

Recurso nº 155/2018**Resolución nº 6/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 14 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. I.C.G. actuando en nome e representación de GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. no seu escrito de interposición do recurso especial en materia de contratación contra a exclusión pola mesa de contratación da súa oferta para o lote 8 na contratación dunha subministración sucesiva de material sanitario desbotable para recollida de fluídos e mostras, e material cortante e punzante con risco biolóxico para os centros sanitarios das estruturas organizativas da xestión integrada do Servizo Galego de Saúde, expediente MI-ASF1-18-001, 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 da Saúde convocou a licitación do contrato para a subministración sucesiva de material sanitario desbotable para recollida de fluídos e mostras, e material cortante e punzante con risco biolóxico para os centros sanitarios das estruturas organizativas da xestión integrada do Servizo Galego de Saúde, expediente MI-ASF1-18-001, cun valor estimado declarado de 5.996.910,57 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 10.01.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao Real Decreto Lexislativo 3/2011 polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP).

Terceiro.- Impúgnase a exclusión da recorrente, acordada pola mesa de contratación de 30.11.2018, notificada o 04.12.2018, en base a:

“No haber obtenido una puntuación mínima de 25 puntos en la valoración de los criterios no valorables de forma automática, tal y como se exige en el apartado 11.1.1 de las Hojas de Especificaciones (Carátula) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.”

Cuarto.- O 27.12.2018 GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- Con data 27.12.2018 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 os días 2 e 9 de xaneiro de 2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 03.01.2019, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- O 03.11.2019 o TACGal acordou a medida cautelar de suspensión do procedemento de adxudicación.

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 oferta da exclusión GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. (na licitación, como VACUETTE ESPAÑA S.A.U) foi excluída polo acto impugnado, de maneira que ten lexitimación para a súa impugnación.

Cuarto.- Notificada a exclusión do 04.12.2018, a interposición o 27.12.2018 foi en prazo.

Quinto.- O recurso é contra o acordo de exclusión da mesa de contratación nun contrato de subministración de valor estimado superior aos 100.000€, polo que o recurso é admisible segundo o artigo 44 LCSP.

Sexto.- Analizaremos as alegacións dos diferentes intervinentes neste recurso especial ao estudar o fondo.

Sétimo.- O lote 8 estaba dividido en 5 sublotes:

- “8.1 Contenedor de orina de 100-120 ml, con dispositivo de transferencia*
- 8.2 Contenedor de orina de 3 litros, con dispositivo de transferencia*
- 8.3 Tubo plástico estéril con vacío y estabilizante para análisis químico orina 16 x 100 mm, 8-11 ml*
- 8.4 Tubo plástico estéril con vacío y conservante para análisis microbiológico orina 16 x 100 mm, 10-11 ml*
- 8.5 Tubo plástico estéril con vacío y sin aditivo para análisis de orina 16 x 100 mm, 9,5-11 ml”*

Da Folla de Especificacións para esta contratación destacamos estes apartados, en canto ao lote 8 que é o que nos ocupa:

“Apartado 11.1.1 Criterios no valorables de forma automática (SOBRE B)

1.- Valoración en uso: hasta 50 puntos.

Para cada subcriterio o ítem, el grupo técnico evaluador de las ofertas calificará las mismas, y otorgará las siguientes puntuaciones:

- Sin mejoras: 0 puntos en la puntuación del ítem .*
- . Aceptable: 25% de la puntuación máxima del ítem .*
- Buena: 50% de la puntuación máxima del ítem .*
- Muy buena: 75% de la puntuación máxima del ítem .*
- Excelente: 100% de la puntuación máxima del ítem.*

Se valorará el grado de cumplimiento, una vez cumplidos los requisitos mínimos exigidos, de los subcriterios o ítems que para cada lote se relacionan a continuación:

(...)

Lote 8.- CONTENEDORES DE ORINA CON DISPOSITIVO DE TRANSFERENCIA

ÍTEM O SUBCRITERIO A EVALUAR

- *Cierre hermético: se valorará la ausencia de pérdida de contenido en cualquier posición. 0-25 puntos*
- *Optimización/aprovechamiento de la muestra. 0-10 puntos*
- *Presentación del artículo (envasado unitario, claridad instrucciones de uso). 0-10 puntos*
- *Visibilidad: grado de transparencia. 0-10 puntos*

O recurrente solicita a nulidade da súa exclusión do lote 8 porque se valorou incorrectamente a súa oferta.

Lembremos que a causa da mesma foi non acadar a puntuación mínima do 25 puntos, por canto que VACUETTE ESPAÑA S.A.U (denominación da recurrente na licitación) obtivo só 18,75 na valoración de cada un dos cinco sublotes. O recurso, en todo momento se compara con BECTON DIKINSON, S.A, que foi a outra avaliada, e que chegou aos 32,5 puntos.

Pois ben, para o presente debate é preciso prestar especial atención ao seguinte mandato, como lex contractus, como corolario da cláusula antes reproducida:

“El licitador deberá obtener una puntuación mínima de 25 puntos en la valoración de los criterios no valorables de forma automática en el lote o en cada sub lote (si así está dividido) para no ser excluido del procedimiento para dicho lote.”

Esta é unha condición da licitación da que debemos partir, por firme e consentida, e a mesma deixa claro que esa puntuación mínima debe ser para cada produto dos sublotes, de existir estes. Dito doutra forma, se nun sub lote non se acada eses 25 puntos tal cláusula ampararía a exclusión.

Ratifica o dito que se concibiran os lotes de forma que se debía ofertar para todos os sublotes, alí onde tiveran estes. Así resulta da seguinte resposta dada polo órgano de contratación, publicada na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia:

Pregunta: *"Interesados en licitar en el Exp. MI-ASF1-18-001 "Subministro sucesivo de material sanitario desechable para la recogida de fluidos y muestras, y material cortante y punzante con riesgo biológico para los centros sanitarios de las estructuras organizativas de Xestión Integrada do Servizo Galego de Saúde", agradeceremos nos indiquen si debe presentarse oferta a lote completo o bien puede presentarse oferta a sublotes independientes. Es de nuestro interés licitar a algunos sublotes del lote 8, pero no nos es posible licitar al lote completo. En consecuencia si debe licitarse a lote completo, no podemos presentar oferta.*

Resposta: *"Solamente se puede licitar al lote completo. Cláusula 2.1.2 del PCA "La licitación versará sobre la totalidad del suministro. En el caso de que se prevean LOTES se podrá licitar por la totalidad o por alguno o algunos de los LOTES".*

É dicir, que nos lotes onde había sublotes non cabía presentar unha proposición que non incorporara algún deses produtos dos sublotes, polo que é coherente que tampouco fora posible a continuación no procedemento se nun deses non se acadara a puntuación mínima.

Polo tanto, procede organizar a resolución deste recurso analizando cada un dos sublotes, de forma que se nalgún deles non existen razóns para revogar a consideración de non se acadaron os 25 puntos, xa non cabería anular a exclusión e, polo tanto, estimar o recurso.

Comezando entón tal análise polo sublote 1, *"Contenedor de orina de 100-120 ml, con dispositivo de transferencia"*, onde se lle atribuíu unha puntuación de 18,75 puntos, polo tanto 6,25 puntos por debaixo do necesario para continuar na licitación-

Entón, a primeira observación é a seguinte. Como vimos, había catro subcriterios ou ítems a valorar, dos que podemos dicir:

- a valoración do cuarto, *Visibilidad: grado de transparencia. 0-10 puntos*, non é cuestionado para ningún dos sublotes polo recorrente.

- no subcriterio 3, *Presentación del artículo (envasado unitario, claridad instrucciones de uso)*. 0-10 puntos, o recurso só o cuestiona a parte avaliación dos sublotos 3 a 5, referidos aos tubos.

- no subcriterio 2, *Optimización/aprovechamiento de la muestra*. 0-10 puntos, tamén só se critica no tocante aos 3 e 4, tamén sobre tubos.

Dito doutra forma, respecto do sublote 1, referido a un contenedor lembremos, só se cuestiona a avaliación de tal produto respecto do ítem primeiro: “*Cierre hermético: se valorará la ausencia de pérdida de contenido en cualquier posición*. 0-25 puntos”. Entón, segundo o visto, se na avaliación deste ítem deste contenedor do sublote 1 non existen razóns para revogala, o recurso debe ser entón desestimado, por inviabilidade de acadar a anulación da exclusión.

Non por ser coñecido debemos deixar de lembrar que a avaliación entra dentro da discrecionalidade técnica, onde este TACGal só pode revogar se se incorreu en arbitrariedade ou outra institución invalidante a efectos da dimensión revisora ate a que pode chegar este Tribunal.

Tamén trasladar que a Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea de 1 de febreiro de 2018, asunto T-477/15, 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. Engade ademais 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, *Evropaïki Dynamiki/Comisión*, asunto C-629 / 11 P, non publicado, EU: C: 2012: 617, parágrafo 21).

En todo caso, centrados xa neste punto do debate, verbo deste subcriterio1, “*Cierre hermético: se valorará la ausencia de pérdida de contenido en cualquier posición*”, do sublote 1, o recurso expresa que non se valorou que o contenedor presentado tiña dobre rosca e muescas, cando si se considerou para BECTON DICKINSON, S.A. (BECTON, en adiante).

O informe do órgano de órgano de contratación considera (con imaxes que mostran o seu relato):

“O contedor presentado pola empresa Becton Dickinson, S.A., (en diante Becton) dispón dun deseño, con “muescas” ou estrías moi definidas e pronunciadas que conseguen un encaixe rápido, ao primeiro intento, e aínda que a tapa non estea totalmente aliñada ao frasco, ao facer a manipulación necesaria para o peche, encaixa sen ningún tipo de problema á primeira, a diferenza do presentado por Vacuette España, S.A.U., (agora GREINER) cuxo deseño de rosca presenta “muescas” máis tenues e para poder pechalo de xeito correcto tense que aliñar o frasco coa tapa, de non facelo así, prodúcese frecuentemente un peche en falso.

Con respecto á perda de contido, unha vez pechado o contedor, nas probas realizadas compróbase que co o artigo presentado pola empresa recorrente, cómpre asegurarse de que o frasco está enroscado totalmente, ao 100%, mentres que co presentado por Becton aínda que non se acade ese enroscado total (ata o tope) non presenta perdas.

Así pois, a diferenza de valoración non está relacionada coa presentación ou non da dobre rosca senón co deseño desta, é dicir, co deseño da rosca da tapa e co deseño da rosca do frasco.

Por último, e respecto das “muescas” que ten o contedor para a súa suxeición durante o peche, o da empresa Becton, á parte de presentar “muescas” máis definidas na tapa, presenta tamén “muescas” verticais no frasco (ausentes no de GREINER), o que facilita o seu agarre.”

Polo tanto, non existindo elementos para considerar arbitrario este razoamento, en base ao dito non cabe revogar a exclusión por canto xa no sub lote 1 deste lote 8 non se acadaría o mínimo dos 25 puntos, sendo isto suficiente para amparar aquí tal decisión.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. no seu escrito de interposición do recurso especial en materia de contratación contra a exclusión pola mesa de contratación da súa oferta para o lote 8 da contratación dunha

subministración sucesiva de material sanitario desbotable para recollida de fluídos e mostras, e material cortante e punzante con risco biolóxico para os centros sanitarios das estruturas organizativas da xestión integrada do Servizo Galego de Saúde, expediente MI-ASF1-18-001.

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 do 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.