

Recurso nº 47/2018**Resolución nº 47/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por R.T.N. actuando en nombre y representación de MBA INCORPORADO S.L. contra la resolución de adjudicación del lote 3 de la contratación, mediante acuerdo marco, del suministro de prótesis de cadera con destino a los centros hospitalarios del Servicio Gallego de Salud, expediente MA-SER1-16-003, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Servicio Gallego de Salud convocó la licitación del contrato mediante acuerdo marco, del suministro de prótesis de cadera con destino a sus centros hospitalarios, con un valor estimado declarado de 33.571.278,00 euros.

En fechas 31.01.2017, 09.02.2017 y 16.02.2017 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de Galicia los anuncios por los que se hizo pública la licitación del Acuerdo Marco. También fue difundida a través de la Plataforma de contratos públicos de Galicia en fecha 01.02.2017.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma está sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- Se impugna la resolución del 31.05.2018 de adjudicación del lote 3 del contrato a las empresas JOHNSON&JOHNSON S.A., SMITH&NEPHEW S.A. y ZIMMER BIOIMET SPAIN S.L.U.

Cuarto.- En fecha 26.06.2018 MBA INCORPORADO S.L. (en adelante, MBA) interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del lote 3, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 26.06.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 11.07.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 12.07.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- El 02.07.2018 el TACGal decide el mantenimiento de la suspensión automática del artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud del dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en el que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La recurrente fue licitador en esta contratación, así que procede su legitimación, al amparo del artículo 48 de la LCSP.

Cuarto.- La resolución de adjudicación se notificó el día 04.06.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Se trata de un contrato de suministro por importe superior a 100.000 euros y se impugna el acuerdo de adjudicación, por lo que el recurso es admisible a la vista de lo dispuesto en el art. 44.1 y 44.2 de la LCSP.

Sexto.- El recurrente alega en primer lugar la indebida aplicación por la mesa de contratación de la fórmula recogida en los pliegos para puntuar las ofertas económicas.

Además, aprecia diversos errores e incongruencias en la valoración de su oferta técnica y la de la empresa ZIMMER en relación con los criterios no evaluables automáticamente, que inmediatamente analizaremos.

Séptimo.- El órgano de contratación reconoce un error en la fórmula empleada para la valoración de las ofertas económicas, si bien muestra que el mismo no varía la posición final de las empresas en la licitación.

Por otro lado, niega los errores alegados por la recurrente respecto a la evaluación de la oferta técnica y hace referencia a la necesidad de respetar la discrecionalidad técnica del informe técnico justificativo de las puntuaciones.

Octavo.- El representante de MBA solicita que se revise la documentación técnica presentada por la empresa ZIMMER al lote 3, que es el objeto de esta impugnación, ya que esa empresa fue excluida en otro lote por un error en su oferta, que podría haberse repetido en este.

El informe del órgano rebate este argumento, desmintiendo que el error alegado se produjera también en la documentación de este lote, y así fue comprobado por este Tribunal.

Como siguiente alegación, el texto del recurso critica la composición del comité técnico evaluador de las ofertas. Siendo el órgano proponente del contrato la Dirección General de Recursos Económicos, no aprecia este Tribunal la vulneración de lo dispuesto en el artículo 150.2 TRLCSP alegada en el recurso, correspondiendo al Servicio Gallego de Salud, dentro de su capacidad de autoorganización, la designación de los miembros del comité.

En este punto, apuntar también que por lo que se refiere a la prueba testimonial solicitada en el recurso del coordinador del grupo técnico asesor de la mesa de contratación en el expediente de licitación, este Tribunal entiende que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 56 de la LCSP, junto con su improcedencia puesto que la posición del órgano de contratación como tal ya consta en el expediente e informe remitido, sería, en todo caso, innecesaria, ya que nada aportaría a los efectos de entender como ciertos los hechos relevantes en el recurso ni lo exige la propia naturaleza del litigio, claro en los términos en los que se desarrolla.

A continuación, el texto del recurso argumenta una serie de errores o incongruencias en el informe de valoración, las cuales procedemos a analizar.

Es preciso, con carácter previo, hacer referencia a la consolidada doctrina de la jurisprudencia y de los Tribunales de recursos contractuales al respeto de la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación en la evaluación de las ofertas, en cuanto a presunción de acierto y validez de sus criterios técnicos, y sobre las posibilidades de revisión que le corresponden a este Tribunal, referidas a la comprobación de la debida motivación de los actos, a que no existan defectos formales, que no se utilicen criterios no previstos o arbitrarios y a que no existan errores materiales en la valoración.

Como recogimos ya en precedentes resoluciones del TACGal (por todas, Resolución 5/2018), en estos debates, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos, sin perjuicio de que puedan ser objeto de análisis cuestiones formales de la valoración, como las normas de competencia o de procedimiento, por ejemplo, o el análisis de si en la valoración se aplicaron criterios arbitrarios o discriminatorios, u omisiones o errores materiales al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Pues bien, tomando siempre como referencia esta consolidada doctrina, procedemos a analizar los distintos argumentos recogidos en el texto del recurso.

Señalar que la valoración de las distintas ofertas en este expediente fue efectuada por un grupo técnico de asesores formado por personal especialista perteneciente al Servicio Gallego de Salud. En ese informe consta que la evaluación de las ofertas se efectuó conforme a la siguiente escala de puntuaciones:

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

En primer lugar, el recurrente alega la existencia de incongruencias en el propio informe técnico en el apartado referido a la evaluación del diseño y características técnicas. Dicho informe establece como consideración previa del equipo evaluador lo siguiente:

“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”.

El recurso alega que, siendo original el implante ofertado por la recurrente, no se le otorgó la máxima puntuación, tal y como cabría deducir del anterior apartado, y que incluso obtuvo menor puntuación que el de la empresa ZIMMER, que no es original. Al respecto, el informe del órgano de contratación a este recurso señala concretamente que en este apartado *“no se incluye solamente si el diseño es original o no, sino también otras características y además no se consideró únicamente el diseño del implante femoral, sino conjuntamente con el implante acetabular”.*

La lectura del informe de evaluación de cada una de las ofertas permite a este Tribunal confirmar la congruencia de lo alegado por el órgano de contratación. El informe, si bien recoge la diferencia entre los implantes originales y los que no lo son, detalla pormenorizadamente una serie de características técnicas de todos y cada uno de los implantes ofertados, sin que proceda apreciar error manifiesto en las puntuaciones concedidas, que permita un pronunciamiento de este Tribunal al respecto.

De hecho, el propio PCAP en su apartado 6.5.1 señala, sobre lo que debe ser objeto de valoración en este 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”.

Por lo tanto, no se puede entender que en este aspecto la evaluación efectuada se aleje de lo previsto en los pliegos de la licitación, ni que exista incongruencia en la misma, por lo que este motivo alegado en el recurso debe ser desestimado.

Sobre este apartado referido al diseño, el recurrente efectúa otra alegación conexas con la anterior, indicando que se utilizó un criterio falto de motivación y no

previsto en los pliegos, como es que el diseño por ella ofertado está “actualmente en desuso”.

Respeto a la utilización para la evaluación de las ofertas de subcriterios no previstos en los pliegos de la licitación ya indicamos en nuestra Resolución 24/2018 que la sentencia del TJUE, de 24 de enero de 2008, en el asunto C-532/06, concluye 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”.

Ahora bien, no podemos entender que en este caso nos encontremos en un supuesto semejante. Los pliegos obligan al propio comité evaluador a tener en cuenta las especificaciones que demuestren un “superior rendimiento/resultado” fundamentándose en “estudios e información técnica”, por lo que apoyarse para la puntuación en la utilización del producto en los últimos años no se puede entender como incorrecto.

A este respeto, e igualmente respeto a la genérica alegación de falta de motivación haremos nuevamente referencia a nuestra previa Resolución TACGal 9/2018 en la que fundamentábamos lo siguiente, plenamente aplicable a este supuesto concreto:

“... la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 1 de febrero de 2018, asunto T-477/15 refuerza lo dicho por cuanto considera que no se puede exigir a la entidad adjudicadora que comunique a un licitador seleccionado, además de los motivos por los que rechazó su oferta, un resumen detallado de como se tuvo en cuenta cada detalle de su oferta al evaluarla y un análisis comparativo minucioso de su oferta en relación a la oferta de la adjudicataria. Señala que un comité de evaluación debe poder tener cierto margen de maniobra para llevar a cabo su tarea y, sin modificar los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (con cita a la sentencia de 4 de octubre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, no publicado, IU: C: 2012: 617, párrafo 21).“

El recurrente se refiere también al criterio “estudios y publicaciones”, argumentando, en primer lugar, que el licitador ZIMMER no incluye en su oferta ningún

estudio ni publicación, tal y como exigía el PCAP, sino únicamente una relación de los mismos, que además no se refieren según el recurrente a los concretos productos ofertados, sino a diseños anteriores en el tiempo, por lo que la oferta de ZIMMER en este concreto apartado no debería ser valorada.

El PCAP establece que los licitadores presentarán, dentro de la documentación del sobre B, y por lo que aquí interesa:

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

De la vista del expediente resulta que la oferta de ZIMMER incluye hasta 17 páginas con estudios y referencias bibliográficas sobre los dos elementos propuestos (tanto el vástago como el cotilo), por lo que no procede entender que se produzca un incumplimiento de lo previsto en el PCAP. Considerar, como indica el recurrente, que se deben incorporar el conjunto del texto de los estudios bibliográficos existentes y más en una licitación de las características de la aquí analizada, con la consecuencia de no poder ser valorada la oferta, supondría una actuación desproporcionada, sin perjuicio del deber del órgano de contratación de valorar las distintas ofertas presentadas utilizando un criterio uniforme y equilibrado.

En cuanto al vástago ofertado el propio informe del órgano de contratación señala 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”.

Y en cuanto al cotilo, el mismo informe recoge que:

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

Por lo tanto, toda vez que el informe de valoración justifica la puntuación de 7 puntos otorgada en este apartado a la oferta de ZIMMER señalando *“múltiples publicaciones sobre el cotilo y varias sobre el vástago femoral”*, y a la vista de la argumentación ofrecida por el órgano de contratación no procede entender que exista error o incongruencia en la valoración de este apartado, más aún toda vez que la

oferta de la recurrente MBA fue puntuada igualmente con 7 puntos, justificados en que existen “*múltiples publicaciones sobre el vástago y pocas sobre el cotilo*”, es decir, en términos equiparables a la de ZIMMER.

Noveno.- Alega también el recurrente diversas deficiencias en la valoración del apartado referido a la presencia en los registros. En una primera parte argumenta que el informe técnico se aparta de lo fijado en los pliegos de la licitación, careciendo de motivación la puntuación otorgada y perjudicando arbitrariamente a su oferta.

El PCAP respeto 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”

El órgano de contratación en su informe de contestación al recurso rebate la argumentación del representante de MBA haciendo una detallada relación de registros internacionales tenidos en cuenta en la valoración. Así, y como ya señalamos en el apartado anterior, no cabe apreciar por este Tribunal error o incongruencia en la valoración efectuada, más allá de la legítima discrepancia del recurrente en la valoración obtenida por su oferta.

El hecho de que el informe de evaluación indique que la presencia en registros del producto ofertado por la empresa recurrente se encuentra en “*franco descenso en los últimos años*” no se puede entender como arbitraria o carente de justificación a la vista de los argumentos del órgano de contratación, ni se aleja de lo previsto en el PCAP, y es un argumento que, si bien puede no ser compartido por el recurrente, no se debe considerar ni mucho menos como irrelevante o arbitrario en la puntuación a otorgar.

En una segunda parte de la evaluación en este apartado de los registros, se tuvo en cuenta por el equipo técnico la clasificación ODEP (orthopaedic data evaluation panel) de los productos ofertados. El recurrente aprecia un error en la clasificación del producto de la empresa ZIMMER, que constando en su oferta como 3A*, en el informe técnico aparece evaluado cómo 5A*.

El informe del órgano de contratación señala que la clasificación que se acogió para todos los licitadores fue “la que tenían en la página web en 2017”, sin que determine de forma expresa una fecha concreta a estos efectos, lo que impide apreciar si la información valorada es anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Pues bien, este argumento del órgano fundamentado en la igualdad de trato no puede ser acogido. Este Tribunal comprobó que la oferta de la empresa ZIMMER recoge expresamente la clasificación 3A* y, siendo así y dado que es el licitador el responsable de su oferta y de como la configura (Resolución TACGal 4/2018 y STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10), esta era la información de la que partir por el grupo de evaluación, salvo supuestos como el de error material. En este sentido, la valoración de las proposiciones debe atender al punto de su presentación, pues dar entrada a circunstancias posteriores podría llegar a suponer, entonces, una alteración de las ofertas. En esta línea, la propia fijación de la fecha en cuestión por el órgano de contratación podría actuar en beneficio o perjuicio de los licitadores y eso vulneraría el principio de igualdad. Centrados entonces en el caso que nos ocupa, al tomarse como referencia la información que proporcionaba una página web, referida esta globalmente al año 2017, y no al texto concreto de las distintas proposiciones, que suministraba el dato dado por el propio licitador sobre la situación en el momento de esa presentación, el órgano actuó de una forma no apropiada.

Ahora bien, una vez determinada esta distorsión cometida por el equipo técnico, procede determinar las consecuencias del mismo en el proceso de valoración. A este respeto, son tres las opciones que se le presentan a este Tribunal en los casos de variaciones en la evaluación de criterios no automáticos.

La primera, sería el fijar la correcta puntuación a otorgar a las ofertas, algo imposible en los supuestos en que sea preciso proceder a una nueva valoración, pues este Tribunal se arrojaría en las funciones técnicas del órgano de contratación.

La segunda posibilidad, toda vez que ya se procedió a la apertura de las ofertas económicas, sería la anulación del procedimiento de contratación. Así sucede en los supuestos en que, al ser necesaria una nueva valoración aplicando criterios sujetos a la discrecionalidad del órgano de contratación, el Tribunal no puede impedir la influencia que en esa evaluación pueda tener el previo conocimiento de la puntuación otorgada ya en aplicación de los criterios automáticos.

Y la última posibilidad sería ordenar la retroacción del procedimiento al punto de la valoración de las ofertas a los únicos efectos de proceder a la corrección de la deficiencia apreciada por el Tribunal. Procede esta solución en aquellos supuestos en los que la resolución estimatoria del Tribunal determine exactamente el concreto aspecto a emendar, fijando con claridad sus parámetros y límites de tal forma que garantice la objetividad de la evaluación a efectuar, con el respeto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

En este caso concreto, es especialmente relevante tener en cuenta que el PCAP para la puntuación de este criterio señala 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”

Por lo tanto, comprobamos que no se recoge la clasificación en la ODEP como criterio evaluable por sí mismo y que es únicamente el informe del grupo técnico el que toma como referencia esta información. Pero, además, el equipo técnico incorpora esta clasificación como una prueba más, entre otras, que acreditan la presencia del producto ofertado en los registros, pero no es la clasificación en la ODEP por sí misma un criterio directamente evaluable, sino una fuente de información que el grupo evaluador decidió tener en cuenta. Ahora bien, una vez concedida relevancia a esa clasificación, aún indirecta, no puede este Tribunal sustituir la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y entender como irrelevante algo que el propio comité asesor apreció de otro modo.

En base a esto, cabe concluir que no procede la anulación del procedimiento de contratación por este motivo, ya que la actuación a corregir no afecta a un aspecto sustancial de la valoración ni era determinante para la puntuación a otorgar.

Por lo tanto, lo que procede a juicio de este Tribunal es la retroacción de las actuaciones al punto de la valoración de las ofertas técnicas de los licitadores, a los efectos de que el equipo técnico tome como referencia de la clasificación en la ODEP de cada producto la indicada por los licitadores o, en último caso, la de la fecha de presentación de las ofertas. De este modo, y únicamente en el supuesto de que esa corrección suponga una variación en la consideración de la presencia en los registros de los productos ofertados, que es el aspecto específicamente puntuable según el PCAP, procederá la modificación de las puntuaciones concedidas y específicamente para esa exclusiva finalidad, sin que se pueda alterar ningún otro aspecto de la valoración, más allá del establecido a continuación al respeto de las ofertas económicas.

Por último, este Tribunal comprobó el error en la aplicación de la fórmula de puntuación de las ofertas económicas advertido en el recurso y que reconoce el propio órgano de contratación en su informe. Por lo tanto, y debiendo retrotraerse el procedimiento según lo señalado en los párrafos precedentes, no cabe admitir que el error carezca de relevancia en la puntuación final de las distintas ofertas, tal y como argumenta el órgano de contratación, por lo que procederá, en el momento del

procedimiento de licitación que corresponde, efectuar una nueva valoración de las ofertas económicas utilizando la fórmula correcta según lo previsto en el PCAP. Esta nueva evaluación, al estar referida a la mera aplicación de una fórmula matemática, es ajena a cualquier juicio de valor sujeto a discrecionalidad, por lo que esta retroacción no supone vulneración del principio de igualdad.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por la empresa MBA INCORPORADO S.L. contra la resolución de adjudicación de la contratación, mediante acuerdo marco, del suministro de prótesis de cadera con destino a los centros hospitalarios del Servicio Gallego de Salud, expediente MA-SER1-16-003, y, en consecuencia, anular dicho acto en relación al lote 3 y retrotraer el procedimiento de este, debiendo proceder el órgano de contratación según lo fijado en el último fundamento de esta resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, 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.