



**Recurso nº 522/2019 C.A. Cantabria 21/2019**

**Resolución nº 678/2019**

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

En Madrid. a 20 de junio de 2019.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. E.T.T. en representación de GRIFOLS MOVACO, S.A. contra la resolución de adjudicación del procedimiento de contratación del “*Acuerdo Marco para el Suministro de Fluidoterapia para las Gerencias del Servicio Cántabro de Salud, por procedimiento abierto*”, con expediente A.M.P.A SCS 2017/140, en lo referente a los lotes 7, 28 y 61, convocado por el Servicio Cántabro de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El procedimiento de adjudicación ha sido publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 15 de diciembre de 2017, y fue enviado a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el día 12 de diciembre de 2017. Asimismo, el anuncio de licitación fue publicado el día 26 de diciembre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado y el día 27 de diciembre de 2017 en el Boletín Oficial de Cantabria. El día 15 de enero de 2018 se publica un sucinto anuncio de la licitación en el Perfil del Contratante.

**Segundo.** El procedimiento para la adjudicación del acuerdo marco queda sujeto al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, según la cual: «1. *Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato*».



La Disposición final decimosexta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre dispone la entrada en vigor de la misma a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2017; en consecuencia, la LCSP entró en vigor el 9 de marzo de 2018. Toda vez que los anuncios de licitación tuvieron lugar antes de esta fecha, la norma aplicable al procedimiento de contratación ha de ser el TRLCSP, así como el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

**Tercero.** En la parte que interesa a este recurso el PCAP contiene los criterios de valoración no dependientes de fórmulas correspondientes a los lotes 7, 28 y 61; así, se establece:

<b>3. Bolsas (Lotes 7, 8, 9, 11, 14, 19, 27, 28, 41, 43, 46, 48, 50, 53, 54 y 61)</b>				
<b>Descripción criterio</b>	<b>Puntuación</b>	<b>Fase de valoración</b>	<b>Umbral mínimo</b>	<b>Sobre</b>
Calidad del producto	Hasta 37 puntos	1ª fase	20 puntos	B
<b>SUBCRITERIOS</b>				
<b>Descripción criterio</b>	<b>Puntuación</b>	<b>Parámetros</b>		
1. Identificación y acondicionamiento	Hasta 10 puntos	Identificación que facilite la evitación de errores de medición y garantice una correcta administración		
2. Colgador	Hasta 7 puntos	Resistencia del colgador, perforado y con bordes redondeados		
3. Punzón	Hasta 7 puntos	Inserción cómoda y fácil sin riesgos de traspasar la bolsa.		
4. Formato de apertura de la bolsa	Hasta 7 puntos	Sistema de apertura de la bolsa cómodo, no dificultoso, sin bordes cortantes		
5. Puerto/s	Hasta 6 puntos	Facilidad y seguridad de apertura del puerto.		

**Cuarto.** Una vez adjudicados los lotes a las licitadoras que habían presentado las ofertas más beneficiosas, se interpuso contra dicha adjudicación el día 2 de mayo de 2019



recurso especial en materia de contratación por parte de la licitadora GRIFOLS MOVACO, S.A. mediante escrito en el que se alega como fundamento esencial la falta de motivación de las adjudicaciones recurridas.

**Quinto.** Por su parte, el órgano de contratación, en su informe, alega que las resoluciones están perfectamente motivadas en base a dos amplios y minuciosos informes que obran en el expediente, el segundo de ellos complementario del anterior, en los que se analizan todos los criterios y subcriterios de adjudicación incluidos en los Pliegos, habiendo además tenido acceso la recurrente a los informes y al expediente, por lo que conoce perfectamente los motivos originadores de las adjudicaciones recurridas.

**Sexto.** Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores, para que pudiesen realizar alegaciones al mismo, el día 7 de mayo de 2019. Ha presentado alegaciones la empresa BAXTER, S.A., adjudicataria de los Lotes 7 y 28, el día 14 de mayo de 2019. planteando la falta de legitimación activa de GRIFOLS MOVACO S.A. para la interposición del recurso especial en materia de contratación en los lotes 7 y 28, por considerar que la estimación de su recurso en lo que respecta a la falta de motivación en el informe técnico relativo a los criterios sujetos a juicios de valor (únicos que podrían en teoría ser modificados, pues los criterios automáticos no necesitan motivación) no comportaría modificación alguna en la situación jurídica de la recurrente, toda vez que si obtuviera la máxima puntuación en estos criterios dependientes de un juicio de valor en los lotes 7 y 28 (treinta y siete puntos, según el PCAP), su puntuación total seguiría siendo inferior a la de la adjudicataria, situación que también se produciría, por cierto, en el lote 61, por lo que solicita la inadmisión del recurso interpuesto.

**Séptimo.** Interpuesto el recurso el día 2 de mayo de 2019 contra el acuerdo de adjudicación, se produce la suspensión automática del procedimiento de adjudicación por efecto *ex lege*, de conformidad con el artículo 53 de la LCSP. Asimismo, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, de 21 de febrero de 2014, BOE de 11 de marzo de 2014, acordó, el día 21 de mayo de 2019, mantener la suspensión del expediente de contratación de los lotes 7, 28 y 61, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** La competencia para el conocimiento y resolución del recurso administrativo especial en materia de contratación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se extiende a la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el marco del convenio previsto en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, concretado en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria publicado en el BOE el día 13 de noviembre de 2012, prorrogado por resolución de fecha 2 de febrero de 2016.

**Segundo.** El acuerdo de adjudicación del procedimiento de contratación es susceptible de ser recurrido, conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP, y el artículo 41.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por ser el acto de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la LCSP, pero dictado después de que esta norma entrara en vigor; de conformidad con el criterio establecido por este Tribunal en la Resolución nº 437/2018 de 27 de abril de 2018 (Recurso 336/2018 - Región de Murcia 35/2018), en aplicación de la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 4 de la LCSP.

**Tercero.** La empresa GRIFOLS MOVACO, S.A. no está legitimada para recurrir, puesto que, aunque participó en el procedimiento de adjudicación, entre otros, de los lotes 7, 28 y 61, la estimación del recurso no supondría la revisión de la adjudicación. En efecto, la recurrente obtuvo una puntuación total 84,99; 86,37; y 89,22 puntos respectivamente en los lotes 7, 28 y 61, y aunque en una hipotética revisión de las puntuaciones se le atribuyeran a la recurrente los 37 puntos que como máximo se asignan a los criterios sujetos a juicio de valor, tampoco alcanzaría a igualar la puntuación de las adjudicatarias, por lo que, de acuerdo con la interpretación de este Tribunal respecto de la necesidad de ostentar un interés real y efectivo y no meramente hipotético o virtual para la legitimación, debe considerarse carente de legitimación a la recurrente e inadmitirse el recurso interpuesto, sin perjuicio de que, *obiter dicta* y a título informativo, se analicen y expongan también las razones sobre el fondo del asunto.



**Cuarto.** El recurso se interpuso el día 2 de mayo de 2019 en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda. En el expediente no consta la fecha de notificación ni publicación de la resolución de adjudicación de 4 de abril de 2019. El recurrente reconoce que la resolución recurrida fue publicada en día 8 de abril de 2019 en el Perfil del Contratante, por lo que podemos dar por cumplido el requisito de plazo para la interposición del recurso, previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

**Quinto.** El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 151 de la LCSP por falta de motivación de la resolución de adjudicación del acuerdo marco.

Con carácter previo, como ya ha sido advertido en el antecedente segundo de esta resolución, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera. 1 de la LCSP, el procedimiento de adjudicación de este contrato se sujeta al TRLCSP, por lo que el artículo que se pretende infringido por el recurso es el 151.4 del TRLCSP, si bien su contenido es similar, en lo que afecta a esta impugnación, al previsto en el correspondiente de la LCSP. De conformidad con el artículo 151.4 del TRLCSP:

*«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.*

*Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.*

*En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156. 3.*

*La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar rechazada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59. 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días».*

La resolución de adjudicación del contrato, de 4 de abril de 2019, contiene en su antecedente de hecho quinto la puntuación que por cada lote ha obtenido cada una de las propuestas, de acuerdo con dos informes técnicos, de 28 de febrero de 2018 y de 4 de febrero de 2019. De acuerdo con la resolución de adjudicación la valoración de los criterios de adjudicación no dependientes de fórmulas fue la siguiente:

Lote		
7	BAXTER	28,00
	FRESENIUS	29,00
	GRIFOLS	32,00
28	BAXTER	28,00
	FRESENIUS	29,00
	GRIFOLS	34,00
61	BAXTER	24,00
	FRESENIUS	30,00
	GRIFOLS	34,00

En el acuerdo de adjudicación se hace referencia a dos informes técnicos en que se contiene la valoración de los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor.



En el Anexo I al informe técnico de 28 de febrero de 2018 se incluye una tabla identificada como BOLSA 2/3 en la que claramente se identifican los productos ofertados por cada una de las tres empresas para cada uno de los lotes y se les asigna una puntuación para cada uno de los cinco subcriterios (1. Identificación y acondicionamiento; 2. Colgador; 3. Punzón; 4. Formato de apertura de la bolsa; 5. Puerto/s). En este informe no se contiene más apreciación subjetiva que la puntuación que se asigna a cada criterio.

En el expediente consta otro informe complementario del anterior, de 4 de febrero de 2019. En este informe complementario se indica la necesidad homogenizar la valoración del anterior informe de 28 de febrero de 2018, mediante la aplicación de un método distinto al empleado en el primer informe. En este nuevo informe la valoración de las muestras se realiza de forma simultánea y conjunta de cada uno de los lotes de todos los miembros de la comisión de valoración, en lugar, de la metodología de valoración previa que había sido valoración individual, puntuación individual y media del conjunto. Asimismo, se incluyen algunos comentarios con los que se pretende justificar la valoración.

En este segundo informe complementario se han incluido explicaciones junto a la puntuación atribuida a los criterios relativos al punzón y la forma de apertura de la bolsa, con el fin de homogeneizar los criterios seguidos en el conjunto de la valoración.

Con carácter previo al análisis de suficiencia de la motivación de la adjudicación, debe advertirse que, en cualquier caso, esta motivación estaría amparada por la denominada “motivación *in aliunde*”, consistente en fundamentar el sentido de un acto administrativo sobre informes o documentos técnicos que obran en el expediente administrativo. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 88.6 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual: «5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma». El Tribunal Supremo considera igualmente válida esta forma de motivación, y así cabe citar la STS de 11 de febrero de 2011 (recurso nº 161/2009): «Siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al



*texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 "in fine", ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990- en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica "in aliunde" satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración». De acuerdo con la Resolución de este Tribunal n.º 79/2016 «... ya hemos entendido en repetidas ocasiones que cuando el licitador ha tenido acceso al expediente de contratación y, en particular, a los documentos en que obran las razones de la valoración, no es posible presumir la inexistencia de dicho conocimiento ni por tanto estimar que se ha producido indefensión», lo que reitera la Resolución 70/2015 según la cual «es doctrina también reiterada de este Tribunal que la insuficiencia de motivación de una resolución puede quedar subsanada por cualquier informe que conste en el expediente y al que tenga acceso el recurrente ya que lo principal de la exigencia de la motivación en los acuerdos de exclusión y adjudicación señalados en el artículo 151.4 TRLCSP es que los licitadores puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva e impugnar con conocimiento de causa una resolución en materia contractual que les perjudica, sin que en ningún caso por desconocimiento de los motivos que justifican aquella, pueda provocársele indefensión».*

Entrando en este punto sobre el contenido de los informes técnicos que completan la resolución de adjudicación, debe recordarse la doctrina de la discrecionalidad técnica aplicable a los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor, reconocida en reiteradas resoluciones del Tribunal en función de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La discrecionalidad técnica de la Administración 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 procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que



finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. En efecto, conforme a la doctrina expuesta, como tiene reiteradamente reconocido este Tribunal, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente 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.

Los criterios sujetos a juicios de valor son, por su propia naturaleza, subjetivos, y ese criterio subjetivo del órgano de contratación, que es quien mejor conoce sus propias necesidades y las del interés general cuya consecución se pretende con el contrato, no puede ser suplido por el del Tribunal en su función meramente revisora.

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.

En este sentido, aquí hay que traer a colación que los informes técnicos que fundamentan las adjudicaciones en los contratos públicos, tal y como afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, para que sean válidos, deben cumplir con las siguientes requisitos: (i) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (ii) consignar los criterios de valoración



cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (iii) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

En la Resolución nº 18/2019, 11 de enero se advirtió en relación con la motivación de la resolución de adjudicación que: *«Este Tribunal ha analizado en numerosas Resoluciones la cuestión relativa a la motivación de la adjudicación de los contratos que ha de contenerse en los actos de notificación remitidos a los licitadores, pudiendo citarse a este respecto, entre otras muchas, las Resoluciones 199/2011, de 3 de agosto de 2011, 272/2011, de 10 de noviembre de 2011, 334/2011, de 27 de diciembre de 2011, 62/2012, de 29 de febrero de 2012, 47/2013, de 30 de enero de 2013, 103/2012, de 9 de mayo de 2012 y 288/2014, de 4 de abril de 2014. Tal y como se expone en esas Resoluciones, “es doctrina reiterada de este Tribunal que la notificación del acto de adjudicación ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar un recurso o reclamación eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión. Para estimar que la notificación se halla adecuadamente motivada, ésta al menos ha de contener la información suficiente que permita al licitador conocer las razones determinantes de la adjudicación del contrato a otra empresa, a fin de que pueda contradecirlas mediante la interposición del correspondiente recurso o reclamación adecuadamente fundado. Con carácter general, la motivación de los actos administrativos no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, y con que su extensión sea de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000)».*

Aplicando la doctrina expuesta al caso objeto de este recurso debe señalarse que los dos informes técnicos expresan y detallan, aun de forma sucinta, las razones de la puntuación atribuida en los criterios dependientes del juicio valorativo, indicando los parámetros



utilizados para cada uno de los criterios (identificación, resistencia, inserción cómoda, sistema de apertura, facilidad de apertura) con explicaciones relativas a cada uno de los criterios que se deben considerar suficientes para la justificación de las puntuaciones, todo lo cual hubiese dado lugar a la desestimación de recurso interpuesto respecto de las cuestiones de fondo planteadas.

**Sexto.** Por último, el recurso anuncia un segundo motivo de impugnación, advirtiendo de un error en la puntuación otorgada en el Lote 7 a BAXTER, sin embargo, no llega a identificar el supuesto error ni articular el fundamento de impugnar la resolución de adjudicación en este punto, por lo que este Tribunal no podría haber entrado en el análisis de una pretensión no articulada con fundamentos de derecho y hechos concretos y determinados.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Inadmitir el recurso interpuesto por D. E.T.T. en representación de GRIFOLS MOVACO, S.A. contra la resolución de adjudicación del procedimiento de contratación del “*Acuerdo Marco para el Suministro de Fluidoterapia para las Gerencias del Servicio Cántabro de Salud, por procedimiento abierto*”, con expediente A.M.P.A SCS 2017/140, en lo referente a los lotes 7, 28 y 61, convocado por el Servicio Cántabro de Salud.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 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 Cantabria, 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.