la valoración de los criterios que dependan de juicios de valor, a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos, y a la discrecionalidad técnica de la Administración al valorar las ofertas.
- El Acuerdo Marco cuenta con 96 órdenes y 46 empresas licitadoras, siendo lógico que el informe técnico publique sólo un resumen de las observaciones más relevantes y que son fruto del consenso del Comité. Y recuerda que el Comité de expertos incluyó en su informe, por unanimidad, una observación respecto de la adaptabilidad del producto ofertado por la recurrente en el nº de orden 9 del lote 1: *“No acopla bien: la parte inferior deja un hueco demasiado grande”*, lo que pone de manifiesto que la mascarilla no cumple la finalidad que se espera de este tipo de productos.



- Señala el órgano de contratación que en el procedimiento se han seguido escrupulosamente todos los trámites exigidos en la LCSP y que en ningún momento la Administración ha actuado de manera caprichosa o arbitraria.
- Se ha valorado el criterio de adaptabilidad y confortabilidad con 10 puntos porque en el orden 9 la mascarilla presentada se adapta mal al rostro y deja una holgura demasiado grande en la zona submentoniana. El criterio de sujeción, como alega la recurrente, se evalúa en otro ítem. El PPT no exige que la mascarilla tenga un cierre hermético, pero sí que tenga la adaptabilidad suficiente para proporcionar la protección adecuada.
- El criterio de sujeción obtiene 12 puntos, que se considera una buena sujeción, aunque existen productos presentados por otros licitadores que cumplen de forma óptima este criterio y obtienen mayor puntuación por parte del Comité de expertos.
- En cuanto a la puntuación del envasado, la recurrente presenta un envasado correcto, en caja de cartón, pero otros productos ofertados por distintos licitadores presentan doble envase (mascarillas en bolsas de plástico dentro de una caja de cartón), mascarillas envasadas individualmente o en envases microperforados para la dispensación de mascarillas una en una, que el Comité ha considerado más higiénicos. Además, en este ítem se valora también la dispensación.
- Los criterios de valoración del contexto actual nada tienen que ver con los de las licitaciones producidas durante la pandemia de SarS-Cov-2, condicionadas por la escasez de materiales en el mercado. En cualquier caso, el expediente 606/2020 está extinguido y no vincula para la licitación de expedientes de contratación futuros.
- La empresa recurrente confunde arbitrariedad con discrecionalidad, siendo motivada en este caso la actuación discrecional de la Administración, que ha atendido en todo caso a la finalidad pública de la utilidad o interés general.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó el 14 de diciembre de 2022 el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación en lo que se refiere al lote nº 1 del Acuerdo Marco, producida automáticamente por recurrirse el acto de adjudicación (artículo 53 de la LCSP).



Sexto. El 14 de diciembre de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, trámite que no ha sido evacuado por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento se rige por la citada LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de 25 de mayo de 2021 (BOE de 2 de junio de 2021).

Tercero. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Cuarto. Concorre en la empresa recurrente, que ha concurrido a la licitación, la legitimación prevista en el artículo 48 de la LCSP para recurrir su exclusión en uno de los órdenes de un lote del Acuerdo Marco, que considera contraria a Derecho.

Quinto. El recurso se refiere a un acuerdo marco que, por su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.1.b) de la LCSP.

Sexto. Entrado en el fondo del asunto, la cuestión se circunscribe a determinar si, como afirma la empresa recurrente, la Administración contratante incurrió en arbitrariedad al valorar el producto por ella ofertado en el número de orden 9 del lote 1 del Acuerdo Marco de continua referencia (mascarillas quirúrgicas tipo IIR con gomas) o si, como sostiene el órgano de contratación, dicha valoración, suficientemente motivada y efectuada por un Comité de expertos con la cualificación técnica exigida en función del objeto del suministro, es ajustada a Derecho y se ajusta a los límites de la discrecionalidad técnica.



El Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de las proposiciones de las licitaciones, y también sobre los límites de dicha discrecionalidad. El principio de discrecionalidad técnica de la Administración en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico supone que dichos aspectos no son controlables desde el punto de vista jurídico, excepto en los casos en que se entienda que la Administración ha actuado con discriminación entre los licitadores o ha incurrido en un error patente, con falta de justificación del criterio adoptado, arbitrariedad o desviación de poder, según es pacíficamente aceptado por la doctrina administrativa.

En numerosas ocasiones (Resoluciones 161/2017, de 10 de febrero, 379/2017, de 28 de abril, 59/2021, de 22 de enero, entre otras muchas) este Tribunal ha declarado lo siguiente:

- *“... no podemos olvidar que lo que se pretende por parte de la recurrente es revisar la valoración de unos criterios amparados por la discrecionalidad técnica y sólo revisables en casos excepcionales de arbitrariedad, desviación de poder, ausencia de justificación o error material... 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”.*
- *“En relación con los informes técnicos en que se funda la evaluación de dichos criterios dependientes de un juicio de valor, este Tribunal ha sentado la doctrina de que los mismos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los*



licitadores. Así, en nuestra Resolución nº 52/2015 decíamos que en esta tesitura, como ya ha señalado este Tribunal en su Resolución nº 177/2014 de fecha 28 de febrero de 2014 «para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación».

- *Acerca de la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos, se ha pronunciado la STS 5341/2014 al señalar que ‘...la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico... las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error’.*
- *“Los órganos administrativos... gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente..., pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano,*

procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho... La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el 'núcleo material de la decisión' y sus 'aledaños'. El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico... Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico. Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate... La fase final de la

evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás”.

En fin, como declara la STS de 10 de mayo de 2017 (cas. 2504/2015):

- *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

Séptimo. Trasladando las consideraciones anteriores al concreto supuesto que se examina, obra en el expediente de contratación remitido el informe técnico emitido por el Comité de expertos designado conforme al artículo 146 de la LCSP, de una extensión de 40 páginas, en el que se valoran sucesivamente todos los productos de los 96 órdenes de los 7 lotes en los que se divide el suministro, ofertados por las 46 empresas licitadoras, con asignación de puntuaciones en cada uno de los subcriterios previstos en los pliegos, y un apartado de “observaciones” para cada uno de los productos ofertados.

Siendo numerosas las observaciones formuladas a los productos ofertados por las distintas empresas licitadoras en el número de orden 9 del lote 1, y siendo muchas las mascarillas ofertadas que no alcanzan la puntuación técnica mínima de 55 puntos exigida en los pliegos, la mascarilla ofertada por OIARSO, S.C. obtiene un total de 49 puntos, con el desglose que se ha expuesto anteriormente, y con la observación de que *“No acopla bien. La parte inferior deja un hueco demasiado grande”*. Se trata de un juicio fáctico y técnico sobre el que, evidentemente, no corresponde entrar al Tribunal, por formar parte de la discrecionalidad técnica de la Administración, que en este caso efectuó las valoraciones por medio de un Comité de expertos cuya cualificación, objetividad y acierto se presumen, y sin que se observe en las puntuaciones asignadas a la recurrente la arbitrariedad que denuncia en su recurso.

Efectivamente, y por lo que se refiere a la supuesta arbitrariedad derivada de la comparación de las puntuaciones otorgadas en los números de orden 9 y 10 del lote 1:

- Contrariamente a lo afirmado por la recurrente, el punto 5 del PCAP pone de manifiesto que no se está exigiendo el mismo producto, con un sistema de sujeción diferente, sino dos productos distintos. Bajo la anterior premisa, la comparación entre las puntuaciones asignadas en los órdenes 9 y 10 del lote 1 carece de relevancia para justificar una supuesta arbitrariedad de la Administración.
- Con independencia de lo anterior, el hecho de que el producto ofertado por OIARSO, S.C. en el número del orden 10 del lote 1 (mascarillas quirúrgicas tipo IIR con cintas) obtuviera una calificación de 56 puntos y recibiera la observación *“Calidad adecuada”*, no entraña ninguna incoherencia ni contradicción con el hecho de que las mascarillas ofertadas por la misma empresa en el número de orden 9 del citado lote 1 (mascarillas quirúrgicas tipo IIR con gomas) obtuvieran una calificación de 49 puntos y fueran excluidas de la licitación, con la observación de que el producto no se acopla bien al rostro, dejando un espacio inferior demasiado grande. Una cosa es que ambos productos tengan un sistema de sujeción distinto (gomas/cintas), distinción que no ha afectado a la puntuación asignada en este subcriterio (12 puntos en ambos casos) y otra que haya que presumir que la adaptabilidad de ambos productos sea la misma, siendo este último aspecto (*“adaptable confortable, hipoalergénico”*) el que ha recibido,



comparativamente, una menor puntuación (10 puntos en el número de orden 9, frente a 19 puntos en el número de orden 10, de un total de 25, en ambos casos). En otras palabras, resulta coherente con la observación recogida en el informe técnico la puntuación asignada en el subcriterio de “*adaptabilidad*”, y no se advierte arbitrariedad en la valoración que pudiera enervar la discrecionalidad técnica del Comité de expertos.

Resultan atendibles, adicionalmente, las explicaciones del órgano de contratación en este punto: el hecho de que la mascarilla tenga diferente plegado y tipo de sujeción afecta a la adaptabilidad al rostro, que es mayor en las mascarillas con cintas que en las que se sujetan con gomas.

- Aunque la recurrente sostiene en su recurso, como muestra de la arbitrariedad que alega, que ambos productos se dispensaron exactamente en el mismo envase, pese a lo cual se obtuvo una puntuación de 9 puntos en el número de orden 9 y de 5 puntos en el número de orden 10, resultan también atendibles las explicaciones de la Administración: por su sistema de sujeción, las mascarillas ofertadas en uno y otro caso no ocupan el mismo espacio, y la dispensación de las mascarillas con cintas (5 puntos) se complica porque las cintas se enredan y dificultan la extracción una a una.
- En cuanto a la obtención de diferente puntuación en el subcriterio de “*resistencia*” (18 puntos en el número de orden 9 y 20 puntos en el número de orden 10), aun cuando la recurrente asegure que la calidad de los dos productos es la misma, y sin perjuicio de que el órgano de contratación afirme en su informe que “*la textura también es diferente, se observa una mayor densidad y consistencia en la mascarilla con cintas*”, el Comité de expertos los valoró ambas mascarillas no comparándolas entre sí, sino en comparación con los concretos productos ofertados por otras licitadoras en cada uno de dichos órdenes.
- En cuanto a la afirmación de que “*las puntuaciones otorgadas a otras licitadoras en el mismo nº de orden 9 no guardan tampoco en su inmensa mayoría una correlación de proporcionalidad con la otorgada a OIARSO, S.C.*”, como señala el órgano de contratación, ninguna de las empresas citadas como ejemplo en el recurso ha resultado adjudicataria en el número de orden 9 del lote 1. Por lo demás, se trata de meras apreciaciones de parte que no acreditan arbitrariedad alguna y que no desvirtúan el

juicio de discrecionalidad que asiste al Comité de expertos designado por la Administración, sin que este Tribunal pueda entrar a sustituir las valoraciones efectuadas respecto de cada uno de los productos ofertados, y a la vista de las muestras aportadas por los licitadores, con criterios jurídicos.

Por lo que se refiere a la arbitrariedad invocada por la empresa recurrente en cuanto a las puntuaciones asignadas en el propio número de orden 9 del lote 1, y sin compararlas ya con las obtenidas en orden nº 10, tampoco las alegaciones de la recurrente resultan atendibles:

- Se dan por reproducidas las consideraciones anteriores en cuanto a la valoración de la *“adaptabilidad”* de la mascarilla, como subcriterio distinto del de *“sujeción”*, siendo así que la apreciación fáctica del Comité de expertos de que la mascarilla ofertada por la recurrente no se acopla bien al rostro, quedando en la parte inferior un hueco demasiado grande, constituye una observación técnica que pone de manifiesto la inadecuación del producto a los fines del suministro. Aun cuando el PPT no exija un cierre hermético de las mascarillas quirúrgicas, la adaptabilidad se valora, con toda lógica, como criterio de adjudicación, exigiendo el pliego superar un umbral mínimo de puntuación en la valoración técnica para no ser excluido de la licitación.
- Ninguna arbitrariedad se aprecia en el hecho de que en el subcriterio de *“sujeción”* el producto de la recurrente haya obtenido 12 de los 15 puntos posibles, dado que, se insiste, la valoración se efectúa en comparación con productos ofertados por otros licitadores, que pueden cumplir este subcriterio de forma óptima.
- Resultan también plenamente plausibles las explicaciones de la Administración en cuanto a la puntuación del subcriterio de *“envasado higiénico y dispensación”*: el producto ofertado por la recurrente presenta un envasado correcto, en caja de cartón, pero hay productos de otros licitadores que presentan doble envase (mascarillas en bolsas de plástico dentro de una caja de cartón), mascarillas envasadas individualmente o envases microperforados para la dispensación de mascarillas una en una, que el Comité ha considerado más higiénicos.



Por último, también asiste la razón al órgano de contratación cuando señala que este expediente de contratación es distinto de los que haya podido tramitar en el pasado, y que la escasez de mascarillas quirúrgicas en el mercado, propia de licitaciones efectuadas en el año 2020, es un escenario totalmente distinto del actual.

En fin, considera el Tribunal que el hecho de haber resultado la empresa recurrente adjudicataria de otras licitaciones pasadas, de este mismo o de distintos órganos de contratación no implica, *per se*, la arbitrariedad del acuerdo de exclusión que ahora se impugna, dado que los pliegos y las circunstancias concurrentes son distintos.

Al no advertirse arbitrariedad en la valoración, ha de respetarse la discrecionalidad técnica del Comité de expertos, sin que la empresa recurrente pueda sustituir con juicios y valoraciones subjetivas dicho criterio técnico, dotado de una presunción de acierto que no ha sido desvirtuada.

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. L.A.P., en nombre y representación de la empresa OIARSO, S.C contra la resolución de adjudicación del *“Acuerdo Marco para el suministro de cobertura quirúrgica desechable”* licitado por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana (expediente 107/2022), en lo que se refiere al lote nº 1, orden 9.

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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES