RE 045/2020 & 048/2020

Acuerdo 52/2020, de 10 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven el recurso especial interpuesto por la mercantil "GASPUNT, S.A." frente a su exclusión del procedimiento de licitación denominado «Suministro de material para vendajes. Lote 2. Posiciones 10, 11, 12 y 13», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 3 de diciembre de 2019 se resolvió, por la Dirección del Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud, aprobar el expediente de contratación relativo al procedimiento que figura en el encabezado de este acuerdo, así como los pliegos que habían de regir la licitación.

Segundo.- El contrato objeto de recurso fue calificado como un contrato de suministro, con código CPV 33141113, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 3 107 046,74 euros. El expediente de contratación ha seguido la tramitación ordinaria, mediante el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, tal y como se contempla en los artículos 131, 156 y siguientes 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).

El contrato se divide en 31 lotes.

Tercero.- El día 9 de diciembre de 2019, tal y como como consta en el expediente administrativo, fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncios de licitación junto con los correspondientes pliegos. En los citados anuncios figura que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 9 de enero de 2020.

Cuarto.- Durante la tramitación del procedimiento, la Mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 28 de enero de 2020, procedió en acto público a la apertura del Sobre "Dos" correspondiente a «*Criterios sujetos a valoración previa*», dándose lectura de las ofertas presentadas y acordando la remisión a los técnicos para la emisión del correspondiente informe.

Una vez emitido el informe por los responsables técnicos, la Mesa de contratación en sesión celebrada el día 19 de febrero de 2020, acordó, por lo que a este acuerdo interesa, la exclusión de la mercantil "GASPUNT, S.A." en el Lote número 2, partidas 10, 11, 12 y 13, al no haber superado el umbral mínimo de 35 puntos, tal y como se exigía en el Anexo XII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación.

El certificado de los acuerdos adoptados en la sesión celebrada el mencionado día 19 de febrero de 2020, fue publicado en la PCSP el día 20 de febrero del ejercicio corriente. Asimismo, la notificación de la exclusión de la licitación a la recurrente se llevó a efecto el día 26 de febrero de 2020.

Quinto.- Con fecha 14 de marzo de 2020 –previa su inserción el mismo día en el Boletín Oficial del Estado nº 67– entró en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya Disposición Adicional 3ª –en su redacción original– preveía la suspensión de los términos e interrupción de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, entendido éste en su integridad de acuerdo con la

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Sexto.- El día 11 de mayo de 2020 tuvo entrada, en el Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.B.S., en nombre y representación de "GASPUNT, S.A.", frente al acuerdo de exclusión del procedimiento referenciado.

Dicho recurso manifiesta su disconformidad con la exclusión aduciendo que el informe técnico que ha sustentado la decisión de la Mesa de contratación, no justifica suficientemente la puntuación otorgada a su oferta. A juicio de la recurrente, dicho informe no detalla el procedimiento seguido para otorgar la puntuación concedida ni la valoración otorgada para cada uno de los extremos de su proposición.

Argumenta asimismo la recurrente, que la falta de motivación del informe técnico trae causa de la deficiente redacción de los criterios sujetos a valoración previa establecidos en el PCAP que rige el procedimiento.

Interesa que se estime el recurso, se acuerde la nulidad de la exclusión, así como que se retrotraigan las actuaciones a fin de admitir su proposición a la licitación o en el caso de no ser procedente esta nueva valoración, sea declarada la nulidad del procedimiento de adjudicación en lo referido al Lote 2. Igualmente solicita la nulidad de los criterios sujetos a valoración previa establecidos en el PCAP y, consecuentemente, la nulidad del PCAP y la de todo el procedimiento de licitación en lo referido a dicho Lote.

Por último, solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

A este recurso atendiendo a su orden de llegada, se le ha asignado el número 45/2020.

Séptimo.- En el Boletín Oficial del Estado nº 145, de 23 de mayo, fue publicada la Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y cuyo apartado décimo establece que «*con efectos desde el 1 de junio de 2020, se derogará la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, relativa a la suspensión de plazos administrativos. Desde esa misma fecha, el cómputo de los plazos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas*».

Octavo.- En virtud de lo anterior, reanudado el procedimiento, el día 3 de junio de 2020, el Tribunal trasladó al órgano de contratación el recurso, requiriendo del mismo la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

Noveno.- El mismo día 3 de junio de 2020 tuvo entrada en este Tribunal, un nuevo escrito de don J.B.S., en nombre y representación de la mercantil "GASPUNT, S.A.", que califica la actora de recurso especial *«ad cautelam»,* reiterando el contenido del recurso anterior y presentándolo únicamente con el fin de subsanar cualquier defecto formal que en el anterior pudiera apreciar este Tribunal.

A este nuevo escrito de recurso, atendiendo a su orden de llegada, se la ha asignado el número 48/2020.

Décimo.- El día 4 de junio de 2020, el Tribunal remitió este nuevo recurso al órgano de contratación, reiterando la solicitud del expediente e informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El día 5 de junio de 2020, fue recibido el expediente de contratación y el siguiente día 10 de junio, el informe referido a los recursos aludidos.

Undécimo.- Con fecha 4 de junio de 2020 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la actora la subsanación de la documentación que se acompaña a los escritos de recurso en lo concerniente a la acreditación de su representación por la persona firmante del mismo, 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. La documentación requerida ha sido aportada por la recurrente el día 9 de junio de 2020.

Duodécimo.- Con fecha 29 de junio de 2020 por este Tribunal, a fin de evacuar el trámite de audiencia a los restantes interesados, se notificó la interposición de los recursos a los participantes en la licitación, en el Lote y posiciones recurridas, otorgándoles, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, un plazo de cinco días para formular alegaciones sin que se haya presentado ninguna.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter preliminar este Tribunal quiere reseñar que analizados los escritos de los recursos, se aprecia identidad en el asunto objeto de ambos, además de que se trata de los mismos órgano de contratación e interesados, así como que los argumentos de fondo son sustancialmente coincidentes, por lo que su resolución, en cualquiera de ellos, produce efectos en el otro, al formar ambos actos parte del mismo expediente, siendo la exclusión de la recurrente, el motivo de su interposición, por lo que se considera conveniente su tramitación y resolución conjunta en un solo Acuerdo.

Ambos presentan así una clara relación de forma y de contenido, de la que hay que concluir que existe entre ellos la identidad sustancial o íntima conexión a

que se refiere el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por lo que procede, en aras del principio de economía procedimental, acumular los dos recursos para su resolución en un único procedimiento y mediante un solo acuerdo, conforme se establece en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPERMC).

Por tanto, siendo la acumulación de diversos recursos administrativos una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa, este Tribunal decide acordarla respecto de los recursos 045/2020 y 048/2020, para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “GASPUNT, S.A.” para interponer recurso especial así como su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que los recursos se han interpuesto frente a la exclusión 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 44.1.a) de la LCSP y 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), y que el acto recurrido se encuentra entre los susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP.

Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

TERCERO.- En ambos recursos, la actora aduce que su exclusión no es ajustada a Derecho ni por lo que respecta la forma de notificación, al considerar que no incluye la motivación de su exclusión, ni en cuanto al fondo, al argumentar que el informe técnico no justifica –suficiente y razonadamente– la valoración de su oferta respecto a los criterios sujetos a evaluación previa que establece el PCAP.

En primer lugar, respecto al defecto que la actora atribuye a la notificación efectuada, dicha parte aduce:

«*En la Comunicación que se le significó a mi representada, y que se señala en el Antecedente III de este recurso, consta lo siguiente*

"Ponemos en su conocimiento que la Mesa de Contratación celebrada en sesión de fecha 19 de febrero de 2020 a la vista del informe de valoración de los criterios sujetos a valoración previa, emitido de acuerdo con lo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares del procedimiento abierto: PA-03/2020, cuyo objeto es el suministro de material para vendajes, ha acordado lo siguiente:

Excluir la proposición emitida por la empresa ***GASPUNT, S.A.*** *en la citada licitación, en las partidas y por el siguiente motivo:*

- Proposiciones excluidas, en la partida que se indica, al no haber superado el umbral mínimo de 35. puntos:

Lote 2 (Partidas 10, 11, 12 y 13)

Para el resto de los acuerdos adoptados por la Mesa de Contratación les remitimos al Perfil de Contratante:

·https://www.aragon.es/ContratacionPublica".

Es decir, simplemente a través de la citada Comunicación se le notifica a mi representada de su exclusión, siendo el motivo de ésta exclusión el no haber superado el umbral mínimo de 35 puntos en las Partidas 10, 11, 12 y 13 del Lote 2, sin ninguna motivación más, es decir, ni la puntuación obtenida en cada uno de los dos criterios subjetivos, ni la valoración de su producto ofertado en cada uno de estos criterios.

A tenor de lo expuesto en la citada Comunicación, se puede afirmar que no le ha sido notificado a mi representa los motivos de su exclusión, tal como así estatuye el artículo 151.2, letra b), de la LCSP, al disponer este precepto que a los licitadores excluidos se les notificará los motivos por los que no se haya admitido su oferta […]; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores. En consecuencia, esa Comunicación no es suficiente para dar por debidamente cumplida las exigencias de motivación que la exclusión de un licitador requiere, causando una evidente y clara indefensión a mi representada».

Y a continuación, sin embargo, la recurrente manifiesta en el escrito de recurso lo siguiente:
«*No obstante, en la Comunicación se hace referencia a que el acuerdo de exclusión es a la vista del informe de valoración de los criterios sujetos a valoración previa, informe que consta en el Perfil de Contratante del Órgano de Contratación en el documento que lleva por título "Informe Técnico" –en adelante Informe Técnico– (se adjunta como Doc 7 este Informe Técnico), y si accedemos a este Informe Técnico observaremos que su encabezamiento es el siguiente: Informe Técnico sobre los criterios sujetos a valoración previa establecidos en el PCAP del PA 03/2020*».

Al respecto, el órgano de contratación alega*:* «*En primer lugar, indicar que es falsa la primera afirmación que hace la recurrente relativa a la falta de motivación en la notificación de exclusión, puesto que, como ella misma admite, se le indica el enlace para visualizar el informe técnico en su totalidad*».

Por tanto, respecto a este motivo no cabe reproche alguno en la actuación del órgano de contratación, tal y como la propia actora reconoce, así como del grado de detalle del recurso interpuesto, por lo que procede su rechazo.

CUARTO.- Respecto al motivo principal del recurso, cual es la disconformidad con la valoración efectuada a sus productos, considerando, la recurrente, insuficiente la descripción del método llevado a cabo para su obtención, sostiene lo siguiente:

«*Pues bien, con una simple lectura del Informe Técnico podemos apreciar que en este se utilizan, sin ningún razonamiento técnico, términos imprecisos, ambiguos, sin ningún, insistimos, razonamiento técnico, no ofreciendo información técnica sobre la valoración realizada y, en consecuencia, la fundamentación técnica para valorar y otorgar la puntuación. Efectivamente:*

1. *En el criterio subjetivo manejabilidad y confortabilidad:*
   a) *a los licitadores que se les da la máxima puntuación (25 puntos) en este criterio y en las 4 Partidas siempre es a través de la siguiente argumentación técnica: Excelente manejabilidad y confortabilidad de la venda. Ante esta argumentación, nos debemos preguntar si a través únicamente del término excelente éste ya es suficiente para considerar que concurre objetivamente un argumento técnico de valoración de una oferta y comprender las razones de los técnicos para asignar esa máxima puntuación y la proporcionalidad de ésta, para acto seguido responder a esta tesitura que no, que no lo es.*
   b) *Por el contrario, al resto de licitadores, en concreto a tres, entre ellos mi representada, se le concede en este criterio una puntuación de 15 puntos con la siguiente argumentación técnica:*

      1) *Al licitador Garric Médica, SL y a mi representada: la gran elasticidad y deformabilidad de la venda dificulta la comodidad de uso. Y nos debemos volver a preguntar si a través de esos términos gran elasticidad y deformabilidad ya es suficiente y razonable ese argumento técnico y comprender las razones de los técnicos para asignar esa puntuación y la proporcionalidad de*

ésta, para automáticamente responder a esta tesitura que no: ¿Qué valor ha tenido en consideración el técnico para decidir que es de gran elasticidad y, además, su deformabilidad? ¿qué método técnico, científico, ha utilizado el técnico para llegar a ese valor, por ejemplo a través del procedimiento utilizando un dinamómetro?, y estas preguntas no son una cuestión baladí pues el propio criterio de adjudicación señala lo siguiente: Método de valoración: Se comprobará que […]; por tanto, insistimos, ¿qué método y valores han utilizado los técnicos para comprobar la manejabilidad y confortabilidad de la venda?. En conclusión, la utilización de aquellos términos como argumento técnico no es suficiente para comprender las razones de los técnicos en asignar no ya solo la puntuación sino también la proporcionalidad de ésta. Además, respecto a la indeformabilidad, ésta se valora en el otro criterio subjetivo.

2) *Al licitador Dispomedis: Su escasa elasticidad dificulta su adaptabilidad en el uso al que va destinada.*

2. *En el criterio subjetivo seguridad: En la puntuación de este criterio podemos observar que los técnicos en su Informe Técnico han delimitados cuatro franjas: la de máxima puntuación (24 puntos), la de 15 puntos, la de 8 puntos y la de 5 puntos, dando lugar estas dos últimas puntuaciones a no cumplir el segundo requisito para superar el umbral mínimo:*

a) *A los licitadores que se le da la máxima puntuación en este criterio los técnicos vierten en su Informe el siguiente argumento técnico: la venda garantiza un uso seguro. Igualmente en este caso nos debemos preguntar si este argumento es suficiente para comprender las razones de los técnicos en asignar la puntuación y la proporcionalidad de ésta, y la respuesta a esta tesitura vuelve a ser que no.*

b) A los licitadores que se le da una puntuación de 15 puntos en este criterio se fundamenta en el siguiente argumento técnico: la venda pierde ligeramente su elasticidad tras su colocación, lo que disminuye su efectividad en el uso al que va destinada.

c) A los dos licitadores que se les da una puntuación de 8 puntos en este criterio, por tanto no superaran el umbral exigido, se fundamenta esa puntuación en alguno de los siguientes dos argumentos técnicos:

1) La venda se deshilacha en el extremo al cortarla. Su deformabilidad disminuye su seguridad y eficacia en el uso al que va destinada.

2) La venda pierde elasticidad tras su colocación, no garantizando su efectividad en el uso al que va destinada.

d) Y a los tres licitadores que se les da una puntuación de 5 puntos, el argumento técnico es alguno de los siguientes:

1) A mi representada y a otra: el gramaje no uniforme y su deformabilidad, disminuyen su seguridad y eficacia en el uso al que va destinada. Como en las anteriores ocasiones, no debemos preguntar ¿gramaje no uniforme? ¿deformabilidad? ¿disminución? ¿eficacia?, ¿Qué valores han tenido en consideración los técnicos para decir que el gramaje no es uniforme, la deformabilidad, la disminución, la eficacia?, ¿qué método técnico, científico, procedimiento ha utilizado el técnico para llegar a esos valores, por ejemplo, para el gramaje la Norma UNE-EN 14079, para la deformabilidad la técnica del dinamómetro? En conclusión, hemos de volver a decir que la utilización de esos términos como argumento técnico no son suficientes para comprender las razones de los técnicos en asignar la puntuación y la proporcionalidad de ésta. Además, hemos de tener en cuenta que la asignación de 5 puntos

automáticamente supone no ya solamente el no cumplir uno de los dos requisitos para superar el umbral que exige el Órgano de Contratación en las bases de la contratación, sino simplemente no superar este umbral de los 35 puntos aunque se obtuviera la máxima puntuación en el primero, en el otro, criterio subjetivo, y de este umbral y sus dos requisitos son plenamente conscientes los técnicos pues hacen reseña de él en su Informe, por lo que es oportuno apuntar que cuando se excluye a un licitador se suele exigir una motivación reforzada.

2) *La venda se deshilacha en el extremo al cortarla. La escasa elasticidad disminuye su efectividad en el uso al que va destinada.*

Un análisis de los argumentos técnicos que constan en el Informe Técnico permite decir que falta señalar el método llevado a cabo, los requisitos funcionales y método de ensayo utilizado, cómo se ha llegado a la puntuación otorgada, el proceso técnico seguido para adoptar la puntuación concedida, cómo se han valorado cada uno de los extremos de las proposiciones, cuales son los niveles merecedores para el otorgamiento de la puntuación, y esta falta de motivación suficiente lleva a no poder apreciar si, efectivamente, ésta puntuación es proporcional, lógica y coherente con la literalidad de lo que establecen los pliegos y el objeto del Lote 2, que es el suministro de vendas de crepe, vulnerándose los principios de transparencia, igualdad y no discriminación. Por tanto, es evidente que la valoración realizada en el Informe Técnico no cumple con los parámetros que ya anunciamos anteriormente para comprender las razones de los técnicos en asignar en cada caso la puntuación obtenida y la proporcionalidad de ésta, pues se funda en una motivación inadecuada, deficiente e insuficiente, por lo que no se han respetado los principios de la contratación pública; además, la deformabilidad que es objeto de valoración únicamente en el criterio subjetivo de seguridad también es

valorado por los técnicos en el criterio de manejabilidad y confortabilidad. En consecuencia, el Informe Técnico carece de la necesaria motivación que diferencie la discrecionalidad de la arbitrariedad.

El efecto de la anulación del Informe Técnico en cuanto al Lote 2 implica ordenar la retroacción de las actuaciones y la emisión de una nueva valoración adecuada a los términos ya expuestos. No obstante, hemos de señalar dos aspectos:

1. *Por un lado, que la citada nueva valoración de los criterios subjetivos sujetos a evaluación previa sería contrario al segundo apartado del artículo 146 de la LCSP, pues la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se debe realizar tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, y por la Mesa de Contratación ya se ha abierto el Sobre TRES, referido a los criterios aritméticos, de los licitadores que no han sido excluidos, y difundido a través del Perfil de Contratante del Órgano de Contratación las ofertas económicas presentadas por éstos licitadores, por lo que la evaluación de la oferta a tenor de los criterios subjetivos se realizaría teniéndose conocimiento de la oferta económica de aquellas licitadoras. En consecuencia, de procederse a realizar una nueva valoración de los criterios subjetivos, solo procedería la anulación de todo el procedimiento en lo referido al Lote 2 (en este sentido podemos apuntar, por ejemplo, el citado Acuerdo 36/2016 de este mismo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, así como la Resolución 8/2019, de 30 de enero de 2019, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público).*
2. *Por otro lado, si se considera que debe simplemente realizarse una nueva valoración, puede que la nueva valoración resulte discriminatoria, de un lado por no contar los criterios subjetivos con los parámetros objetivos y transparentes para realizarse y no ser posible su posterior*

control por los órganos encargados de la resolución de recursos. A este respecto es oportuno resaltar que en parte la falta de motivación adecuada del Informe Técnico trae causa de la deficiente redacción del criterio sujeto a juicio de valor.

En cuanto a la fijación de los criterios de adjudicación, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación, como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de los encargados de la valoración.

Los criterios subjetivos sujetos a evaluación previa que figuran en el Anexo XI del PCAP tienen una formulación excesivamente genérica, imprecisa, y permite una valoración de hasta 25, para un criterio, y 24, para otro criterio, puntos, sin que se determinen reglas de atribución de importancia de los elementos evaluables más allá de su enunciado, lo cual dificulta la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación del sector público, permitiendo la arbitrariedad, tal como ha sucedido y se puede comprobar simplemente leyendo el Informe Técnico.

De lo expuesto nos lleva a decir que no es suficiente el acuerdo de anulación de la Comunicación y retroacción de actuaciones, pues la nueva valoración implicaría una valoración atendiendo a los mismos términos de indeterminación de ponderación y concesión de una libertad ilimitada para adjudicar el contrato por inconcreción de los criterios subjetivos.

En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si esos criterios subjetivos sujetos a valoración previa estatuidos en el PCAP son de aplicación obligatoria al haber sido aceptados por los licitadores, y en el presente caso por mí representada, con la presentación de sus ofertas, ex artículo 139 de la LCSP, o si, por el contrario, puede o debe sancionarse con la nulidad de pleno Derecho (en virtud del principio quod nullum est nullum efectum producit), nulidad que supondría la del PCAP y, por tanto, la del procedimiento de licitación en referencia al Lote 2 tal como así fue expuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) en su sentencia de 5 de diciembre de 2003, Asunto C-448/01.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13, eVigilo Ltd, acepta este criterio cuando señala como excepción al plazo de interposición del recurso el supuesto de que las condiciones de la licitación solo pueden percibirse una vez se analiza la motivación de la adjudicación.

Los criterios subjetivos sujetos a evaluación previa dispuestos en el PCAP para el Lote 2 inculcan, tal como ya hemos señalado, los principios rectores que han de presidir los procedimientos de concurrencia competitiva, es decir, los principios de transparencia, igualdad y no discriminación (artículos 1 y 132.1 de la LCSP), y a este respecto debemos añadir que en parte la falta de motivación adecuada del Informe Técnico trae causa de la deficiente redacción de esos criterios, por lo que es procedente declarar su nulidad y, en consecuencia, la del PCAP y la de todo el procedimiento de licitación en lo referido al Lote 2».

Por su parte el órgano de contratación, en el informe elaborado con motivo de la interposición del recurso, defiende:

«Entrando en el fondo del asunto, y sin extendernos en el respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad que esta Subdirección implementa en toda su actuación y que la recurrente pone en duda, nos parece ofensivo el que la empresa GASPUNT dude de los conocimientos científicos o técnicos del equipo que ha evaluado las proposiciones y emitido el informe técnico (página 10).

Cita la recurrente a la Sala Tercera del Tribunal Supremo que señaló que "la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones y que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes ..." Parecería que la recurrente no se ha leído el informe técnico de valoración, puesto que en el mismo se indican de manera clara las razones que han llevado a otorgar la puntuación dada.

En todo caso, tal y como se expone en el Acuerdo 73/2019 del TACPA, en relación con la competencia del Tribunal ante recursos fundamentados en discrepancias sobre juicios de valor:

- *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.*
- ***La evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación,*** *y los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Pues a este tipo de criterios, les*

es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada ***"discrecionalidad técnica"*** *de los órganos· de contratación.*

- ***Tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.*** *El análisis por el Tribunal 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.*
- ***La función del 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. Lo contrario* ***supondría sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal.***
- *Conforme a la doctrina expuesta,* ***los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten.***

Igualmente, esta Subdirección asume que el contenido de la ***motivación*** *para que, pueda ser considerada válidamente realizada, debe cumplir al menos estas* ***principales exigencias:***

a) Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico.
b) Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico, así como el método de valoración de los mismos.
c) Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es significativo consignar que la empresa no basa su informe en la calidad de su producto, sino exclusivamente en la supuesta arbitrariedad del equipo

evaluador y la Mesa de contratación.

Los criterios sujetos a valoración previa establecidos en el Pliego de cláusulas administrativas particulares para el material objeto de recurso fueron debidamente descritos, con un lenguaje claro y preciso:

Criterios sujetos a valoración previa	***Puntos***
Manejabilidad y confortabilidad *Método de valoración: Se comprobará que por su composición y estructura la venda permite un vendaje sencillo y cómodo, siendo adaptable y confortable para el paciente, en el uso al que va destinada.*	*25*
Seguridad *Método de valoración: Se comprobará la uniformidad del gramaje, su indeformabilidad, que no se deshilacha ni pierde elasticidad y/o cohesividad y que durante su colocación, uso y retirada la venda es segura y efectiva para el uso al que va destinada.*	*24*
Total criterios	***49***

El material objeto de la valoración es una venda de crepe elástica con múltiples usos en la práctica asistencial, tanto para sujetar apósitos quirúrgicos, curativos o férulas, como para limitar la movilización de articulaciones, favorecer el retorno venoso, facilitar el drenaje linfático o evitar la inflamación (Figura 1).

Todos estos usos precisan una venda que, además de ser sencilla y cómoda en su colocación, sea confortable para el paciente y segura y eficaz para los diferentes cometidos.

Estas características las otorgan diferentes aspectos de la venda, tanto por su composición (material, gramaje, distribución del entramado, etc.) como por su comportamiento durante el uso (elasticidad, deformabilidad, fuerza tensil, etc.).

Para su valoración, el material se prueba "in vivo" por profesionales acostumbrados al manejo de ese producto y, a través de ese uso, se comprueban las características y comportamiento del mismo y se emite una puntuación en base a los criterios publicados con anterioridad.

Aunque, si bien es cierto que la valoración de los criterios sujetos a valoración posterior es más fácil de precisar y en general no presenta dudas a la hora de ser interpretada, también es cierto que no por ello la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor sea arbitraria, imprecisa y demás calificativos con los que la empresa GASPUNT pretende desacreditar las puntuaciones emitidas por el órgano de contratación.

Sirva como ejemplo la elasticidad de una venda. Pese a que podría valorarse objetivamente midiéndola con un dinamómetro, esa cifra sería insuficiente para conocer su eficacia y comportamiento sobre las piernas de pacientes con diferentes anatomías y patologías y que, una vez colocada, realizan actividades de la vida diaria como caminar.

Por otro lado, habitualmente se considera mucho más necesario explicar fehacientemente la motivación que acompaña a una puntuación baja de un material que la otorgada a un material excelente.

Por ejemplo, si una venda tiene un gramaje no uniforme (Figura 2) y altamente deformable, provocando disminución en la seguridad y eficacia para el uso al que se destina, esa explicación se incluye en la motivación. Mientras que si no tiene esos u otros problemas que afecten a su seguridad y eficacia, la motivación concluye que "la venda garantiza un uso seguro" (Figura 3).

Así pues, el órgano de contratación se ratifica en la puntuación otorgada a la empresa GASPUNT, S.A., así como en la motivación que justifica dicha calificación, resultado del análisis efectuado por el equipo técnico:

Manejabilidad y confortabilidad: 15 puntos.

La gran elasticidad y deformabilidad de la venda dificulta la comodidad en su uso.

Seguridad: 5 puntos.

El gramaje no uniforme y su deformabilidad, disminuyen su seguridad y eficacia en el uso al que va destinada.

(…)».

En primer lugar procede examinar el motivo de los recursos por cuanto la recurrente combate las condiciones establecidas en el PCAP, argumentando que*: «Los criterios subjetivos sujetos a evaluación previa dispuestos en el PCAP para el Lote 2 inculcan, tal como ya hemos señalado, los principios rectores que han de presidir los procedimientos de concurrencia competitiva, es decir, los principios de transparencia, igualdad y no discriminación (artículos 1 y 132.1 de la LCSP), y a este respecto debemos añadir que en parte la falta de motivación adecuada del Informe Técnico trae causa de la deficiente redacción de esos criterios, por lo que es procedente declarar su nulidad y, en consecuencia, la del PCAP y la de todo el procedimiento de licitación en lo referido al Lote 2*».

El órgano de contratación manifiesta su rechazo sobre esta cuestión según ha quedado transcrito anteriormente.

En el caso que nos ocupa, la actora presentó oferta sin impugnar el PCAP en el plazo establecido y en los recursos ahora interpuestos pretende la nulidad del citado documento, según el detalle que se acaba de señalar, al considerar que los criterios sujetos a evaluación previa que figuran en el Lote 2 del PCAP, según su criterio, no son conformes a Derecho y procede anular la licitación.

Pues bien, el hecho de haber presentado la actora oferta determina, como establece el artículo 139 de la LCSP, «*la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna*». Y en este sentido venía también redactada la cláusula 2.2.6 titulada `Efectos de la presentación de proposiciones´ y el Anexo XII del mencionado pliego dedicado a los `Criterios de adjudicación subjetivos sujetos a evaluación previa´, donde después de describir los criterios, según han quedado transcritos anteriormente, también se señala lo siguiente:

«*A efectos de superar la fase de evaluación de los criterios sujetos a valoración previa, y con objeto de garantizar una buena calidad en los productos adquiridos y en pro del interés público, se deberán cumplir dos condiciones:*

1ª La puntuación total deberá ser igual o superior a 35 puntos.

2ª La puntuación en cada uno de los criterios será igual o superior a la mitad de los puntos establecidos para cada criterio».

Así las cosas, procede traer a colación la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), que este Tribunal comparte, por todos en el Acuerdo 33/2020, de 8 de mayo, en cuanto a la excepcionalidad de la impugnación indirecta de los pliegos que rigen las licitaciones y que –al respecto– en la Resolución 960/2019, de 14 de agosto, con cita de la 612/2019, de 6 de junio, dice:

«*… "Tal y como señalamos en la Resolución nº 867/2018 hemos de partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que "los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación" (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 139.1 de la LCSP cuando afirma que: "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea". Por su parte el art. 50.1 de la LCSP, dispone que "Con carácter*

general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

Sentado lo anterior, debemos recordar asimismo que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la exclusión) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, como es el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho, que adelantamos no concurren en el presente caso.

Señalamos en la mencionada Resolución nº 867/2018 que: "en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe."

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que "La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor

publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido –el pliego– es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación." Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar "a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación.

En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión"».

Por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal administrativo debe concluir que el motivo de los recursos examinados es extemporáneo, y ello porque si la actora consideraba que el PCAP vulneraba el ordenamiento jurídico, como ahora aduce, debió impugnarlo en el momento procedimental oportuno y no a consecuencia de su exclusión del procedimiento, por lo que necesariamente hay que estar al contenido de aquél ya que, transcurrido el plazo para recurrirlo y una vez presentada la oferta, pasó a ser firme y consentido y su contenido deviene en inatacable.

Así, y según el criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA) en su Resolución 9/2020,

de 23 de enero, y que este Tribunal administrativo comparte, la única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del PCP por una licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación –normalmente, el de la valoración de las ofertas– cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato (*sensu contrario*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, *asunto C-538/13 Evigilo*, apartados 52 a 58).

En el presente supuesto la recurrente considera que los criterios sujetos a evaluación previa que figuran en el Anexo XI del PCAP tienen una formulación excesivamente genérica, imprecisa, y que permiten una valoración de hasta 25 puntos, para un criterio –manejabilidad y confortabilidad–, y 24 puntos –seguridad– para otro, sin que –a su juicio– se determinen reglas de atribución de importancia de los elementos evaluables más allá de su enunciado, lo cual entiende que dificulta la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación del sector público, permitiendo la arbitrariedad por lo que considera que han de ser anulados.

Al respecto es preciso poner de manifiesto que dichas circunstancias debieron ponerse de manifiesto en el plazo legal de impugnación de las condiciones contractuales, pues eran apreciables desde el momento de la aprobación de los pliegos y, por ello, si se admitieran los motivos de recurso expuestos y se anulara la licitación, se estaría dejando al albur de la recurrente la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de las condiciones contractuales en contra de los principios de buena fe y seguridad jurídica, tal y como señala el Tribunal Supremo según se ha indicado.

Por tanto, este motivo de recurso debe ser rechazado.

QUINTO.- A continuación, procede comprobar si la exclusión objeto de los presentes recursos es conforme a Derecho o no; para ello es necesario acudir al Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige el contrato cuyo Anexo I describe los materiales a suministrar del siguiente modo:

Lote	***Partida***	***Materia l***	***Descripción Material***
2	*10*	*116*	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE. DE 10 CM. DE ANCHO Y 4M DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL.*
2	*11*	*117*	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE DE 10 CM DE ANCHO Y 10 M. DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL*
2	*12*	*759*	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE. DE 5 CM DE ANCHO Y 4M DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL.*
2	*13*	*186*	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE. DE 7 CM. DE ANCHO Y 4M DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL.*

Y el Anexo XII del PCAP, establece como criterios sujetos a valoración previa:

«*Lote 1: Vendas cohesivas*
Lote 2: Vendas de crepe
Lote 3: Vendas compresivas
Lote 9: Vendas de gasa orillada

Criterios sujetos a valoración previa	***Puntos***
Manejabilidad y confortabilidad *Método de valoración: Se comprobará que por su composición y estructura la venda permite un vendaje sencillo y cómodo, siendo adaptable y confortable para el paciente, en el uso al que va destinada.*	*25*
Seguridad *Método de valoración: Se comprobará la uniformidad del gramaje, su indeformabilidad, que no se deshilacha ni pierde elasticidad y/o cohesividad y que durante su colocación, uso y retirada la venda es segura y efectiva para el uso al que va destinada.*	*24*

Total criterios	***49***

Asimismo en dicho Anexo, tal y como ya se ha transcrito anteriormente, se indica lo siguiente:

«*A efectos de superar la fase de evaluación de los criterios sujetos a valoración previa, y con objeto de garantizar una buena calidad en los productos adquiridos y en pro del interés público, se deberán cumplir dos condiciones:*
1ª La puntuación total deberá ser igual o superior a 35 puntos.

2ª La puntuación en cada uno de los criterios será igual o superior a la mitad de los puntos establecidos para cada criterio».

En el informe técnico de valoración figura detallada la motivación correspondiente a las puntuaciones otorgadas a la ahora recurrente del siguiente modo:

Material	***Descripción Material***	***Manejabilidad Confortabilidad***	***Motivo***	***Seguridad***	***Motivo***	***Punt. Total***
116	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE. DE 10 CM. DE ANCHO Y 4M DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL.*	*15*	*La gran elasticidad y deformabilidad de la venda dificulta la comodidad en su uso*	*5*	*El gramaje no uniforme y su deformabilidad, disminuyen su seguridad y eficacia en el uso al que va destinada*	*20*
117	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE DE 10 CM DE ANCHO Y 10 M. DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL*	*15*	*La gran elasticidad y deformabilidad de la venda dificulta la comodidad en su uso*	*5*	*El gramaje no uniforme y su deformabilidad, disminuyen su seguridad y eficacia en el uso al que va destinada*	*20*
759	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE. DE 5 CM DE ANCHO Y 4M DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL.*	*15*	*La gran elasticidad y deformabilidad de la venda dificulta la comodidad en su uso*	*5*	*El gramaje no uniforme y su deformabilidad, disminuyen su seguridad y eficacia en el uso al que va destinada*	*20*

Material	*Descripción Material*	*Manejabilidad Confortabilidad*	*Motivo*	*Seguridad*	*Motivo*	*Punt. Total*
186	*VENDA ELÁSTICA DE CREPE. DE 7 CM. DE ANCHO Y 4M DE L. EN TENSIÓN. GRAMAJE MÍNIMO: 85 GR/M2. LIBRE DE LATEX. ENVASE INDIVIDUAL.*	*15*	*La gran elasticidad y deformabilidad de la venda dificulta la comodidad en su uso*	*5*	*El gramaje no uniforme y su deformabilidad, disminuyen su seguridad y eficacia en el uso al que va destinada*	*15*

El recurso trae causa, por tanto, del informe técnico de evaluación de las proposiciones –recién extractado–, que la Mesa de contratación hizo suyo y en el que el órgano de contratación se ratifica en su informe emitido con ocasión del presente recurso, motivando de forma razonada y razonable la puntuación otorgada.

Así las cosas, por mor de que se trata de una exclusión decidida a partir del citado informe técnico, hay que recordar tal y como ha sostenido el TACRC en distintas Resoluciones como la 822/2018, de 24 de septiembre, en un criterio que este Tribunal comparte, en cuanto a que: «*con carácter general, que 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*».

De la lectura del meritado informe de evaluación de las proposiciones respecto de los criterios sujetos a juicio de valor, se desprende que en él se contienen suficientemente explicitadas las razones que llevan a la asignación de una concreta puntuación respecto de la oferta de la recurrente sin que ésta, por su parte, haya ofrecido a este Tribunal argumentos para poder concluir que el

órgano de contratación ha actuado de modo arbitrario o discriminatorio, cuyo criterio –por cierto– goza de presunción de acierto.

Acierto que no ha quedado desvirtuado, antes al contrario: lo que se ha demostrado es que la recurrente se contradice en el escrito de recurso aduciendo unos argumentos que carecen de apoyo pues vienen a ser afirmaciones interesadas y que no refutan el informe técnico emitido, el cual de forma razonada y razonable da cumplidas explicaciones respecto a las puntuaciones que se otorgan respecto de los criterios sujetos a evaluación previa.

Por tanto, como ya ha sostenido este Tribunal, en el Acuerdo 113/2019, de 26 de agosto, conforme a la doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 11 de febrero, 15/2017, de 20 de febrero, 22/2018, de 20 de abril, 75/2019, de 14 de junio, y las Resoluciones del TACRC 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de 2 de octubre, 313/2017, de 31 de marzo, 155/2019, de 22 de febrero), la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y dichos órganos encargados de la resolución de recursos contractuales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Pues, a este tipo de criterios, les 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 –recurso 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). Criterio, por cierto, que ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue objeto de impugnación –precisamente– otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

Sentado lo anterior, las discrepancias técnicas de la mercantil recurrente –tras cohonestarse con lo manifestado por el órgano de contratación en su informe al recurso con suficiente grado de detalle–, tal y como se viene afirmando, no llegan 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 evacuado con motivo de los presentes recursos, sin que se haya logrado evidenciar la existencia de error, arbitrariedad o discriminación por su parte, y sin que exista la falta de motivación ni la vulneración del principio de igualdad de trato y de proporcionalidad que aduce la actora en sus escritos de recurso –tal y como claramente ha expuesto el órgano de contratación dando cumplidas explicaciones de método de valoración llevado a cabo tanto con el criterio relativo a la «manejabilidad y confortabilidad», como con el de «seguridad».

De ahí que deba adverarse la actuación de la Mesa de contratación en cuya virtud su oferta fue excluida. En consecuencia, se considera ajustada a la legalidad dicha actuación procediendo, por tanto, rechazar este motivo invocado por la recurrente y, con ello, el recurso.

SEXTO.- En cuanto a la imposición de multa a la recurrente solicitada por el órgano de contratación, este Tribunal administrativo tiene establecido (valga por todos, el Acuerdo 60/2017, de 8 de mayo, junto con los que en él se citan) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso.

Paralelamente, aunque la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría *per se* la imposición de la multa, su concurrencia debe apreciarse de modo patente y manifiesto, de tal manera que no exista duda

alguna sobre que el ejercicio de su derecho por parte de la recurrente no se ha llevado a cabo legítimamente.

Pues bien, teniendo en cuenta que la recurrente ha basado su argumentación en cuestionar la conformidad a Derecho de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa así como la asignación de puntos efectuada en el Lote 2, tal y como ha quedado expuesto en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto; a juicio de este Tribunal se considera que no se aprecia en el presente caso haya lugar a la imposición de multa, dado que además su interposición no ha afectado a la tramitación del procedimiento de contratación, al no haber sido suspendido.

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 mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por “GASPUNT, S.A.” frente a su exclusión del procedimiento de licitación denominado «Suministro de material para vendajes. Lote 2. Posiciones 10, 11, 12 y 13», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Desestimar los recursos especiales presentado en nombre y representación de “GASPUNT, S.A.” frente a su exclusión de dicho procedimiento.

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

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

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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 dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.