

Recurso nº 155/2018

Resolución nº 6/2019

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. I.C.G. actuando en nombre y representación de GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. en su escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación contra la exclusión por la mesa de contratación de su oferta para el lote 8 en la contratación de un suministro sucesivo de material sanitario desechable para recogida de fluidos y muestras, y material cortante y punzante con riesgo biológico para los centros sanitarios de las estructuras organizativas de la gestión integrada del Servicio Gallego de Salud, expediente MI-ASF1-18-001, 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 la Salud convocó la licitación del contrato para el suministro sucesivo de material sanitario desechable para recogida de fluidos y muestras, y material cortante y punzante con riesgo biológico para los centros sanitarios de las estructuras organizativas de la gestión integrada del Servicio Gallego de Salud, expediente MI-ASF1-18-001, con un valor estimado declarado de 5.996.910,57 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 10.01.2018.

**Segundo.-** El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP).

**Tercero.-** Se impugna la exclusión de la recurrente, acordada por la mesa de contratación de 30.11.2018, notificada el 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.-** El 27.12.2018 GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

**Quinto.-** Con fecha 27.12.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe al 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 los días 2 y 9 de enero de 2019.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados el 03.01.2019, sin que se recibieran alegaciones.

**Séptimo.-** El 03.11.2019 el TACGal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

## 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 de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el 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 oferta de la exclusión GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. (en la licitación, como VACUETTE ESPAÑA S.A.U) fue excluida por el acto impugnado, de manera que tiene legitimación para su impugnación.

**Cuarto.-** Notificada la exclusión del 04.12.2018, la interposición el 27.12.2018 fue en plazo.

**Quinto.-** El recurso es contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación en un contrato de suministro de valor estimado superior a los 100.000 €, por lo que el recurso es admisible según el artículo 44 LCSP.

**Sexto.-** Analizaremos las alegaciones de los diferentes intervinientes en este recurso especial al estudiar el fondo.

**Séptimo.-** El 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”*

De la Hoja de Especificaciones para esta contratación destacamos estos apartados, en cuanto al lote 8 que es el 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*

El recurrente solicita la nulidad de su exclusión del lote 8 porque se valoró incorrectamente su oferta.

Recordemos que la causa de la misma fue no conseguir la puntuación mínima de 25 puntos, por cuanto que VACUETTE ESPAÑA S.A.U (denominación de la recurrente en la licitación) obtuvo solo 18,75 en la valoración de cada uno de los cinco sublotes. El recurso, en todo momento se compara con BECTON DIKINSON, S.A, que fue la otra evaluada, y que llegó a los 32,5 puntos.

Pues bien, para el presente debate es preciso prestar especial atención al siguiente mandato, como lex contractus, como corolario de la 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 sublote (si así está dividido) para no ser excluido del procedimiento para dicho lote.”*

Esta es una condición de la licitación de la que debemos partir, por firme y consentida, y la misma deja claro que esa puntuación mínima debe ser para cada producto de los sublotes, de existir estos. Dicho de otra forma, si en un sublote no se consigue esos 25 puntos tal cláusula ampararía la exclusión.

Ratifica lo dicho que se concibieron los lotes de forma que se debía ofertar para todos los sublotes, allí donde hubiera estos. Así resulta de la siguiente respuesta dada por el órgano de contratación, publicada en la 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 Gestión Integrada del Servicio Gallego de Salud”, 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.*

Respuesta: *“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”.*

Es decir, que en los lotes donde había sublotos no cabía presentar una proposición que no incorporara alguno de esos productos de los sublotos, por lo que es coherente que tampoco fuera posible la continuación en el procedimiento si en uno de esos no se conseguía la puntuación mínima.

Por lo tanto, procede organizar la resolución de este recurso analizando cada uno de los sublotos, de forma que si en alguno de ellos no existen razones para revocar la consideración de no se consiguieron los 25 puntos, ya no cabría anular la exclusión y, por lo tanto, estimar el recurso.

Comenzando entonces tal análisis por el sublote 1, *“Contenedor de orina de 100-120 ml, con dispositivo de transferencia”*, donde se le atribuyó una puntuación de 18,75 puntos, por lo tanto 6,25 puntos por debajo de lo necesario para continuar en la licitación.

Entonces, la primera observación es la siguiente. Como vimos, había cuatro subcriterios o ítems a valorar, de los que podemos decir:

- la valoración del cuarto, *Visibilidad: grado de transparencia. 0-10 puntos*, no es cuestionado para ninguno de los sublotos por el recurrente.
- en el subcriterio 3, *Presentación del artículo (envasado unitario, claridad instrucciones de uso). 0-10 puntos*, el recurso solo cuestiona la parte evaluación de los sublotos 3 a 5, referidos a los tubos.
- en el subcriterio 2, *Optimización/aprovechamiento de la muestra. 0-10 puntos*, también solo se critica en lo referente a los 3 y 4, también sobre tubos.

Dicho de otra forma, respecto del sublote 1, referido a un contenedor recordemos, solo se cuestiona la evaluación de tal producto respecto del ítem primero: *“Cierre hermético: se valorará la ausencia de pérdida de contenido en cualquier posición. 0-25 puntos”*. Entonces, según lo visto, si en la evaluación de este ítem de este contenedor del sublote 1 no existen razones para revocarla, el recurso debe ser entonces desestimado, por inviabilidad de conseguir la anulación de la exclusión.

No por ser conocido debemos dejar de recordar que la evaluación entra dentro de la discrecionalidad técnica, donde este TACGal solo puede revocar si se incurrió en

arbitrariedad u otra institución invalidante a efectos de la dimensión revisora hasta la que puede llegar este Tribunal.

También trasladar que la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 1 de febrero de 2018, asunto T-477/15, 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. Añade además 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, Evropaiki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, no publicado, EU: C: 2012: 617, párrafo 21).

En todo caso, centrados ya en este punto del debate, respecto de este subcriterio1, *“Cierre hermético: se valorará la ausencia de pérdida de contenido en cualquier posición”*, del sublote 1, el recurso expresa que no se valoró que el contenedor presentado tenía doble rosca y muescas, cuando sí se consideró para BECTON DICKINSON, S.A. (BECTON, en adelante).

El informe del órgano de contratación considera (con imágenes que muestran su relato):

*“El contenedor presentado por la empresa Becton Dickinson, S.A., (en adelante Becton) dispone de un diseño, con “muescas” o estrías muy definidas y pronunciadas que consiguen un encaje rápido, al primero intento, y aunque la tapa no esté totalmente alineada al frasco, al hacer la manipulación necesaria para el cierre, encaja sin ningún tipo de problema a la primera, a diferencia del presentado por Vacuette España, S.A.U., (ahora GREINER) cuyo diseño de rosca presenta “muescas” más tenues y para poder cerrarlo de manera correcta se tiene que alinear el frasco con la tapa, de no hacerlo así, se produce frecuentemente un cierre en falso.*

*Con respecto a la pérdida de contenido, una vez cerrado el contenedor, en las pruebas realizadas se comprueba que con el artículo presentado por la empresa recurrente, hace falta asegurarse de que el frasco está enroscado totalmente, al 100%, mientras que con el presentado por Becton aunque no se consiga ese enroscado total (hasta el tope) no presenta pérdidas.*

*Así pues, la diferencia de valoración no está relacionada con la presentación o no de la doble rosca sino con el diseño de esta, es decir, con el diseño de la rosca de la tapa y con el diseño de la rosca del frasco.*

*Por último, y respecto de las “muescas” que tiene el contenedor para su sujeción durante el cierre, el de la empresa Becton, aparte de presentar “muescas” más definidas en la tapa, presenta también “muescas” verticales en el frasco (ausentes en el de GREINER), lo que facilita su agarre.”*

Por lo tanto, no existiendo elementos para considerar arbitrario este razonamiento, en base a lo dicho no cabe revocar la exclusión por cuanto ya en el sublote 1 de este lote 8 no se conseguiría el mínimo de los 25 puntos, siendo esto suficiente para amparar aquí tal decisión.

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

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por GREINER BIO-ONE ESPAÑA, S.A.U. en su escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación contra la exclusión por la mesa de contratación de su oferta para el lote 8 de la contratación de un suministro sucesivo de material sanitario desechable para recogida de fluidos y muestras, y material cortante y punzante con riesgo biológico para los centros sanitarios de las estructuras organizativas de la gestión integrada del Servicio Gallego de Salud, expediente MI-ASF1-18-001.

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.