RE 053/2019

Acuerdo 81/2019, de 24 de junio de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "LIBERA MEDICA, S.L.", frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Suministro de productos de higiene en el ámbito sanitario. Lote 1. Posición 12», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza 3 del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de noviembre de 2018 se insertaron, en el Diario Oficial de la Unión Europea, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y en el Perfil del Contratante del Gobierno de Aragón (en adelante, PCGA), anuncios de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este Acuerdo.

Con fecha 23 de noviembre de 2018 fueron publicados anuncios de corrección de errores materiales que no afectaron al plazo de presentación de ofertas.

Se trata de un contrato de suministro, dividido en dos Lotes, licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 492 264,27 euros, IVA excluido. Según indican los anuncios, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 12 de diciembre de 2018.

Segundo.- Con fecha 28 de marzo de 2019 se publicó, en la PCSP y en el PCGA, anuncio de adjudicación del procedimiento. La resolución de adjudicación fue notificada a las licitadoras; entre ellas, la ahora recurrente, que recibió la notificación el día 29 de marzo de 2019.

Tercero.- Con fecha 22 de abril de 2019 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.M.M.V., en nombre y representación de la mercantil "LIBERA MEDICA, S.L.", frente a la adjudicación del procedimiento de licitación de referencia.

Dicha mercantil manifiesta su disconformidad con la adjudicación de la Posición 12 del Lote 1, código 9365, ya que considera incorrecta la ponderación de los criterios de valoración sujetos a juicio de valor acordada por la Mesa de contratación a partir del informe técnico realizado. La baja valoración recibida por su producto ha supuesto no alcanzar el umbral mínimo exigido para pasar a la siguiente fase de valoración.

En virtud de lo anterior, interesa que se estime el recurso y que sea nuevamente valorada su proposición.

Cuarto.- Con fecha 25 de abril de 2019 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), requirió la subsanación del escrito presentado –a la dirección de correo electrónico facilitada por la recurrente– a fin de que aportara el documento que acredite la representación, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Se presentó la documentación requerida el día 29 de abril de 2019.

Quinto.- Con fecha 25 de abril de 2019 se dio traslado del recurso, al órgano de contratación, que remitió el día 30 de abril, el expediente y el informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

Sexto.- El 7 de mayo de 2019 se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. No se han recibido alegaciones.

Séptimo.- Con fecha 18 de junio de 2019, a requerimiento de este Tribunal, ha sido aportada documentación por parte del órgano de contratación al objeto de completar la inicialmente remitida, puesto que en un primer momento no fue aportada –íntegramente– la oferta de la recurrente, siendo que es necesario para la resolución del presente recurso disponer del expediente administrativo completo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "LIBERA MEDICA S.L.", así como la representación de don V.M.V.V. para interponer recurso especial en nombre y representación de la citada sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de adjudicación de un contrato, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en que se fundamenta el mismo; éstos son desglosados en tres si bien, al redundar todos ellos sobre la valoración de los criterios sujetos a valoración previa, van a ser tratados conjuntamente.

La resolución de los motivos en los que se fundamenta el recurso requiere analizar si, tal y como cuestiona "LIBERA MEDICA, S.L.", las actuaciones del órgano y la Mesa de contratación se han ajustado al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, a los pliegos que constituyen la ley del contrato, como viene afirmando reiteradamente la jurisprudencia, así como este Tribunal administrativo en su doctrina.

Según obra en el actuado y así lo hace constar la recurrente, su exclusión de la licitación se ha producido por no alcanzar el umbral mínimo exigible de acuerdo con la regulación en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), manifestando la actora en el escrito de recurso su disconformidad con la puntuación otorgada de acuerdo con el siguiente detalle:
«*1º Que nuestro producto cumple con todos los requisitos técnicos exigidos en el concurso, como así se acreditó, y como volvemos a acreditar, pues:*

- *Cumple con la legislación vigente tal y como figura en la ficha técnica, etiquetado y ficha de seguridad. Aportamos documentación.*
- *Se presentan estudios de eficacia según norma UNE EN 14885.*
- *Se presenta declaración de comercialización y puesta en servicio ante la Agencia Española de Medicamentos.*
- *Se presenta Declaración de Conformidad, Marcado CE ON0482, ISO 13485, ISO 9001e ISO 14001 del fabricante.*

- *Se presenta declaración de compatibilidad con materiales.*

2º Es un producto que venimos suministrando en la Administración Pública como es en Hospital General Gregario Marañón de Madrid, y clientes privados como es QUIRÓN SALUD, no habiendo recibido queja ni incidencia alguna sobre el mismo.

3º La empresa INSTRUNET con su producto SURFACE PREMIUM sí ha pasado dicha valoración técnica con 49 puntos, cuando se trata de un producto con similares características y composición que DESCOSEPT SPEZIAL, siendo los tiempos de contacto de este último sensiblemente inferiores.

- *Actividad bactericida:*
  - *Descosept Spezial --- 1 min.*
  - *Instrunet Surface Premium --- 2 min. (según etiquetado del fabricante)*
- *Actividad levuricida:*
  - *Descosept Spezial --- 1 min.*
  - *Instrunet Surface Premium --- 5 min. (según etiquetado del fabricante)*».

El órgano de contratación en el informe elaborado frente a la presentación del recurso, aduce:

«*A la vista del recurso interpuesto a la adjudicación del expediente, procede contestar lo siguiente:*

El recurrente reclama sobre la exclusión del procedimiento de su oferta, alegando que cumple con los requerimientos técnicos exigidos y, en consecuencia, debería haber sido valorada positivamente en el informe valorador de los criterios de evaluación previa. Justifica su reclamación sobre la base de que su producto que cumple la normativa exigida, que es eficaz -(según estudios aportados en el recurso) y, además, que se viene suministrando en otros centros sanitarios.

Empezando por el último argumento de la recurrente, decir que, en los informes técnicos evacuados por los servicios asistenciales del Sector, que sirven de

soporte técnico y asesoramiento de la Mesa de Contratación y del Órgano de Contratación, no suelen tenerse en cuenta si el material en cuestión es adquirido por otros centros sanitarios; y ello por dos razones fundamentales:

- *Es materialmente imposible a los órganos técnicos estar a la comprobación material de las compras realizadas en otros centros; no hay medios personales ni técnicos para hacer esta labor, aun en el caso de que se viera su necesidad.*
- *El uso de un material en un determinado centro sanitario obedece muchas veces a protocolos de actuación específicos del centro, y no siempre son equiparables a su empleo en otros centros; por lo tanto, tampoco se tiene especialmente en cuenta dónde se consume un determinado material, al menos no sirve tomar ese dato en frío y sin contextualización.*

Entrando en las características técnicas del producto ofertado, en el informe antes mencionado se decía textualmente que "SE SALE EL ENVASE, APLICAR DIRECTAMENTE Y RESULTA PELIGROSO, NO DETERGENTE".

Tal vez el texto motivador adolezca de cierta ambigüedad, por lo que se ha vuelto a preguntar a los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y de Medicina Preventiva del Sector, y explican que ciertamente presentaron un envase defectuoso que ocasionaba que el producto se derramase.

Tampoco ayudaba el hecho de que la documentación presentada estaba en varios idiomas, todos distintos del español. Finalmente, la forma de uso indicada en la etiqueta: "Aplicar sobre las superficies y productos hasta que estén completamente humedecidos. Tras el tiempo de exposición indicado anteriormente limpiar la superficie con un paño de un solo uso según lo especificado"), no se ajusta a las indicaciones del Servicio de Medicina Preventiva y Salud Publica e induce a error al usuario en la forma de aplicación, considerando el gran número de trabajadores sanitarios que pueden utilizarlo.

Por todo ello, entendemos que la puntuación otorgada es correcta y no procede su rectificación».

Expuestos los términos del debate, procede acudir al PCAP a fin de extractar la regla que rige el procedimiento y cuya aplicación es cuestionada; se trata de su Anexo XI –que es el relativo a los criterios sujetos a juicio de valor–, el cual establece:

«(…)

	CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	***PONDERACIÓN***
1 -	***Calidad de los productos*** *Se valorará específicamente la calidad de los materiales ofertados, estableciendo una puntuación entre 49 puntos para la calidad excelente y 20 puntos para la calidad aceptable.* *Aquellas ofertas que no alcancen la puntuación de **20 puntos** en este apartado no serán objeto de consideración ni ponderación con arreglo a los demás criterios de adjudicación.* *En caso de que no se presenten muestras o las muestras presentadas no cumplan todas las prescripciones recogidas en el anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), la oferta de ese producto quedará excluida de la licitación.* *Documentación a presentar: Documentación técnica y muestras según lo establecido en el PPT.*	***49 PUNTOS***
	TOTAL	***49 PUNTOS***

(…)».

En el informe de evaluación de las proposiciones, así como en el informe emitido con ocasión del presente recurso, se desprende –a partir de los aspectos susceptibles de valoración conforme al PCAP– que se contiene suficiente grado de detalle de las razones que llevan a asignar mayor o menor puntuación a cada oferta, incluida la de la recurrente sin que ésta, por su parte, en el escrito de interposición del recurso haya ofrecido a este Tribunal argumentos más allá de una exposición, parcial e interesada, de sus productos.

Y sobre esta cuestión este Tribunal debe hacer un especial hincapié pues, como como ya sostuvo en el Acuerdo 120/2018, de 5 de diciembre, participando del parecer de otros órganos encargados de la resolución de recursos contractuales, como el razonamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en su Resolución nº 26/2018, de 15 de julio, se debe poner de manifiesto a la parte recurrente, a la vista de los términos en lo que está planteado el recurso, que una denuncia correctamente formulada se tiene que referir necesariamente al precepto o preceptos concretos que resulten vulnerados a su juicio, individualizándolos de modo preciso y determinado, sin que a tales efectos sea válida la cita o mención genérica a una ley. Así, la recurrente no justifica su alegación mínimamente al no argumentar sobre la base de un motivo de invalidez del acto impugnado y sin indicar norma o precepto alguno cuya vulneración es determinante de la misma, hecho que decide por sí mismo el rechazo del motivo.

Pero es que la actora, además, aporta una serie de documentos a resultas de la interposición del recurso, sin que éste se pueda transformar en un trámite para completar la oferta presentada; tal y como viene poniendo de manifiesto este Tribunal, por todos el Acuerdo 56/2019, de 30 de abril, con cita del Acuerdo 44/2018, de 18 de junio, de manera que no procede tener en cuenta los documentos ahora aportados al escrito de recurso. Documentos sobre los que este Tribunal administrativo quiere poner de manifiesto que además muchos de ellos se encuentran redactados en inglés, cuestión que ya había

advertido el órgano de contratación pues en la oferta la recurrente hizo caso omiso de lo dispuesto en la cláusula 2.2.5 del PCAP, que establecía expresamente que «*toda la documentación deberá presentarse redactada en castellano*», incluyendo en la misma documentos que no estaban redactados en castellano y que, como se acaba de señalar, la recurrente con ocasión del recurso especial aporta más documentación y también en inglés.

Por último, tal y como se comprueba de la transcripción realizada anteriormente del escrito de recurso, esgrime la recurrente como argumento el hecho de que viene suministrando los productos objeto de la presente contratación a otros hospitales, tanto públicos como de carácter privado. Sobre la endeblez de dicho argumento este Tribunal administrativo debe señalar que el criterio de que un órgano de contratación no se halla vinculado por licitaciones anteriores pudiendo apartarse –motivadamente– del precedente (así, nuestro Acuerdo 99/2018, de 15 de octubre), con mayor razón ha de negarse tal vinculación cuando se trate de procedimientos de contratación tramitados incluso por otros sectores sanitarios o centros hospitalarios, de naturaleza pública o privada.

Pues bien, todo lo expuesto lleva a concluir a este Tribunal administrativo que en modo alguno se puede entender que el órgano de contratación haya actuado de modo arbitrario o discriminatorio, cuyo criterio goza de presunción de acierto la cual, según ha quedado evidenciado no se ha desvirtuado en el supuesto aquí analizado ya que le es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999).

En este sentido, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en el Acuerdo 56/2018, de 6 de julio, que vuelve a asumirse en su posterior Acuerdo 63/2018, de 26 de julio, en el cual –participando del criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales puesto de manifiesto en su

Resolución 313/2017, de 31 de marzo– se afirma que: «*Procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto 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 que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos como es el caso, 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. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016, de 1 de julio, ya razonábamos que la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor. (...) 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… 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 (..)*

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto 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, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias».

Sentado lo anterior, el recurso presentado no llega a desvirtuar la presunción de acierto de que gozan el informe técnico de valoración de los criterios contenidos en el Sobre "Dos", así como el informe del órgano de contratación con motivo del presente recurso, sin que se haya logrado evidenciar la existencia de error, arbitrariedad o discriminación por su parte, de ahí que deba adverarse la actuación de dicho órgano en cuya virtud su oferta fue excluida, y es que, como bien sintetiza el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 25/2019, de 31 de enero: «*(e)n definitiva, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, 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 personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración*». Y tal margen es el que, en conclusión, ha operado en el supuesto planteado sin que haya llegado a rebasarse o extralimitarse o, lo que es lo mismo, sin que se aprecie arbitrariedad por parte del órgano de contratación, lo que ha de motivar necesariamente, la desestimación del presente recurso.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil "LIBERA MEDICA, S.L.", frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Suministro de productos de higiene en el ámbito sanitario. Lote 1. Posición 12», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza 3 del Servicio Aragonés de Salud del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

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

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.