



Recurso nº 233/2018 C. Valenciana 61/2018

Resolución nº 390/2018

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

En Madrid a 23 de abril de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D.^a Lourdes Carmen Román Llamosi en representación de la mercantil BAXTER, S.L., contra la Resolución de fecha 5 de febrero de 2018, dictada por el Sr. Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, por la que se resuelve la adjudicación del Lote nº 9 –*Hemostático absorbible estéril de gelatina con trombina, 5 ml aproximadamente*– del Expediente de Contratación nº CNMY-SU-296-2017 para el “*Suministro de hemostáticos absorbibles, hemostáticos y selladores quirúrgicos Departamento de Salud Valencia La Fe*” a favor de la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución del Sr. Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana de fecha 11 de julio de 2017 se acordó el inicio del el expediente para la licitación del contrato administrativo “*Suministro de hemostáticos absorbibles, hemostáticos y selladores quirúrgicos Departamento de Salud Valencia La Fe*” (*Expediente de Contratación nº CNMY-SU-296-2017*), dividido en 17 lotes y para ser tramitado mediante procedimiento abierto.

El valor estimado del contrato quedó fijado en el importe de 3.886.974,96 euros, para cuya determinación se han tenido en cuenta los criterios fijados en el TRLCSP.



El valor estimado correspondiente al lote nº 9 quedó fijado en el importe de 114.000 euros.

Los Pliegos aprobados para la licitación fueron objeto de publicación en el DOUE el día 6 de septiembre de 2017, en la Plataforma de Contratación del Estado el 12 de septiembre, en el Boletín Oficial del Estado el 18 de septiembre y, finalmente en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana el 25 de septiembre.

No se ha presentado recurso especial contra los Pliegos que fueron objeto de publicación.

Segundo. En el procedimiento de contratación, en relación con el Lote nº 9, presentaron su oferta dentro del plazo establecido las siguientes empresas:

- BAXTER, S.L.
- JOHNSON & JOHNSON, S.A.

El procedimiento de contratación se ha desarrollado conforme a lo establecido en la normativa de aplicación y en los Pliegos que rigen la licitación.

Tercero.- La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 26 de octubre procedió a la apertura de los sobres que contenían la documentación técnica.

Según consta en el acta de la Mesa de Contratación, la documentación técnica contenida en los sobre fue entregada a la Vocal de la Mesa Dña. Encarna Tamarit para la emisión de informe técnico.

Consta en el expediente un documento, suscrito por diez profesionales sanitarios cuyos nombres, cargos y firmas (salvo la de uno de ellos) se hacen constar en el mismo, en el que se procede a la puntuación de las ofertas según los criterios prefijados para la valoración técnica en el apartado 11 (Criterios de Adjudicación) del Cuadro de Características del PCAP.

En dicho informe se valoraban las ofertas técnicas referidas al Lote nº 9 con las siguientes puntuaciones totales (sobre una puntuación máxima de 40 puntos:



- BAXTER, S.L. 24 puntos.
- JOHNSON & JOHNSON, S.A. 28 puntos.

En cuanto al desglose de los criterios de puntuación y la motivación del informe, se da por reproducido en aras de la brevedad.

Cuarto.- La Mesa de Contratación, reunida el día 22 de diciembre de 2017, procedió a la aprobación del *informe técnico de valoración de los criterios* al que se ha hecho referencia en el Antecedente anterior, a la exclusión de diversas empresas por no reunir los requisitos técnicos exigidos (ninguna de las cuales licitaba para la adjudicación del aquí controvertido Lote nº 9) y, a continuación, a la apertura en sesión pública de los sobres que contenían las ofertas económicas que, en relación con el Lote nº 9, se concretaron en los siguientes precios unitarios (en euros):

- BAXTER, S.L. 237,5
- JOHNSON & JOHNSON, S.A. 220

En la misma sesión, la Mesa de Contratación procedió a la valoración conjunta de las ofertas técnica y económica conforme a lo establecido en los Pliegos, siendo las puntuaciones asignadas en lo referido al Lote nº 9 las siguientes:

BAXTER, S.L.

Valoración técnica: 24 puntos
Puntuación precio: 55,58 puntos
Puntuación total: 79,58 puntos

JOHNSON & JOHNSON, S.A.

Valoración técnica: 28 puntos
Puntuación precio: 60 puntos



Puntuación total: 88,00 puntos

En consecuencia, la Mesa de Contratación acordó proponer la adjudicación del Lote nº 9 a favor de JOHNSON & JOHNSON, S.A. por el precio unitario de 220 (euros).

Quinto.- Mediante Resolución de fecha 5 de febrero de 2018, dictada por el Sr. Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación, se procedió a la adjudicación del Lote nº 9 –*Hemostático absorbible estéril de gelatina con trombina, 5 ml aproximadamente*– del Expediente de Contratación nº CNMY-SU-296-2017 para el “*Suministro de hemostáticos absorbibles, hemostáticos y selladores quirúrgicos Departamento de Salud Valencia La Fe*” a favor de la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A., notificada a BAXTER, S.L. el día 15 de febrero de 2018.

Sexto.- Con fecha 28 de febrero de 2018 se presentó por D.^a Noelia de Miguel Sánchez, en representación de BAXTER, S.L., anuncio previo de interposición de recurso especial en materia de contratación.

Con fecha 7 de marzo de 2018 se interpuso el recurso especial en materia de contratación previamente anunciado, mediante escrito presentado electrónicamente a través del formulario previsto al efecto y suscrito por D.^a Lourdes Carmen Román Llamosi en representación de la mercantil BAXTER, S.L.

En el recurso, tras exponer las alegaciones que a su derecho interesan, la mercantil recurrente solicita de este Tribunal que:

- *Se acuerde la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.*
- *Se anule la adjudicación del Lote 9.*
- *Se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la realización de la valoración, para que esta se realice aplicando correctamente los criterios fijados en el PCAP para la adjudicación del contrato, en los términos expuestos a lo largo del presente recurso.*



- *Se declare la nulidad de todo el procedimiento de contratación en lo que atañe al lote 9, al no ser posible realizar la revisión de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, por ser conocidos ya los datos correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmulas.*

Séptimo. Interpuesto el recurso, el órgano de contratación remitió a este Tribunal el Expediente, así como el Informe de fecha 12 de marzo de 2018 en el que se sostiene la legalidad del acto de adjudicación aquí recurrido, solicitándose la desestimación del recurso y que se sancione a la recurrente por haber actuado con mala fe.

Octavo. De acuerdo con lo establecido en el artículo 46.3 del TRLCSP la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el expediente de contratación, habiéndose presentado alegaciones por D.^a Alicia Herráez Sánchez en representación de JOHNSON & JOHNSON, S.A., solicitando que se confirme la legalidad del acto de adjudicación a su favor del Lote nº 9 del contrato de continua referencia.

Noveno. Mediante Resolución de 16 de marzo de 2018 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, hasta la resolución del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 17 de abril de 2013, por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de abril de 2013.

Segundo. Habiendo concurrido BAXTER, S.L. a la licitación del Lote cuya adjudicación a favor de otra empresa impugna y habiendo sido clasificada en el segundo puesto, ha de estimarse que ostenta un interés legítimo para interponer el presente recurso (artículo 42 TRLCSP).



Tercero. El recurso ha sido anunciado previamente (artículo 44.1 TRLCSP) y se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

Cuarto. Antes de entrar, en su caso, a examinar en el fondo las cuestiones planteadas en el recurso es preciso determinar si, en relación con el acto concreto de adjudicación del Lote nº 9 del expediente de contratación, cabe interponer recurso especial. En este sentido, el artículo 40.1.a) del TRLCSP establece, en lo que aquí interesa, que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: (...) a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.”*

En este caso se trata de un expediente para la contratación de un suministro cuyo valor estimado ha quedado fijado en el importe de 3.886.974,96 euros y que, en consecuencia, está sujeto a regulación armonizada al licitarse por una Administración Pública y superar el umbral fijado al efecto en el artículo 15.1.a) TRLCSP, que es de 135.000 euros.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el acto recurrido es la adjudicación de un Lote de los previstos en el contrato cuyo valor estimado es de 114.000 euros y que, por lo tanto, queda por debajo del umbral legalmente establecido para la regulación armonizada, circunstancia que obliga a plantearse si cabe o no el recurso especial.

Pues bien, a juicio de este Tribunal la cuestión ha de resolverse en sentido favorable a la procedencia del recurso especial, partiendo de la previsión contenida en el artículo 15.2 del TRLCSP que permite a los órganos de contratación exceptuar –mediante una decisión expresa– la aplicación de las normas correspondientes a la regulación armonizada respecto de lotes cuyo valor estimado será inferior a 80.000 euros y siempre que el valor acumulado de los lotes exceptuados no supere el 20 por ciento de la totalidad de los lotes en que se divide el expediente y tomando en consideración que, en el presente supuesto el valor estimado del Lote nº 9 en relación con cuya adjudicación se



plantea la controversia supera los 80.000 euros y no pudo ser excluido de la regulación armonizada.

En consecuencia, es indudable que tanto en consideración a la naturaleza del contrato sujeto a licitación –contrato de suministro sujeto a regulación armonizada– como por virtud del acto recurrido –el de adjudicación (artículo 40.2.c) TRLCSP–, resulta admisible el recurso especial y, por ello, es preciso continuar con el examen sobre el fondo de la impugnación planteada por BAXTER, S.L.

Quinto. El recurso se articula formalmente en tres motivos, si bien es preciso dejar sentado desde este momento que la lectura del mismo evidencia una cierta falta de coherencia tanto en su planteamiento como en la formulación de las pretensiones de la recurrente. Así, en su motivo Primero el recurrente reconoce que este Tribunal no puede sustituir el juicio de los expertos en la ponderación de los criterios evaluables mediante un juicio de valor y, en consecuencia, afirma que su revisión *se solicita basada en un vicio formal que habilita al Tribunal a analizar las discrepancias en la valoración denunciadas* (sic).

Sin embargo, en el motivo Segundo, que es el que tiene un mayor desarrollo y en el que se contienen los fundamentos principales del recurso, se pretende de este Tribunal precisamente lo que en el motivo anterior se reconoce que no puede pedir: que este Tribunal sustituya la valoración de los técnicos por la interesada que pretende la mercantil recurrente, mediante la aportación de razonamientos y documentos de carácter exclusivamente técnico. En efecto:

- En el apartado 1 del motivo Segundo se analiza la puntuación atribuida a BAXTER, S.L. y a JOHNSON & JOHNSON en el criterio *amplitud de las indicaciones* –la misma a ambas empresas, la máxima de 6 puntos– y toda la argumentación del motivo se limita a sostener que BAXTER, S.L. debió tener una puntuación mayor sobre la premisa de la referencia a estudios clínicos.
- En el apartado 2 del mismo motivo se cuestiona la puntuación asignada respecto del criterio *evidencia científica (máximo 12 puntos)* en el que ambas empresas fueron puntuadas con 6 puntos y se alega, sobre argumentos de índole exclusivamente



- técnica, que el producto de BAXTER, S.L. debió recibir una puntuación mayor que la asignada.
- En el apartado 3 se cuestiona la puntuación superior asignada a JOHNSON & JOHNSON (4 puntos) sobre la atribuida a BAXTER, S.L. (1 punto) en el criterio *facilidad de uso (máximo 4 puntos)*, incurriendo en la evidente petición de principio de considerar que la diferente puntuación asignada se debe a que el informe técnico habría hecho suyo un informe interno de su competidora sobre un test realizado por ella misma. Sin embargo, no existe ninguna evidencia de que ello haya sido así, limitándose el informe técnico a recoger en las observaciones que Floseal 5 ml (el producto de BAXTER, S.L.) tiene *menor facilidad de uso*, circunstancia que, en cualquier caso, es de índole exclusivamente técnica y este Tribunal no puede entrar aquí a examinar.
 - En el apartado 4 se cuestiona que se haya atribuido a ambos productos la misma puntuación máxima (12 puntos) en el criterio *seguridad*, sobre la premisa de que “*los datos disponibles de seguridad de Floseal® son mucho más extensos que los disponibles de Surgiflo®*”. Obviamente este Tribunal no puede revisar la valoración de este criterio puramente técnico y mucho menos cuando ambos productos han sido valorados con la máxima puntuación, lo que evidencia que se consideran suficientemente o igualmente seguros, sin que sea admisible pretender que este Tribunal entre a analizar la valoración dada por los técnicos a la seguridad del producto de la competencia con razonamientos tan poco sólidos como los contenidos en el escrito de recurso.
 - También se cuestiona en el apartado 5 la valoración del criterio *tiempo de respuesta* (en el que ambas empresas han recibido la máxima puntuación de 4 puntos) por considerar que se trata de un criterio inconcreto y ambiguo. Lo cierto es que, incluso si se aceptara la alegada ambigüedad del criterio, al haberse asignado a ambas empresas la misma puntuación, no hay perjuicio alguno para la recurrente, que no puede pretender que este Tribunal decida cómo tenía que haberse interpretado y aplicado un criterio técnico que ella misma califica como ambiguo e inconcreto.
 - Finalmente, en el apartado 6 se cuestiona la puntuación asignada a BAXTER, S.L. (1 punto) respecto de la asignada a JOHNSON & JOHNSON (2 puntos) en el criterio *otros aspectos técnicos*. Este cuestionamiento se centra en atacar la motivación



contenida en el informe técnico que, efectivamente, parece que considera que el *origen bovino* del producto de BAXTER, S.L. merece una puntuación menor que el *origen porcino* del de su competidora. Pues bien, sin necesidad de entrar en cuestiones técnicas que le están vetadas, este Tribunal podría compartir, respecto de este apartado, que la propia definición genérica del criterio y su posterior aplicación práctica han dado lugar a una valoración menor al producto de BAXTER, S.L. que podría no estar bien justificada. Sin embargo, ello no puede suponer en ningún caso estimar la pretensión de BAXTER, S.L. puesto que incluso si se otorgara a BAXTER, S.L. la máxima puntuación en este apartado, ello no tendría trascendencia alguna de cara a la adjudicación del contrato puesto que la diferencia entre las puntuaciones finales asignadas a una y otra empresa es de 8,42 puntos.

Finalmente, en el motivo Tercero del recurso, en cierta incoherencia con lo manifestado en el Segundo –en el que se afirma en cada caso que BAXTER, S.L. tendría que haber tenido una puntuación distinta de la asignada en cada uno de los criterios cuestionados– lo que se sostiene es que no cabe la mera retroacción de actuaciones para que se emita un nuevo informe técnico sino que, dado que ya se conocen las puntuaciones de la oferta económica, ha de anularse todo el procedimiento de contratación respecto del Lote nº 9.

Sexto.- Así expuesto en términos generales el contenido del recurso, es preciso aludir a las alegaciones del órgano de contratación y de la mercantil adjudicataria del contrato.

El órgano de contratación en su informe, además de poner de manifiesto la contradicción ya observada en la que incurre el recurrente al afirmar que pretende una revisión de los criterios técnicos exclusivamente formal para, sin embargo, centrar su impugnación en un cuestionamiento *de fondo* sobre las puntuaciones asignadas, alega que no se puede cuestionar la legalidad de unos criterios de valoración que se han aceptado implícitamente al no impugnar los pliegos; que han sido los propios profesionales que conocen los productos quienes los han valorado y sin que fuera necesaria la presentación de muestras; y que el recurrente pretende sustituir el criterio de estos profesionales por el suyo propio e interesado. Finalmente en el informe se recoge un examen detallado de la aplicación de cada uno de los criterios de valoración controvertido y la justificación de las puntuaciones asignadas.



Por su parte, JOHNSON & JOHNSON en sus alegaciones se centra en (i) sostener que la decisión del órgano de contratación ha sido correcta y está amparada por la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración; (ii) que no se pueden cuestionar los criterios de valoración establecidos en los Pliegos cuando estos no se han recurrido y son ley entre las partes; (iii) que los criterios de valoración han sido aplicados correctamente o, en cualquier caso, de forma no arbitraria; (iv) que se han respetado los principios que rigen la contratación pública y, en particular, los de igualdad de trato y transparencia.

Séptimo.- Como ya se ha apuntado en los fundamentos anteriores, es claro que el planteamiento del recurso se construye sobre una contradicción que tratar de soslayar la doctrina de este Tribunal sobre el necesario respeto del principio de discrecionalidad técnica y sobre los límites de su propia competencia para revisar las valoraciones asignadas por los técnicos en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor (por todas podemos remitirnos a las que se citan en las propias alegaciones de JOHNSON & JOHNSON, números 33/2012 y 584/2016). Y es que, en efecto, la mera referencia a que el recurso se plantea en relación con unos supuestos vicios formales en que habría incurrido la valoración o la manifestación de que el informe técnico no está suficientemente motivado, no pueden servir para obviar que toda la argumentación y el desarrollo del recurso se centran en cuestionar, con argumentos y medios de prueba de carácter médico, las concretas puntuaciones asignadas a las empresas licitadoras y, en consecuencia, a pretender de este Tribunal precisamente lo que no puede hacer: revisar las valoraciones asignadas por los técnicos. En consecuencia, el recurso ha de 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. Desestimar el recurso interpuesto por D.^a Lourdes Carmen Román Llamosi en representación de la mercantil BAXTER, S.L., contra la Resolución de fecha 5 de febrero de 2018, dictada por el Sr. Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, por la que



se resuelve la adjudicación del Lote nº 9 –*Hemostático absorbible estéril de gelatina con trombina, 5 ml aproximadamente*– del Expediente de Contratación nº CNMY-SU-296-2017 para el “*Suministro de hemostáticos absorbibles, hemostáticos y selladores quirúrgicos Departamento de Salud Valencia La Fe*” a favor de la empresa JOHNSON & JOHNSON, S.A., que se confirma por ser ajustado a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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 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.