

Recurso nº 47/2018**Resolución nº 47/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 20 de xullo de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por R.T.N. actuando en nome e representación de MBA INCORPORADO S.L. contra a resolución de adxudicación do lote 3 da contratación, mediante acordo marco, da subministración de próteses de cadeira con destino aos centros hospitalarios do Servizo Galego de Saúde, expediente MA-SER1-16-003, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Servizo Galego de Saúde convocou a licitación do contrato mediante acordo marco, da subministración de próteses de cadeira con destino aos seus centros hospitalarios, cun valor estimado declarado de 33.571.278,00 euros.

En datas 31.01.2017, 09.02.2017 e 16.02.2017 publicáronse no Diario Oficial da Unión Europea, no Boletín Oficial do Estado e no Diario Oficial de Galicia os anuncios polos que se fixo pública a licitación do Acordo Marco. Tamén foi difundida a través da Plataforma de contratos públicos de Galicia en data 01.02.2017.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma está sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

Terceiro.- Impúgnase a resolución do 31.05.2018 de adxudicación do lote 3 do contrato ás empresas JOHNSON&JOHNSON S.A., SMITH&NEPHEW S.A. y ZIMMER BIOIMET SPAIN S.L.U.

Cuarto.- En data 26.06.2018 MBA INCORPORADO S.L. (en diante, MBA) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra a resolución de adxudicación do lote 3, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 26.06.2018 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 11.07.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 12.07.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- O 02.07.2018 o TACGal decide o mantemento a suspensión automática do artigo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A recorrente foi licitador nesta contratación, así que procede a súa lexitimación, ao abeiro do artigo 48 da LCSP.

Cuarto.- A resolución de adxudicación notificouse o día 04.06.2018, polo que o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Trátase dun contrato de subministración por importe superior a 100.000 euros e impúgnase o acordo de adxudicación, polo que o recurso é admisible á vista do disposto no art. 44.1 e 44.2 da LCSP.

Sexto.- O recorrente alega en primeiro lugar a indebida aplicación pola mesa de contratación da fórmula recollida nos pregos para puntuar as ofertas económicas.

Ademais, aprecia diversos erros e incongruencias na valoración da súa oferta técnica e a da empresa ZIMMER en relación cos criterios non avaliados automaticamente, que inmediatamente analizaremos.

Sétimo.- O órgano de contratación reconece un erro na fórmula empregada para a valoración das ofertas económicas, se ben mostra que o mesmo non varía a posición final das empresas na licitación.

Por outro lado, nega os erros alegados pola recorrente respecto á avaliación da oferta técnica e fai referencia á necesidade de respectar a discrecionalidade técnica do informe técnico xustificativo das puntuacións.

Oitavo.- O representante de MBA solicita que se revise a documentación técnica presentada pola empresa ZIMMER ao lote 3, que é o obxecto desta impugnación, xa que esa empresa foi excluída noutro lote por un erro na súa oferta, que podería terse repetido neste.

O informe do órgano rebate este argumento, desmentindo que o erro alegado se producise tamén na documentación deste lote, e así foi comprobado por este Tribunal.

Como seguinte alegación, o texto do recurso critica a composición do comité técnico avaliador das ofertas. Sendo o órgano propoñente do contrato a Dirección Xeral de Recursos Económicos, non aprecia este Tribunal a vulneración do disposto no artigo 150.2 TRLCSP alegada no recurso, correspondendo ao Servizo Galego de Saúde, dentro da súa capacidade de autoorganización, a designación dos membros do comité.

Neste punto, apuntar tamén que polo que se refire á proba testemuñal solicitada no recurso do coordinador do grupo técnico asesor da mesa de contratación no expediente de licitación, este Tribunal entende que, de acordo co previsto no artigo 56 da LCSP, xunto coa súa improcedencia posto que a posición do órgano de contratación como tal xa consta no expediente e informe remitido, sería, en todo caso, innecesaria, xa que nada aportaría aos efectos de entender como certos os feitos relevantes no recurso nin o esixe a propia natureza do litixio, claro nos termos nos que se desenvolve.

A continuación, o texto do recurso argumenta unha serie de erros ou incongruencias no informe de valoración, os cales procedemos a analizar.

É preciso, con carácter previo, facer referencia á consolidada doutrina da xurisprudencia e dos Tribunais de recursos contractuais ao respecto da discrecionalidade técnica dos órganos de contratación na avaliación das ofertas, en canto a presunción de acerto e validez dos seus criterios técnicos, e sobre as posibilidades de revisión que lle corresponden a este Tribunal, referidas á comprobación da debida motivación dos actos, a que non existan defectos formais, que non se utilicen criterios non previstos ou arbitrarios e a que non existan erros materiais na valoración.

Como recollimos xa en precedentes resolucións do TACGal (por todas, Resolución 5/2018), nestes debates, ao tratarse de aspectos que se avalían con criterios estritamente técnicos, o Tribunal non pode corrixilos aplicando criterios xurídicos, sen prexuízo de que poidan ser obxecto de análise cuestións formais da valoración, como as normas de competencia ou de procedemento, por exemplo, ou a análise de se na valoración se aplicaron criterios arbitrarios ou discriminatorios, ou omisións ou erros materiais ao efectuala. Fóra destes aspectos, o Tribunal debe respectar os resultados de devandita valoración.

Pois ben, tomando sempre como referencia esta consolidada doutrina, procedemos a analizar os distintos argumentos recollidos no texto do recurso.

Sinalar que a valoración das distintas ofertas neste expediente foi efectuada por un grupo técnico de asesores formado por persoal especialista pertencente ao Servizo Galego de Saúde. Nese informe consta que a avaliación das ofertas se efectuou conforme á seguinte escala de puntuacións:

VALORACIÓN	PUNTUACIÓN ASIGNADA
Cumple PPT/No aporta/No tiene	0 puntos
Suficiente	2 puntos
Aceptable	4 puntos
Mediana	5 puntos
Buena	6 puntos
Notable	7 puntos
Muy buena	8 puntos
Sobresaliente	9 puntos
Excelente	10 puntos

En primeiro lugar, o recurrente alega a existencia de incongruencias no propio informe técnico no apartado referido á avaliación do deseño e características técnicas. O dito informe establece como consideración previa do equipo avaliador o seguinte:

“varios de los implantes femorales ofertados dentro de cada lote corresponden a variantes genéricas basadas en diseños originales de éxito clínico muy contrastado. La experiencia con alguno de los diseños originales supera los 25 años. Estos hechos les hacen merecedores, según el criterio unánime del grupo técnico asesor, de la máxima puntuación en cuanto a diseño y características técnicas. Se ha asignado una puntuación menor, en estos aspectos, a diseños que constituyen variantes basadas en el original. La puntuación máxima no se aplica, si no está plenamente justificada, a la versatilidad”.

O recurso alega que, sendo orixinal o implante ofertado pola recurrente, non se lle otorgou a máxima puntuación, tal e como cabería deducir do anterior apartado, e que incluso obtivo menor puntuación que o da empresa ZIMMER, que non é orixinal. Ao respecto, o informe do órgano de contratación a este recurso sinala concretamente que neste apartado *“no se incluye solamente si el diseño es original o no, sino también otras características y además no se consideró unicamente el diseño del implante femoral, sino conjuntamente con el implante acetabular”*.

A lectura do informe de avaliación de cada unha das ofertas permite a este Tribunal confirmar a congruencia do alegado polo órgano de contratación. O informe, se ben recolle a diferenza entre os implantes orixinais e os que non o son, detalla pormenorizadamente unha serie de características técnicas de todos e cada un dos implantes ofertados, sen que proceda apreciar erro manifesto nas puntuacións concedidas, que permita un pronunciamento deste Tribunal ao respecto.

De feito, o propio PCAP no seu apartado 6.5.1 sinala, sobre o que debe ser obxecto de valoración neste apartado:

“se valorarán las características de diseño de acuerdo a las especificaciones que demuestren una mejor conformación y un superior rendimiento/resultado, basándose en estudios e información técnica”.

Polo tanto, non se pode entender que neste aspecto a avaliación efectuada se afaste do previsto nos pregos da licitación, nin que exista incongruencia na mesma, polo que este motivo alegado no recurso debe ser desestimado.

Sobre este apartado referido ao deseño, o recorrente efectúa outra alegación conexas coa anterior, indicando que se utilizou un criterio falto de motivación e non previsto nos pregos, como é que o deseño por ela ofertado está “actualmente en desuso”.

Respecto á utilización para a avaliación das ofertas de subcriterios non previstos nos pregos da licitación xa indicamos na nosa Resolución 24/2018 que a sentenza do TXUE, de 24 de xaneiro de 2008, no asunto C-532/06, conclúe que:

“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación”.

Agora ben, non podemos entender que neste caso nos atopemos nun suposto semellante. Os pregos obrigan ao propio comité avaliador a ter en conta as especificacións que demostren un “superior rendemento/resultado” fundamentándose en “estudios e información técnica”, polo que apoiarse para a puntuación na utilización do produto nos últimos anos non se pode entender como incorrecto.

A este respecto, e igualmente respecto á xenérica alegación de falta de motivación faremos novamente referencia á nosa previa Resolución TACGal 9/2018 na que fundamentabamos o seguinte, plenamente aplicable a este suposto concreto:

“... a sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea de 1 de febreiro de 2018, asunto T-477/15 reforza o dito por canto considera que non se pode esixir á entidade

adxudicadora que comunique a un licitador seleccionado, ademais dos motivos polos que rexeitou a súa oferta, un resumo detallado de como se tivo en conta cada detalle da súa oferta ao avaliala e unha análise comparativa minuciosa da súa oferta en relación á oferta da adxudicataria. Sinala que un comité de avaliación debe poder ter certa marxe de manobra para levar a cabo a súa tarefa e, sen modificar os criterios de adxudicación do contrato establecidos no prego de condicións ou o anuncio de licitación, estruturar o seu propio traballo de exame e análise das ofertas presentadas (con cita á sentenza do 4 de outubro de 2012, Evropaiki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, non publicado, EU: C: 2012: 617, parágrafo 21).“

O recorrente refírese tamén ao criterio “estudios y publicaciones”, argumentando, en primeiro lugar, que o licitador ZIMMER non inclúe na súa oferta ningún estudio nin publicación, tal e como esixía o PCAP, senón unicamente unha relación dos mesmos, que ademais non se refiren segundo o recorrente aos concretos produtos ofertados, senón a deseños anteriores no tempo, polo que a oferta de ZIMMER neste concreto apartado non debería ser valorada.

O PCAP establece que os licitadores presentarán, dentro da documentación do sobre B, e polo que aquí interesa:

“Estudios y publicaciones de resultados clínicos y supervivencia de la prótesis, estudios multicentros, tiempo de seguimiento y número de unidades implantadas”.

Da vista do expediente resulta que a oferta de ZIMMER inclúe ata 17 páxinas con estudos e referencias bibliográficas sobre os dous elementos propostos (tanto o vástago como o cotilo), polo que non procede entender que se produza un incumprimento do previsto no PCAP. Considerar, como indica o recorrente, que se deben incorporar o conxunto do texto dos estudos bibliográficos existentes e máis nunha licitación das características da aquí analizada, coa consecuencia de non poder ser valorada a oferta, suporía unha actuación desproporcionada, sen prexuízo da obriga do órgano de contratación de valorar as distintas ofertas presentadas utilizando un criterio uniforme e equilibrado.

En canto ao vástago ofertado o propio informe do órgano de contratación sinala literalmente que:

“no se dio ningún valor a las referencias bibliográficas que aparecen en la técnica quirúrgica porque se refieren al diseño original del vástago femoral en el que está inspirado este implante. Sin embargo, se valoró mínimamente, al igual que se hizo para otros implantes ofertados en este y otros lotes, las referencias de estudios



no publicados que constituyen datos de archivo del fabricante similares a los que se pueden extraer de la documentación aportada por MBA “Furlong, 20 años en España”.

E en canto o cotilo, o mesmo informe recolle que:

“Referentes al cotilo Trilogy y en menor medida para el cotilo Trilogy IT...se encuentran múltiples publicaciones cuyo texto completo está permitido ver...”

Polo tanto, tendo en conta que o informe de valoración xustifica a puntuación de 7 puntos outorgada neste apartado á oferta de ZIMMER sinalando *“múltiples publicaciones sobre el cotilo y varias sobre el vástago femoral”*, e á vista da argumentación ofrecida polo órgano de contratación non procede entender que exista erro ou incongruencia na valoración deste apartado, máis aínda tendo en conta que a oferta da recorrente MBA foi puntuada igualmente con 7 puntos, xustificados en que existen *“múltiples publicaciones sobre el vástago y pocas sobre el cotilo”*, é dicir, en termos equiparables á de ZIMMER.

Noveno.- Alega tamén o recorrente diversas deficiencias na valoración do apartado referido á presenza nos rexistros. Nunha primeira parte argumenta que o informe técnico se aparta do fixado nos pregos da licitación, carecendo de motivación a puntuación outorgada e prexudicando arbitrariamente á súa oferta.

O PCAP respecto a este concreto apartado establece:

“Presencia en registros: se valorará el número de registros, calidad de los registros, unidades implantadas, tiempo de permanencia en los registros, supervivencia en registros”

O órgano de contratación no seu informe de contestación ao recurso rebate a argumentación do representante de MBA facendo unha detallada relación de rexistros internacionais tidos en conta na valoración. Así, e como xa sinalamos no apartado anterior, non cabe apreciar por este Tribunal erro ou incongruencia na valoración efectuada, máis alá da lexítima discrepancia do recorrente na valoración obtida pola súa oferta.

O feito de que o informe de avaliación indique que a presenza en rexistros do produto ofertado pola empresa recorrente se atopa en *“franco descenso en los últimos años”* non se pode entender como arbitraria ou carente de xustificación á vista dos

argumentos do órgano de contratación, nin se afasta do previsto no PCAP, e é un argumento que, se ben pode non ser compartido polo recorrente, non se debe considerar nin moito menos como irrelevante ou arbitrario na puntuación a outorgar.

Nunha segunda parte da avaliación neste apartado dos rexistros, tívose en conta polo equipo técnico a clasificación ODEP (orthopaedic data evaluation panel) dos produtos ofertados. O recorrente aprecia un erro na clasificación do produto da empresa ZIMMER, que constando na súa oferta como 3A*, no informe técnico aparece avaliado como 5A*.

O informe do órgano de contratación sinala que a clasificación que se acolleu para todos os licitadores foi “a que tenían en la página web en 2017”, sen que determine de forma expresa unha data concreta a estes efectos, o que impide apreciar se a información valorada é anterior á finalización do prazo de presentación de ofertas.

Pois ben, este argumento do órgano fundamentado na igualdade de trato non pode ser acollido. Este Tribunal comprobou que a oferta da empresa ZIMMER recolle expresamente a clasificación 3A* e, sendo así e dado que é o licitador o responsable da súa oferta e de como a configura (Resolución TACGal 4/2018 e STXUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10), esta era a información da que partir polo grupo de avaliación, salvo supostos como o de erro material. Neste sentido, a valoración das proposicións debe atender ao momento da súa presentación, pois dar entrada a circunstancias posteriores podería chegar a supoñer, entón, unha alteración das ofertas. Nesta liña, a propia fixación da data en cuestión polo órgano de contratación podería actuar en beneficio ou prexuízo dos licitadores e iso vulneraría o principio de igualdade. Centrados entón no caso que nos ocupa, ao tomarse como referencia a información que proporcionaba unha páxina web, referida esta globalmente ao ano 2017, e non ao texto concreto das distintas proposicións, que subministraba o dato dado polo propio licitador sobre a situación no momento desa presentación, o órgano actuou dunha forma non apropiada.

Agora ben, unha vez determinada esta distorsión cometida polo equipo técnico, procede determinar as consecuencias do mesmo no proceso de valoración. A este respecto, son tres as opcións que se lle presentan a este Tribunal nos casos de variacións na avaliación de criterios non automáticos.

A primeira, sería o fixar a correcta puntuación a outorgar as ofertas, algo imposible nos supostos en que sexa preciso proceder a unha nova valoración, pois este Tribunal se arrogaría nas funcións técnicas do órgano de contratación.

A segunda posibilidade, tendo en conta que xa se procedeu á apertura das ofertas económicas, sería a anulación do procedemento de contratación. Así sucede nos supostos en que, ao ser necesaria unha nova valoración aplicando criterios suxeitos á discrecionalidade do órgano de contratación, o Tribunal non pode impedir a influencia que nesa avaliación poida ter o previo coñecemento da puntuación outorgada xa en aplicación dos criterios automáticos.

E a última posibilidade sería ordenar a retroacción do procedemento ao momento da valoración das ofertas aos únicos efectos de proceder á corrección da deficiencia apreciada polo Tribunal. Procede esta solución naqueles supostos nos que a resolución estimatoria do Tribunal determine exactamente o concreto aspecto a emendar, fixando con claridade os seus parámetros e límites de tal forma que garanta a obxectividade da avaliación a efectuar, co respecto á discrecionalidade técnica do órgano de contratación.

Neste caso concreto, é especialmente relevante ter en conta que o PCAP para a puntuación deste criterio sinala expresamente:

“Presencia en registros: se valorará el número de registros, calidad de los registros, unidades implantadas, tiempo de permanencia en los registros, supervivencia en registros”

Polo tanto, comprobamos que non se recolle a clasificación na ODEP como criterio avaliable por si mesmo e que é unicamente o informe do grupo técnico o que toma como referencia esta información. Pero, ademais, o equipo técnico incorpora esta clasificación como unha proba máis, entre outras, que acreditan a presenza do produto ofertado nos rexistros, pero non é a clasificación na ODEP por si mesma un criterio directamente avaliable, senón unha fonte de información que o grupo avaliador decidiu ter en conta. Agora ben, unha vez concedida relevancia a esa clasificación, aínda indirecta, non pode este Tribunal substituír a discrecionalidade técnica do órgano de contratación e entender como irrelevante algo que o propio comité asesor apreciou doutro modo.

En base a isto, cabe concluír que non procede a anulación do procedemento de contratación por este motivo, xa que a actuación a corrixir non afecta a un aspecto substancial da valoración nin era determinante para a puntuación a outorgar.

Polo tanto, o que procede a xuízo deste Tribunal á a retroacción das actuacións ao momento da valoración das ofertas técnicas dos licitadores, aos efectos de que o equipo técnico tome como referencia da clasificación na ODEP de cada produto a indicada polos licitadores ou, en último caso, a da data de presentación das ofertas. Deste xeito, e unicamente no suposto de que esa corrección supoña unha variación na consideración da presenza nos rexistros dos produtos ofertados, que é o aspecto especificamente puntuable segundo o PCAP, procederá a modificación das puntuacións concedidas e especificamente para esa exclusiva finalidade, sen que se poida alterar ningún outro aspecto da valoración, máis alá do establecido a continuación ao respecto das ofertas económicas.

Por último, este Tribunal comprobou o erro na aplicación da fórmula de puntuación das ofertas económicas advertido no recurso e que recoñece o propio órgano de contratación no seu informe. Polo tanto, e debendo retrotraerse o procedemento segundo o sinalado nos parágrafos precedentes, non cabe admitir que o erro careza de relevancia na puntuación final das distintas ofertas, tal e como argumenta o órgano de contratación, polo que procederá, no momento do procedemento de licitación que corresponde, efectuar unha nova valoración das ofertas económicas utilizando a fórmula correcta segundo o previsto no PCAP. Esta nova avaliación, ao estar referida á mera aplicación dunha fórmula matemática, é allea a calquera xuízo de valor suxeito a discrecionalidade, polo que esta retroacción non supón vulneración do principio de igualdade.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto pola empresa MBA INCORPORADO S.L. contra a resolución de adxudicación da contratación, mediante acordo marco, da subministración de próteses de cadeira con destino aos centros hospitalarios do Servizo Galego de Saúde, expediente MA-SER1-16-003, e, en consecuencia, anular o dito acto en relación ao lote 3 e retrotraer o procedemento

deste, debendo proceder o órgano de contratación segundo o fixado no último fundamento desta resolución.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.