



Recurso nº 8/2018 C.A. Galicia 1/2018

Resolución nº 127/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 9 de febrero de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. S.B.S., actuando en nombre y representación de ORTOPEDIA Y CIRUGIA, S.L. (en adelante la recurrente) contra el acuerdo de 14 de diciembre de 2017 del órgano de contratación constituida en relación con el expediente MI-SER1-17-00E para la licitación del contrato “*Suministro sucesivo de gasas y compresas de algodón y tejido sin tejer, compresas tocológicas y absorbentes infantiles con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Galego de Saúde, lotes 3 a 11*” por la que se excluye a dicha empresa del procedimiento, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano competente del SERGAS acordó el 1 de febrero de 2017 el inicio del procedimiento para la licitación del expediente MI-SER1-17-00E para la licitación del contrato “*Suministro sucesivo de gasas y compresas de algodón y tejido sin tejer, compresas tocológicas y absorbentes infantiles con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Galego de Saúde, lotes 3 a 11*”. El acuerdo y los pliegos fueron objeto de publicación en el DOUE el 8 de febrero de 2017, así como en el BOE el 20 del mismo mes y año y en el DOGA el 23, también del mismo mes y año.

Segundo. El procedimiento se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), siguiéndose los trámites del procedimiento abierto.



Tercero. Tras la tramitación oportuna, el 7 de abril de 2017 se acuerda la exclusión de la licitadora por no haber acreditado las condiciones de solvencia establecidas en el pliego, al no haber acreditado los suministros efectuados con el debido desglose, lo que impide conocer si al menos en alguno de los años se había superado la cuantía mínima exigida en el pliego. El 5 de mayo de 2017 se formula por la licitadora excluida recurso especial ante este Tribunal, quien dictó resolución nº 558/2017, relativa al recurso 433/2017 por la que se estima el citado recurso.

Cuarto. De conformidad con lo establecido en el último fundamento de derecho de la citada resolución, la Mesa de Contratación se reunió el 7 de julio de 2018, acordando admitir a trámite la oferta presentada por la recurrente y continuar con la tramitación del procedimiento de licitación, dado que en ese momento no se había procedido todavía a la apertura del sobre C, relativo a los criterios evaluables mediante fórmula.

Quinto. El 14 de julio se procede en acto público a la apertura del sobre B referido a la oferta correspondiente a los criterios evaluables mediante juicios de valor aportada por la recurrente y que no había sido abierto como consecuencia de la inicial exclusión de la licitadora. A la vista del informe técnico emitido por los servicios responsables, la mesa de contratación decide proponer la exclusión de una serie de licitadores. En el caso de la recurrente se propone su exclusión en los lotes 7, 8 y 11 por no cumplir su oferta los requisitos exigidos en el pliego y en los lotes 3, 4, 6 y 9 por no alcanzar la puntuación de 25 puntos establecida como umbral mínimo para pasar a la siguiente fase.

Sexto. El 14 de diciembre se dicta acuerdo del órgano de contratación confirmando la propuesta de exclusión de la mesa, acuerdo que es notificado al día siguiente a la licitadora.

Séptimo. El 5 de enero de 2018 ORTOPEDIA Y CIRUGIA, S.L. formula recurso especial de revisión en materia contractual.

Octavo. Recibido el expediente junto con el informe del órgano de contratación se dio traslado del mismo al resto de interesados el 16 de enero de 2018, sin que ninguno de ellos haya formulado alegaciones.



Noveno. El 24 de enero de 2018 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, en lo relativo a los lotes, 3, 4, 6, 7, 8, 9 y 11, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia del Tribunal

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 7 de noviembre de 2013 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado en el BOE el día 25 de noviembre del mismo año.

Segundo. Acto recurrible.

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, por tratarse de un acuerdo de exclusión que supone la finalización del procedimiento para el licitador y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Tercero. Legitimación de recurrente, plazo y forma de presentación.

El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, por tratarse del licitador excluido, por lo que la eventual estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación a su favor.

Cuarto. Alegaciones del recurrente.

Cuestiona el recurrente en sus alegaciones el acierto y conformidad a Derecho del informe técnico con base en el cual se acuerda la exclusión y ello por los argumentos que se resumen a continuación:



a) Exclusiones por no cumplir los requisitos técnicos (lotes 7, 8 y 11):

-En el caso del lote 7, las medidas de la gasa ofertada eran de 18,5x40, mientras que el pliego exigía 20x40. Teniendo en cuenta lo anterior, la diferencia en la superficie total de la gasa (800 cm²) no supera el 8% de tolerancia exigible, según lo indicado en la ficha técnica, por lo que no debió ser excluida la oferta.

-En el caso del lote 8, las medidas de la gasa, según el cálculo de la recurrente son de 17-18x24,5-25. En el informe técnico se dice que la medida es de 17-18x37-40cm, existiendo por ello un error material en el informe.

-En el caso del lote 11, las medidas exigidas eran de 20x20cm, mientras que presenta una gasa de 16x25 cm. En opinión del licitador no debió ser objeto de exclusión, ya que en todo caso la superficie de la gasa es coincidente con la exigida (400cm²) teniendo en cuenta que las gasas se deben utilizar dobladas, por lo que la diferencia no afecta al uso de las mismas.

b) Exclusiones por no alcanzar el umbral mínimo exigido:

En este punto el licitador cuestiona la puntuación otorgada por el informe técnico al considerar que debió haber obtenido una mayor puntuación en diversos aspectos que afectan a todos los lotes:

-En el criterio "*capacidad de absorción*" el licitador considera que debió haberse alcanzado la puntuación máxima, ya que en dicho criterio la gasa ofertada era muy superior a los mínimos exigidos por la normativa vigente.

-En el criterio "*desprendimiento de residuos*" se señala en el informe que la gasa es "muy buena" y sin embargo se puntúa solo con 2,5 puntos, es decir, la mitad de los posibles.

-En el criterio "*facilidad de apertura*" en el lote 3 se indica "buena apertura" valorando negativamente que las pestañas son "más pequeñas", si bien no se había establecido en los pliegos ningún tamaño mínimo o máximo. En los lotes 4 y 6 se valora negativamente



“que ocasionalmente se rasga el papel, no pela”, si bien tal consideración, a juicio del recurrente, no es suficiente para restar la mitad de la puntuación.

-En el criterio “*resistencia*”, se ha acreditado que se cumple con lo exigido en las prescripciones técnicas por lo que, al menos, debió otorgarse la mitad de la puntuación máxima.

-En el criterio “*gramaje*”, pese a que en el informe se señala que no se acreditan datos de gramaje que mejoren lo exigido en el pliego, lo cierto es que sí se señala que el gramaje es superior al mínimo, por lo que al menos se debió otorgar alguna puntuación.

-En el criterio “*cosido central*” se indica que el cosido central es “aceptable” por lo que debió otorgarse alguna puntuación.

-Finalmente, en el caso del lote 9 se valora con 2,5 puntos sobre 10 el criterio “*adaptabilidad y estructura*”, pero se señala que ambas características son “buenas”, por lo que debieron haber merecido al menos la mitad de los puntos.

De este modo, según el criterio del recurrente, la puntuación que debió haber obtenido en todos los lotes debería haber sido de al menos 36 puntos, superior en todos los casos al umbral mínimo de 25 puntos exigido en el pliego.

Quinto. Informe del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe da respuesta a las alegaciones del recurrente señalando en resumen lo siguiente:

a) En relación con los lotes en los que se acuerda la exclusión del licitador por no cumplir los requisitos técnicos exigidos:

El órgano de contratación señala en este punto que se procedió a tomar medidas de las muestras aportadas el recurrente, llegando a la conclusión de que ninguna de las gasas aportadas como muestra cumplían los mínimos requeridos en el pliego en relación con los lotes 7, 8 y 11.



-Así, en el caso del lote 7 se exigía una medida mínima de 20x40 cm (no 800cm²), siendo así que todas las gasas que fueron medidas tenían unas medidas inferiores a las exigidas, tal y como reconoce el propio recurrente. En cuanto al margen de tolerancia alegado por el recurrente, éste se calcula sobre las medidas mínimas, no sobre la superficie total, y en las muestras analizadas solo 2 de 10 unidades estaban dentro de la tolerancia que figuraba en la ficha técnica.

-En el caso del lote 8 en el pliego se exigía una medida mínima de 16x25. Efectivamente, se produjo un error de transcripción, al señalar que las medidas de las gasas ofertadas eran de 17-18x37-40, siendo así que la medición dio un resultado de 15x23,5cm, en todo caso inferior al exigido en el pliego.

-En el caso del lote 11 se exigía una medida mínima de 20x20, siendo así que según reconoce el propio recurrente la medida ofertada es de 16x25. Una vez más, señalan que lo exigido era una determinada medida mínima, no una superficie mínima, por lo que se considera que la oferta no era admisible.

b) En relación con los lotes en que no se alcanzó el umbral mínimo:

En este punto el órgano de contratación se reafirma en la puntuación otorgada, teniendo en cuenta que en los pliegos, en particular en la "Hoja de especificaciones" se establecía el baremo utilizado para otorgar los puntos correspondientes a la prueba en uso y calidad del producto, en relación con cada uno de los criterios, señalando:

Aceptable...0% cumple prescripciones técnicas mínimas

Bueno.....25% de la puntuación

Muy bueno...50% de la puntuación

Excelente....100%

En este caso el informe técnico asigna la puntuación que corresponde a la valoración de cada criterio:



-“*Capacidad de absorción*” se considera que es “muy bueno”, por lo que se otorga el 50% de la puntuación, es decir, 2,5 puntos. No se considera “excelente” porque la difusión de los líquidos a lo largo del cuerpo de la compresa es lenta en comparación con la oferta mejor valorada en este criterio, a la que se asignó la mejor puntuación.

-“*Desprendimiento de residuos*” se considera que es “muy bueno”, por lo que se otorga el 50% de la puntuación, tal y como establece el pliego.

-“*Facilidad de apertura*”, tal y como consta en el informe se valoró únicamente como “buena”, ya que resultaba demasiado pequeña, en el caso del lote 3 y en los lotes 6 y 8 se rasgaba el papel, dificultando la extracción de la compresa, motivo por el cual se le asigna el 25% de la puntuación tal y como señala el pliego.

-“*Resistencia*”, tal y como se recoge en el informe técnico, en relación con este criterio se comprobó que la gasa cumplía los requisitos técnicos, motivo por el cual no se le asignó ninguna puntuación adicional, según el baremo establecido en el pliego.

-“*Gramaje*”, en la ficha técnica aparece que el gramaje es igual o superior a 23 g/m² que era el mínimo exigido, motivo por el cual no se le asignó ninguna puntuación adicional, según el baremo establecido en el pliego.

-“*Cosido central*”, en relación con este requisito se consideró suficiente como para no ser excluido, pero al ser únicamente “aceptable” se le otorgaron 0 puntos, según el baremo establecido en el pliego.

Sexto. Doctrina de este Tribunal sobre la exclusión de licitadores por motivos técnicos. Análisis de los lotes 3, 8 y 11.

Este Tribunal, así como otros también competentes en materia de contratación pública, ha ido elaborando una ya sólida doctrina sobre los supuestos en que cabe la exclusión de los licitadores por incumplir los requisitos técnicos exigidos en los pliegos, doctrina que, aunque referida al TRLCSP, resulta perfectamente aplicable a los contratos regidos por la LCSE, dada la coincidencia en cuanto a los principios y regulación de ambas normas en este punto.



A este respecto se ha señalado que el artículo 145 TRLCSP establece que la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada del pliego, lo que ha de considerarse extensible a los requisitos técnicos (valga por todas la resolución nº 549/2015, de 12 de junio y las que en ellas se cita).

También se ha dicho (resolución 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.

En este punto resulta procedente acudir a la resolución de este Tribunal nº250/2013:

“... una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato –como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos- sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”.

De la doctrina anteriormente transcrita se deduce que lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego.



Todo ello, teniendo en cuenta la doctrina de la discrecionalidad técnica de la que debe partir en todo caso este Tribunal cuando se trata de revisar los criterios aplicados por el órgano de contratación que se refieren a cuestiones estrictamente técnicas, como es este caso, doctrina manifestada, entre otras, en resolución 516/2016:

“(...) el análisis ha de quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios, o que no se haya incurrido en error material que pueda afectarla. Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal. La utilización del criterio de discrecionalidad técnica ya fue reconocido por este Tribunal en la Resolución de fecha 1 de agosto de 2013 en cuyo apartado Décimo se señalaba que la valoración está amparada por el principio de discrecionalidad técnica, no siendo posible la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente o por el de este Tribunal. Asimismo, dicha resolución señaló que “lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica”.

Pues bien, en el presente caso el pliego exigía unas medidas mínimas determinadas que debían cumplir los productos ofertados por los licitadores. En este sentido, los pliegos son claros: lo que se exige es una medida mínima, no una superficie mínima, medida mínima que no cumple el producto ofertado por la recurrente, tal y como se desprende del informe técnico, cuyo acierto no ha sido cuestionado. Hay que decir que en este caso el licitador ni siquiera discute el resultado de la medición obtenida por los servicios técnicos, pretendiendo efectuar una interpretación de los requisitos técnicos exigidos que no se corresponde con lo que se desprende de una lectura objetiva de los mismos.

Estamos ante un incumplimiento ostensible y perfectamente verificable durante el procedimiento de licitación, dado que los pliegos preveían la aportación de muestras del producto por parte de los licitadores precisamente para garantizar que los suministrados



cumplían con los requisitos exigidos, por lo que debe confirmarse el acuerdo de exclusión respecto de los lotes 7, 8 y 11.

Séptimo. Valoración de los criterios sujetos a juicios de valor. Doctrina de este Tribunal. Análisis de la oferta referida a los lotes 3, 4, 6 y 9.

Por lo que se refiere a la revisión de la valoración efectuada por el órgano de contratación en relación con los criterios sujetos a juicios de valor, debemos referirnos una vez más a la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración antes referida. Solo si la valoración adoleciera de falta de motivación u otros defectos formales, o se apartara de los criterios expresamente establecidos en el pliego o bien se apreciaran errores materiales palpables y ostentosos que dieran lugar a un actuación arbitraria del órgano de contratación, sería posible que este Tribunal entrara a revisar la puntuación asignada por el órgano de contratación.

Ninguna de tales circunstancias se desprende del expediente. Al contrario, el órgano de contratación ha asignado la puntuación correspondiente a cada criterio siguiendo el baremo establecido en la Hoja de Características del pliego, el cual no fue impugnado en su momento por el licitador.

Hay que decir, de nuevo, que el recurrente no discute la cualificación dada en cada caso por el informe técnico, si no únicamente la puntuación otorgada, al considerar que si la muestra se considera “muy buena” debía otorgarse más de la mitad de la puntuación y si la muestra se considera “aceptable” debía otorgarse algún punto. Ocurre sin embargo que en este caso el pliego era claro, al asignar un concreto baremo en función de la calificación dada: “aceptable”, 0 puntos, “bueno” 25% de los puntos, “muy bueno” 50% de los puntos y “excelente” 100%. Baremo que, como decimos, no fue impugnado ni discutido por el recurrente, por lo cual no puede ahora ser cuestionado.

Por lo demás en relación con los concretos criterios cuestionados hay que señalar:

-En el criterio “*capacidad de absorción*” el licitador únicamente cuestiona el número de puntos asignado, considerando que si se superan los mínimos exigidos debería haberse otorgado la máxima puntuación, consideración que no se corresponde con lo



expresamente establecido en los pliegos, donde se señala que la máxima puntuación sólo se otorgará a los productos que fueran considerados “excelentes”. El órgano de contratación ha motivado además las razones por las que considera que el producto ofertado no merecía tal consideración, sin que dicha motivación sea cuestionada por el recurrente ni se aprecia que sea gravemente errónea o arbitraria.

-En el criterio “*desprendimiento de residuos*” ocurre lo mismo que en el caso anterior. En el informe técnico se le asigna la calificación “muy buena”, indicando los motivos por los que entiende que no es “excelente”. Dichos motivos no son cuestionados por el recurrente, por lo que la asignación de la puntuación, que no es más que aplicación de lo expresamente establecido en el pliego, resulta correcta.

-En el criterio “*facilidad de apertura*” una vez más lo que se cuestiona no es la calificación del producto como “bueno”, sino la puntuación asignada, puntuación que no es sino la que se desprende del baremo establecido en el pliego. Se discute además que se valore negativamente que la apertura sea “pequeña” cuando no se habían establecido unas medidas mínimas en el pliego. En este punto hay que decir que en el pliego no se había establecido este criterio como un criterio evaluable mediante fórmulas, ni se han asignado los puntos en función de las medidas del producto. Simplemente valora el informe técnico, como criterio sujeto a juicio de valor que es, que siendo las pestañas del envoltorio de la gasa más pequeñas, hacen más complicado su manejo, criterio éste que tampoco es cuestionado de contrario y resulta además perfectamente aceptable.

-En el criterio “*resistencia*”, y en el criterio “*cosido central*” el licitador se queja de que no se le haya dado puntuación alguna, pese a que se reconoce en el informe técnico que el producto cumplía las prescripciones técnicas. Pues bien, debe darse la razón en este punto al órgano de contratación cuando señala que si un producto cumple estrictamente las prescripciones técnicas no puede asignársele puntuación alguna, pues los criterios de adjudicación lo que valoran son aspectos de las ofertas que otorgan alguna mejora respecto de lo estrictamente exigido en el pliego, ya que en caso contrario lo que procede es la exclusión del licitador del procedimiento de licitación.



-En el criterio “*gramaje*”, debe darse también la razón al órgano de contratación. En la ficha se señala que el gramaje es “igual o superior” al mínimo exigido, por lo que lo único que se acredita con seguridad es que el gramaje cumple las prescripciones técnicas exigidas, motivo por el cual no procede asignarse puntuación alguna según lo antes señalado.

-Finalmente, en relación con el criterio “*adaptabilidad y estructura*” del lote 9, una vez más el licitador no discute las razones que han llevado a la calificación del producto como “buena”, sino únicamente los puntos asignados, los cuales no son sino aplicación estricta de lo establecido en el pliego.

Por todo ello, procede confirmar el acuerdo de exclusión, desestimando el recurso.

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 formulado por D. S.B.S., actuando en nombre y representación de ORTOPEDIA Y CIRUGIA, S.L. contra el acuerdo de 11 de abril de 2017 de la Mesa de Contratación constituida en relación con el expediente MI-SER1-17-00E para la licitación del contrato “*Suministro sucesivo de gasas y compresas de algodón y tejido sin tejer, compresas tocológicas y absorbentes infantiles con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Galego de Saúde, lotes 3 a 11*”.

Segundo. Levantar la suspensión decretada, de conformidad con 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 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 Galicia, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.