



Recurso nº 118/2013 C.A Extremadura 005/2013
Resolución nº 100/2013

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.S.C. en representación de la mercantil SANEX, SANIDAD EXTREMEÑA S.L., contra el informe técnico referente al punto C2 criterios de valoración dependientes de un juicio de valor del Anexo 1 del cuadro resumen de características emitido en el expediente de contratación nº CS/9999/111203168/12/MAR para la contratación del suministro de mallas quirúrgicas para centros dependientes del Servicio Extremeño de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Extremeño de Salud convocó mediante anuncio publicado, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, los días 10 y 22 de agosto de 2.012, respectivamente, licitación para adjudicar el suministro citado en el encabezamiento, dividido en nueve lotes y con un valor estimado total de 976.837,96 euros (IVA excluido). A la licitación referenciada presentó oferta la mercantil recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

Tercero. En la primera reunión de la Mesa de Contratación, celebrada el 25 de septiembre de 2012, se examinó la documentación administrativa (sobre A) y se acordó solicitar subsanación de defectos en un buen número de las documentaciones presentadas por las empresas concurrentes a la licitación.



Cuarto. En la segunda reunión de la Mesa de Contratación, de 3 de octubre de 2012, se estudió la documentación aportada para subsanar los errores u omisiones padecidos en el sobre A y se procedió a la apertura del sobre B relativo a la documentación técnica cuya valoración debía hacerse conforme a criterios subjetivos.

Quinto. El 18 de enero de 2013 la Mesa de Contratación, se reunió nuevamente para proceder a la apertura del sobre C relativo a los “Criterios cuantificables de forma automática”. Previamente se procedió a dar lectura del informe efectuado por los servicios técnicos del Servicio Extremeño de Salud acerca de las ofertas presentadas, informe que, por lo que respecta a la licitadora ahora recurrente, señalaba que debía ser excluida de los lotes 7, 8 y 9 por no alcanzar el umbral técnico mínimo exigido en ninguno de estos tres casos.

Sexto. Acabada la lectura de las proposiciones económicas abiertas se reflejó en el acta levantada el acuerdo de exclusión, que viene motivado por referencia al informe técnico antes mencionado de fecha 3 de diciembre de 2.012. La publicación del acuerdo de exclusión tuvo lugar el 22 de enero de 2.013.

Séptimo. Contra el informe técnico que, según sostiene la recurrente, es el acto administrativo que la excluye del procedimiento, la representante de la empresa licitadora formaliza en plazo el recurso especial instando la adopción de medidas cautelares, en concreto, la suspensión del procedimiento de contratación.

Octavo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, trámite que ha sido evacuado por la empresa BARD DE ESPAÑA S.A.U.

Noveno. Con fecha de 27 de febrero de 2013, este Tribunal decreta la medida provisional de suspensión al abrigo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, previa audiencia al órgano de contratación.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales, publicado en el BOE el día 9 de agosto de 2012.

Segundo. La empresa recurrente concurrió a la licitación, de la que ha sido excluida. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. En lo que hace a la recurribilidad del acto, el recurso incurre en una patente contradicción al señalar cuál es el acto administrativo impugnado. Señala en este punto su escrito que tal acto es el informe de valoración y, si esto fuera así realmente, procedería sin ulterior trámite inadmitir su recurso, pues se trataría de un mero acto de trámite no cualificado y, por lo tanto, no recurrible. No obstante, en el suplico de su recurso, amén de insistir en la misma equivocación, solicita que se declare la nulidad de la apertura de las ofertas económicas, por lo que cabe entender que, en definitiva, estaría pidiendo la retroacción del procedimiento hasta el momento en que fuese posible la valoración correcta de su oferta. En puridad sería posible interpretar el presente caso en términos absolutamente literales, lo que abocaría a la inadmisión; pero también es posible entender que nos hallamos ante un error en la manifestación, que no recoge la verdadera intención del recurrente. Este ha pedido que se anule el acto que le excluye, interpretando erróneamente que este es el informe de valoración. Pero tal acto es el de exclusión y, por eso, en una interpretación más flexible, tendente a favorecer el derecho de acción ante el Tribunal, cabe concluir que en realidad el interesado recurre la exclusión de la licitación y que en la medida en que estamos en presencia de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, este acto sería susceptible de recurso especial de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP.

También se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.



Cuarto. El recurso se funda en dos motivos. En primer lugar, la recurrente considera que la valoración técnica efectuada por el Servicio Extremeño de Salud es incorrecta, al atribuir a su oferta una puntuación de 0 en los lotes 7, 8 y 9, debido a la ausencia de elemento plástico protector de las mallas. Ello supondría, en segundo lugar, una ausencia de motivación en la valoración de los criterios subjetivos, máxime si tenemos en cuenta que la ponderación del criterio de seguridad, tal como ha sido realizada por la Administración contratante, no podía ser conocida por los licitadores. A todo ello añade el recurrente que la notificación de la exclusión no contiene los elementos necesarios para que se pueda defender, por lo que procedería la anulación de dicho acto.

Quinto. El órgano de contratación en el informe emitido el 21 de febrero de 2013 se limita a recoger las incidencias y fechas de los trámites del procedimiento de contratación.

Sexto. En cuanto al fondo del asunto, para poder resolver adecuadamente acerca de la corrección de la valoración de los criterios dependientes de juicio de valor hay que partir de varias ideas fundamentales. La primera es que de acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal, en el análisis que podamos realizar sobre este punto es menester tener en cuenta siempre el principio de respeto a la discrecionalidad técnica de la Administración. En efecto, como señala la resolución 260/2011, *“es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor 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 al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.*

Pues bien la impugnación de la recurrente en cuanto se refiere a la existencia de hipotéticos errores en la valoración y puntuación de la oferta técnica presentada por ella incide directamente en la discrecionalidad técnica de la valoración sin afectar a sus



aspectos formales sin que, examinadas las alegaciones del recurrente y los argumentos en contrario del informe del órgano de contratación, se haya apreciado por este Tribunal arbitrariedad, discriminación, omisiones o errores materiales en la valoración de su oferta técnica...”

Por esta razón es evidente que este Tribunal no puede decidir si la seguridad que ofrecen los productos de la recurrente debe merecer una puntuación máxima, ni siquiera una puntuación superior que le permitiera alcanzar el umbral establecido en el pliego para poder continuar en el procedimiento de licitación.

Ahora bien, esta conclusión no significa que no debemos atender a la segunda de las cuestiones que plantea el recurrente, cual es la falta de motivación de la valoración efectuada por el Servicio Extremeño de Salud. De hecho, es patente que uno de los parámetros que debe enjuiciar el Tribunal es la posible existencia de arbitrariedad en la valoración cuestionada. La completa ausencia de motivación justificaría la conclusión de que se ha procedido de manera arbitraria en la valoración.

En su recurso la entidad excluida señala que los productos que oferta sí tienen un elemento de protección suficiente, tanto durante la colocación, como después de ella, si bien es claro que la documentación que no aportó en el seno del procedimiento no tiene ninguna virtualidad probatoria en este momento. No obstante, sin prejuzgar la valoración de la prueba aportada por la recurrente, debe entenderse cumplido con el principio de carga de la prueba, en la medida en que la recurrente aportó una ficha descriptiva de las características de sus tres productos, fichas en las que se hacía referencia a las condiciones de seguridad de aquellos.

Ante esta circunstancia el órgano de contratación, en el informe técnico ha separado dos tipos de productos: los que presentan plástico protector y los que no lo presentan. Estos últimos han sido valorados con 0 puntos en todos los casos, lo que permite deducir que en opinión del órgano de contratación la ausencia de este plástico veda automáticamente la posibilidad de acceder a la siguiente fase del procedimiento de licitación en los lotes 7,8 y 9, que son los que son el objeto de este recurso.



Esto implica que si la puntuación total que se puede obtener en los criterios técnicos es de 30 puntos, si a este criterio de la seguridad se le otorgan 15 puntos y el umbral para acceder a la siguiente fase es el 65% de la puntuación total, no cabe duda de que la atribución de 0 puntos en el criterio de la seguridad implica la exclusión del procedimiento.

Ante esta circunstancia es imprescindible motivar correctamente la razón por la que se procede a excluir al licitador al concederle 0 puntos en este criterio. El órgano de contratación alude a la no existencia de plástico protector, elemento que no era demandado en el pliego, donde se limitaba a señalar en este punto que se valorará con una mayor puntuación las mallas que presenten mayor protección para facilitar el paso e inserción de la misma. Parece, pues, que el pliego limita la valoración del criterio al momento de la colocación de la prótesis y en ese momento la presencia de un plástico de seguridad proporciona una protección elevada, mientras que la no presencia del mismo no genera una protección suficiente. Esta interpretación del órgano de contratación parece razonable. Sin embargo, genera una cierta distorsión toda vez que ha incluido un elemento no mencionado en el pliego. La aplicación de subcriterios en las valoraciones de los elementos dependientes de un juicio de valor ha sido analizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En efecto, en su Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (asunto: Concordia Bus Finland) en su apartado 52 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló que, *“La Comisión considera que los criterios de adjudicación de los contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”*. Además en esta misma Sentencia, el TJUE concreta que, el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las Directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. En este mismo sentido se expresa la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005 (Asunto C-331/2004).



La doctrina del tribunal de justicia de las comunidades europeas ha exigido una actitud valorativa racional y congruente con el objeto del contrato. El tribunal comunitario no excluye de antemano la posibilidad de que el órgano de contratación introduzca ciertos elementos que no estaban previamente definidos en el pliego, cuando esos elementos sean necesarios para fundar una correcta valoración a la vista de las ofertas técnicas presentadas por los licitadores. Esto no supondría una violación del principio Lex contractus, sino un adecuado desarrollo de la labor valorativa que corresponde a la administración contratante.

Procede, por consiguiente, valorar si en el caso concreto objeto del recurso se cumplen esos requisitos, esto es, si tales subcriterios que desgranar los criterios subjetivos fijados en el Cuadro de Características están relacionados con el objeto del contrato, si se respetan los principios fundamentales del Derecho Comunitario, en particular, los principios de concurrencia, no discriminación e igualdad de trato, y si, en definitiva, los mismos, permiten seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido es menester analizar si la motivación dada en el informe técnico respeta fielmente tales principios y se ajusta a las prescripciones contenidas en el artículo 150.4 del TRLCPS. Y lo cierto es que el informe de valoración señala la distribución del máximo de los 30 puntos, otorgando una puntuación diferente a cada uno de los subcriterios marcados en el Cuadro de características del contrato.

Se trata, como ha expuesto este Tribunal en la Resolución nº 155/2012 (recurso nº 136/2012) de apartados o subcriterios no valorables mediante fórmula, de apreciación discrecional por el órgano de contratación y respecto de los cuales hemos afirmado que, este Tribunal debe ceñirse a analizar si, en la valoración de los elementos en disputa, se ha incurrido en error material o se han aplicado fórmulas arbitrarias o discriminatorias. Así lo hemos reiterado en multitud de ocasiones al considerar que a los criterios evaluables en función de juicio de valor les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada “**discrecionalidad técnica**” del órgano de contratación. Además, como también hemos señalado en otras resoluciones, la valoración de las ofertas resulta de la comparación entre ellas con base en los criterios de adjudicación establecidos en el pliego. Tal comparación debe hacerse de manera que las proposiciones cuyas prestaciones sean superiores o cumplan o desarrollen mejor los criterios objeto de



valoración, obtengan mejor puntuación que aquellas otras en que el nivel ofertado es inferior. No cabe duda que, atendiendo al contenido del Cuadro de características lo que se está buscando es la seguridad en el proceso de implantación quirúrgica del elemento. Y tampoco puede dudarse de que en ese proceso la presencia de un mecanismo de seguridad puede ser considerada esencial y que su no presencia pueda llevar a considerar que el producto que carezca de ella no cumple mínimamente con las condiciones de seguridad deseables, mereciendo una puntuación de 0 puntos.

Por otro lado, las discrepancias de la recurrente respecto a la puntuación otorgada en los lotes 7.8 y 9 se fundan en una interpretación personal que quiere sustituir a la del órgano de contratación, pero no se ha aportado prueba suficiente que acredite que en el proceso de colocación exista una protección suficiente. En este sentido resulta evidente que la mercantil recurrente no aporta argumento que demuestre que el informe dado por la Comisión técnica sea erróneo, arbitrario o discriminatorio, sino que únicamente expresa una valoración disconforme con la puntuación obtenida, ponderando su producto y exponiendo que es tan bueno como el de sus competidores.

De hecho, en el seno de este procedimiento se ha procedido a excluir a todos los licitadores cuyos productos estaban exactamente en la misma situación que el recurrente, no apreciándose, consecuentemente, infracción alguna del principio de igualdad. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal en resoluciones como la nº 234/2011 donde se señala *“Es necesario apuntar que respecto de las valoraciones discrecionales realizadas por la Administración en el seno de los contratos públicos existe una copiosa jurisprudencia que, partiendo de la sujeción de la Administración y de los licitadores a los pliegos, considera que no es posible en vía de recurso tratar de sustituir el criterio motivado de la Administración por el propio criterio del recurrente. En el ejercicio de las potestades discrecionales, cuando la Administración debe utilizar criterios subjetivos de valoración, el único elemento reglado de control posterior es la sujeción a los criterios que previamente se hayan definido al elaborar los pliegos. Pero la valoración que haga la Administración de esos parámetros objetivos, si está debidamente motivada, no puede ser sustituida por un criterio diferente.”*

En el presente caso la argumentación de la recurrente se ha centrado en que su producto cumplía con unas buenas condiciones de seguridad en el momento de la colocación y,



posteriormente, una vez insertado en el cuerpo. Pero el estricto cumplimiento de lo establecido en el pliego exige considerar que aquel documento se refería únicamente al momento de la colocación, momento en el que hay una diferencia patente entre los dispositivos que cuentan con un mecanismo de protección específico y los que no lo tienen. La determinación de las razones por las cuales algunos de los dispositivos se han merecido una puntuación superior a otros no puede considerarse arbitraria si la referimos exclusivamente al momento de la colocación de la malla, único momento al que se refiere el pliego. Cabe concluir, por lo tanto, que la Administración contratante ha seleccionado adecuadamente la oferta más ventajosa.

Séptimo. Como segundo argumento la recurrente hace referencia a una pretendida falta de motivación de la resolución recurrida, lo que le habría vedado la posibilidad de recurrir adecuadamente. En realidad la recurrente confunde la falta de motivación de la resolución con la insuficiente motivación de la notificación. Sobre la primera cuestión ya hemos argumentado con anterioridad. Sobre la segunda vamos a hacerlo ahora para una mayor claridad expositiva.

A este respecto, el Tribunal, en múltiples resoluciones entre la que podemos citar la nº 179/2012 ha señalado que *“la notificación del acto de adjudicación ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se le estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión. Así, se entenderá que la notificación se halla adecuadamente motivada cuando contenga, al menos, la información que permita al licitador no adjudicatario interponer la reclamación en forma suficientemente fundada.*

Tal exigencia de motivación de la notificación viene impuesta por el artículo 151.4 del TRLCSP, que contiene una relación concreta de los aspectos que en todo caso debe comprender la notificación.

Dicho precepto dispone: 4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.



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

En particular expresará los siguientes extremos:

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

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

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas. (...) Interpretando este precepto, este Tribunal ha señalado que del mismo cabe deducir, de una parte, que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso.”

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la exclusión, que no adjudicación, fue adoptada explicando suficientemente la razón por la que tuvo lugar en cada uno de los tres lotes. La sola lectura del recurso planteado sugiere que la motivación contenida en la notificación de la resolución de exclusión a la entidad recurrente resultó ser suficiente y adecuada y le ha permitido conocer sobradamente las razones por las que fue excluida. Por tanto, la invocada falta de motivación ha de ser rechazada.

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. C.S.C. en representación de la mercantil SANEX, SANIDAD EXTREMEÑA S.L., contra el informe técnico referente al punto C2 criterios de valoración dependientes de un juicio de valor del Anexo 1 del cuadro resumen de características emitido en el expediente de contratación nº CS/9999/111203168/12/MAR para la contratación del suministro de mallas quirúrgicas para centros dependientes del Servicio Extremeño de Salud.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 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 la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa