

Recurso nº 9/2018

Resolución nº 7/2018

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

En Santiago de Compostela, a 11 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por R. I. B. actuando en nombre y representación de BECTON DICKINSON S.L contra la exclusión de su oferta al Lotes 2, 5, 6, 7 y 8 en la licitación del Servicio Gallego de Salud del suministro sucesivo de material de punción con dispositivo de seguridad con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Gallego de Salud (expediente MI-SER1-17-019), este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TAC GAL, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por Resolución de 19 de julio de 2017 de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, se anunció la licitación del suministro sucesivo de material de punción con dispositivo de seguridad con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Gallego de Salud (expediente MI-SER1-17-019), con un valor estimado declarado de 19.548.004,86 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 22.7.2017 y en el perfil del contratante el 24.7.2017.

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 (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- La Mesa de Contratación, en su reunión de 20 de marzo de 2018 acordó excluir del procedimiento de contratación a oferta de BECTON DICKINSON S.A. a los lotes 2, 5, 6, 7 y 8 por no superar la puntuación mínima de 22,5 puntos en los criterios no evaluables de forma automática y exigida en el apartado 11 de la hojas de especificaciones (carátula).

Tal acuerdo fue comunicado por correo electrónico de 26 de marzo de 2018, que adjuntaba como documentos anexos el Informe Técnico de Valoración y Notificación de la exclusión.

En ese correo electrónico, junto a transcribir la causa de la exclusión acogida por la Mesa, informa de las impugnaciones posibles, incluido el recurso especial en materia de contratación.

A mayores, el recurrente alude a que el 3 de abril de 2018 presentó solicitud de acceso a la documentación obrante en el expediente, con el objeto de conocer la realidad de su exclusión de los lotes y expediente de referencia, y que recibió contestación, en fecha 10 de abril de 2018, por la que se otorgaba el acceso a la documentación solicitada, citándosele estos efectos para el día 12 de abril de 2018, a las 11:00 horas.

Cuarto.- Este recurso fue presentado ante el TACGAL el 17 de abril de 2018.

Quinto.- Con fecha 18.4.2018 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 27.4.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 30.4.2018, recibéndose alegaciones por GREINER BIO-ONE ESPAÑA S.A.

Séptimo.- El 23 de abril de 2018 el TACGAL adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, respecto de los lotes impugnados.

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 a 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 material contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Se impugna la exclusión de la licitación por quién fue destinatario de esa decisión, por lo que es obvia la legitimación del recurrente.

Cuarto.- Este recurso fue presentado ante el TACGAL el 17.4.2018. Dado que el acuerdo de exclusión fue en fecha 20.3.2018 y comunicado al aquí impugnante el 26.3.2018, se entiende presentado el recurso en plazo.

Quinto.- La licitación tiene valor estimado declarado de 19.548.004,86 euros, respecto de una contratación de suministro. Dentro de la misma, se impugna un acuerdo de exclusión, concretamente, en relación a los lotes 2, 5, 6, 7 y 8, por lo que la actuación es recurrible al amparo del artículo 44.1) a) y 2.b) LCSP.

Sexto.- Según la recurrente el acuerdo de exclusión es insuficiente en cuanto a su motivación, pero seguidamente reconoce que fruto del acceso concedido al expediente pudo conocer los aspectos que tratan de refutarse en el presente recurso. Alega, por lo tanto, una incorrecta valoración de su oferta, en base a los argumentos que luego reproduciremos.

Séptimo.- El órgano de contratación expresa que en ningún momento se vulneraron los principios de la contratación pública, así como que la oferta no se excluye por no ajustarse a los requerimientos de los pliegos, sino por no conseguir la puntuación mínima, lo que no sucedió sólo con esta recurrente. Señala también que la valoración deriva de la prueba de los productos, más fidedigna que la mera información técnica. Logo desglosa cada uno de los lotes y su puntuación como posteriormente explicaremos.

Octavo.- GREINER BIO-ONE ESPAÑA S.A. había concurrido al procedimiento como VACUETTE ESPAÑA S.A.

En su escrito de alegaciones solicita que se confirme la exclusión porque BECTON DICKINSON S.A. al aceptar los pliegos, asumió los criterios y elementos de valoración que ya exponían nos mismos, ni solicitó ninguna aclaración.

Expone que en lo relativo al criterio de Calidad Técnica del producto y del Dispositivo de Seguridad, el comité explicita y evalúa hasta un total de diez elementos de juicio, agrupados nos distintos subcriterios enunciados y en el criterio Prueba de Producto, hasta seis elementos de juicio, lo que ratifica la corrección de la evaluación efectuada.

Octavo.- Como es sobradamente conocido, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) contienen los pactos y condiciones que determina los derechos y obligaciones de las partes, constituyendo la ley del contrato. En palabras del Tribunal Supremo los pliegos de condiciones constituyen “lex contractus” con fuerza vinculante para los licitadores que toman parte en la licitación y el órgano convocante. La presentación de la proposición implica el conocimiento y aceptación de las condiciones y requisitos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas

En virtud de esto, los licitadores deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos y caso de no hacerlo pueden ser excluidos de la licitación.

En el caso que nos ocupa el Anexo VII del PCAP recogía:

Metodología de evaluación, calidad técnica y prueba de producto de la contratación por procedimiento abierto, del suministro sucesivo de jeringas y material

de punción con dispositivo de seguridad, con destino a las estructuras de gestión integrada del Servicio Gallego de Salud

Para la realización de la evaluación de los criterios en el valorables de forma automática relativos a este expediente, se procederá de la siguiente forma:

1. La evaluación de la calidad técnica del producto y del dispositivo de seguridad será realizada por los profesionales sanitarios que forman parte del Grupo Técnico de este expediente.

2. La evaluación de la prueba de producto se realizará por 7 grupos de valoración constituidos por profesionales sanitarios, uno por cada Estructura de Gestión Integrada del Servicio Gallego de Salud.

Cada producto será evaluado por 3 grupos de los anteriormente citados.

La puntuación final resultante en cada criterio corresponderá a la media aritmética de los valores obtenidos.

En función de los subcriterios que se vayan a valorar dentro de cada criterio, se establecen diferentes metodologías de evaluación:

1. Subcriterios evaluables en la práctica clínica y que corresponden a juicios de valor.

Con el fin de conocer el grado de conformidad del encuestado con respecto al criterio analizado, se utilizará una escala de Likert de 5 niveles: no aceptable como mejora, aceptable, bueno, muy bueno y excelente. Para cada ítem y nivel se establece una puntuación de 0%, 25%, 50%, 75% y 100% de la puntuación máxima del ítem, respectivamente.

Por lo tanto, esas determinaciones de valoración forman parte de esas condiciones que el recurrente aceptó, como "lex contractus" al presentarse a la licitación, sin impugnarlo.

Por otra parte, en el informe técnico sobre los criterios no evaluables de forma automática expresa seguir los pliegos cuando indica que se valoraron las ofertas

admitidas para cada lote, previa comprobación del cumplimiento de las características técnicas de obligado cumplimiento establecidas en el PPT, conforme a los criterios de calidad técnica del producto previstos en el apartado 11.1.1) de la hoja de especificaciones del Pliego Modelo de Cláusulas Administrativas, y que fueron evaluados los productos de acuerdo a la metodología que se recoge en el Anexo VII del citado pliego.

Añade que los criterios de valoración no automáticos para la oferta técnica eran hasta 45 puntos repartidos en dos apartados:

1. Calidad técnica del producto y del dispositivo de seguridad (La): hasta 21 puntos

2. Prueba de producto (B): ate 24 puntos, recogiendo que la puntuación obtenida en este apartado, de acuerdo con Anexo VII de Metodología de prueba de producto es el resultado del promedio de las puntuaciones de tres grupos evaluadores.

Como es incontrovertido, las ofertas deberán alcanzar el umbral mínimo de 22,5 puntos para continuar el proceso selectivo.

Si, en ese informe, acudimos a la parte de valoración del lote 10 observamos que tuvieron en cuenta una multiplicidad de aspectos, por lo que unido a que, según vemos, la evaluación de la prueba de producto se realizó por 7 grupos constituidos por profesionales sanitarios, de forma que cada producto fue evaluado por 3 grupos de estos, se puede observar una evaluación idónea. Recordemos que, dentro de esas condiciones de licitación aceptadas, estaba además la utilización de una escala de Likert de 5 niveles: no aceptable como mejora, aceptable, bueno, muy bueno y excelente, de forma que para cada ítem y nivel se establecía una puntuación de 0%, 25%, 50%, 75% y 100% de la puntuación máxima del ítem, respectivamente.

Todo esto determina las puntuación dadas en el Informe técnico derivaran de un proceso de valoración pormenorizado, donde se explicaron los aspectos a los que atendieron, siendo estos múltiples, unido a la escala utilizada, y todo esto trasladado para el conocimiento de los licitadores.

De todas formas, como expresamos, el recurrente parece reconocer que sabe cuáles son los concretos motivos de su valoración, por lo que su recurso va destinado, en realidad, a refutar a misma, entrando en el campo de la discrecionalidad técnica, que ahora abordaremos: *“fruto del referido acceso, pudo conocer, mi representada, los aspectos que, en definitiva, vienen a refutarse en el presente escrito de recurso, por cuanto, referidos a una incorrecta valoración de nuestra oferta, resultaron perjudiciales determinando la impugnada resolución de exclusión”*.

Así, el informe remitido por el órgano de contratación hace descartar la arbitrariedad cuando se explica que:

Lote 2:

Respecto a la referencia del recurrente a que en relación en la "calidad técnica del producto y del dispositivo de seguridad", si les deberían puntuar la característica de "innovación en el diseño del mecanismo de seguridad o del producto que suponga mejoras en relación a las especificaciones y funcionalidades mínimas", ya que la Jeringa para gasometría BD Preset posee un diseño innovador en el mecanismo de seguridad que permite el apoyo del dedo con el que se acciona dicho mecanismo, el informe argumenta que el Grupo Técnico no consideró que la característica que indica la recurrente se pueda considerar cómo innovadora, entendiéndose que constituye más bien la manera de utilizar el dedo de la mano para activar el mecanismo de seguridad, y que no acerca ningún valor añadido al dicho mecanismo o al producto, que suponga una mejora destacable. A mayores, respecto de su opinión sobre la aguja de SMITHS MEDICAL el informante explica que un segundo elemento no es una segunda mano. Técnica que por otra parte es muy habitual en muchos de los sistemas de seguridad para proteger la aguja y que resulta totalmente válido en la práctica.

Sobre la valoración de "la activación del mecanismo no genera riesgos para el trabajador", tal informe acredita que para los grupos de valoración ninguno de los dos mecanismos, tanto lo de BECTON como lo de SMITHS, generan riesgos para el trabajador y por eso los dos fueron valorados con idéntica puntuación.

El recurrente sobre el criterio que valora que "el uso del dispositivo no modifica la forma de realizar la técnica" alega que sí se consideró que el mecanismo de seguridad de la aguja ofertada por SMITHS MEDICAL, S.R.L., sí modificaba la realización de la técnica, debería darle 0 puntos, resultando, así, un total de 2 puntos con relación a esta característica y no 2,67, pero el informe explica la puntuación debería ser 3 puntos porque los tres grupos consideraron que el uso del dispositivo de Smiths Medical no modificaba la forma de realizar la técnica y la puntuación de 2,67

es un error y por tanto la puntuación de ese licitador en ese subcriterio debería ser de 3 puntos.

Con respecto a los subcriterios de modificación del modo de realizar la técnica y de tapón que permita la eliminación del espacio muerto sin posible salpicadura y contaminación, tal escrito del órgano de contratación explica que en estos ítems se le dan 0 puntos a la recurrente ya que los grupos de valoración consideraron que modifica la forma de realizar la técnica y también que el tapón no sella adecuadamente la salida de sangre al purgar el aire residual.

Lotes 5, 6 y 7:

Alegaba el recurrente que la puntuación otorgada a BECTON DICKINSON, S.A., en relación a la “calidad técnica del producto y del dispositivo de seguridad” para con los Lotes N° 5, 6 y 7, fue exactamente igual que la recibida por VACUETTE ESPAÑA, S.A., con la única excepción de que en los Lotes N° 5 y 6 y en relación al criterio de “Ausencia de FTALATOS y PVC”, VACUETTE ESPAÑA, S.A., recibe 1 punto, cuando ese mismo criterio, y para la misma mercantil, recibe 0 puntos en el que respeta al Lote N° 7.

Explica el informe que ficha técnica del lote 7 de VACUETTE se indica la presencia de PVC, pero no sucede lo mismo en los lotes 5 y 6 por lo que el Grupo Técnico considera que no contiene dicha sustancia.

Por otro lado, la recurrente manifiesta que “el mecanismo de seguridad de los productos ofertados para estos lotes puede activarse antes de ser retirado del lugar de punción”, y para ese informe en los lotes, 5, 6 y 7, los profesionales sanitarios en la prueba del producto consideraron que dada la difícil manipulación del producto ofertado por la recurrente el mecanismo de seguridad no puede ser activado antes de ser retirado del lugar de punción. El mecanismo de seguridad tiene que ser activado manualmente, no es automático, por lo que la aguja se tiene que proteger necesariamente fuera del cuerpo del paciente.

Respeto a afirmación del recurrente de que “la activación del mecanismo de seguridad puede realizarse con una sola mano y permitiendo que las manos del usuario estén siempre por detrás del objeto punzante”, y que no entiende que había sido valorada con un 0 cuando el mecanismo de seguridad se puede activar con una sola mano, el informe explica que los profesionales mantienen que no es posible activar el mecanismo de seguridad con una sola mano por lo ya indicado. Se

necesitan las dos manos, una para sujetar la palomilla y otra para deslizar el dispositivo de seguridad sobre la aguja.

En cuanto a la “Adaptabilidad de la campana a los tubos de extracción” comenta el informe que las campanas de extracción tienen que ser válidas para adaptarse a todos los tubos por igual independientemente de quién sea el fabricante de los mismos y sobre las características de que “no modifica la técnica, no requiere mayor tiempo y no genera más riesgos” expresa que aquí se valoró no sólo el llenado de los tubos sino la técnica de extracción en sí misma y dos de los grupos de valoración consideran que sí les modifica la técnica porque manifiestan que las aletas de sujeción son pequeñas, rígidas y se van hacia atrás.

Lote 8:

De la lectura del recurso se deduce, según tal informe, que la empresa se considera arbitrariamente valorada sólo en aquellos lotes en que su oferta no alcanza la mejor puntuación y para defender esta afirmación compara, sistemáticamente, su producto con el presentado por las empresas que fueron las mejor valoradas en los lotes en los que fue excluida, cuando la valoración de los productos no se hizo por comparación.

Añade que como se puede comprobar en las hojas de especificaciones del pliego modelo de cláusulas administrativas, no hay mucho margen de interpretación subjetiva en los subcriterios utilizados para valorar las ofertas presentadas a los distintos lotes en que se divide el expediente de contratación y la valoración se limita prácticamente en casi todos los casos a comprobar si el producto cumple o no cumple con esas características valorables. En cuanto a los subcriterios en los que la metodología empleada para valorarlos se sustenta en un juicio de valor, emitido tras la prueba de producto, son los relativos a aquellos aspectos que van enfocados a evaluar cómo se comporta el producto, en su uso clínico habitual, tenga el producto sistema de seguridad o no, respetando los procedimientos de trabajo y la idiosincrasia de cada centro.

Las puntuaciones obtenidas en este apartado, de acuerdo con el Anexo VII de Metodología de prueba de producto y como se recuerda en el Informe Técnico de valoración, es el resultado del promedio de las puntuaciones de tres grupos de valoración pertenecientes a las distintas Estructuras Organizativas de Gestión Integrada (EOXI).

De especial interés para este caso tiene la Resolución TACRC 854/2017 por su similitud de enjuiciamiento con nuestro caso. Se impugnaba una exclusión en una licitación del Servicio Gallego de Salud (derivado del momento temporal previo a la puesta en funcionamiento de este TACGAL) precisamente referida el suministro sucesivo de jeringas y material de seguridad, con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Gallego de Salud, convocada por la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud. Las similitudes no finalizan ahí pues los recurrentes de ese caso y que nos ocupa tenían direcciones impugnatorias asimilables frente una misma dinámica de valoración y exclusión por no llegar al umbral mínimo. Pues bien, el TACRC hace las siguientes consideraciones, también exportables para este supuesto:

“El recurso se dirige contra la valoración de los criterios cuya apreciación queda sujeta a un juicio de valor, habiendo sido excluido el recurrente por no alcanzar el umbral mínimo. Los argumentos que esgrime son de dos órdenes:

a. Argumentos técnicos. Considera en suma que su producto merecía una mayor puntuación técnica que le hubiera permitido superar el umbral de 22 puntos. Sin embargo, la cuestión así planteada, teniendo en cuenta el método de valoración de “prueba de producto”, en mérito a la cual diversos grupos de profesionales pertenecientes a los servicios que van a usar el suministro, prueba y evalúan el productos, debe ser resuelta sobre el principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación. Como es sabido, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. Asimismo, por lo que se refiere a los informes técnicos en que se basa la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor, también es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas resoluciones nº 456/2015 y las que en ella se citan, que: “...para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación”.

b. Por lo que a la falta de motivación del informe técnico, no puede ser admitida la alegación. El informe técnico incluye la puntuación de los subcriterios, y el anexo VIII del PCAP contiene la metodología de valoración. Ésta consiste, en los criterios

indicados en los antecedentes, en una evaluación de prueba realizada por tres grupos de valoración constituidas por profesionales sanitarios. Es decir, el informe de valoración técnica ofrece la media aritmética de los valores obtenidos en esas valoraciones de los grupos. Se indica en el pliego que se utilizará la escala de Likert y se especifican los tramos. Así las cosas, y, tal y como señala el órgano de contratación, no habiendo sido recurridos los pliegos, no puede atribuirse al informe técnico falta de motivación, puesto que, de acuerdo con el pliego, se tiene conocimiento que la motivación consiste en la media de la puntuación que otorgan los grupos de trabajo y la participación en la licitación supone la aceptación incondicional de los pliegos, artículo 145 TRLCSP.”

La reciente 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. 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).

Décimo.- Dicho lo anterior, las cuestiones concretas en las que entra el recurso manifestando que merecía una mejor valoración, se incluyen dentro de la discrecionalidad técnica, sin que se aporten elementos que puedan hacer entender que se excedió de la misma, que se incurrió en arbitrariedad o otra institución invalidante a efectos de la dimensión revisora hasta la que puede llegar este Tribunal.

Como recoge, por citar una, la resolución 91/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, TARCCYL:

“La doctrina de la discrecionalidad técnica se ha acogido plenamente por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (a título de ejemplo, puede citarse las Resoluciones 18/2013, de 11 de abril, 6/2014, de 16 de enero, 81/2014, de 20 de noviembre, 61/2015, de 24 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, la Resolución 197/2013, de 29 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o la Resolución 118/2013,

de 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Ello supone que, 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 como las antes apuntadas (aspectos formales de la valoración -como las normas de competencia o de procedimiento, por ejemplo-; que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios; o que se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla). Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.“

Efectivamente, estamos ante una doctrina uniforme en los Tribunais administrativos de recursos contractuais, que el TACGAL asume plenamente.

Por citar alguna actual, la resolución 159/2018 TACRC, explica:

“ Así se ha señalado por este Tribunal que cuando se trata de revisar los criterios aplicados por el órgano de contratación que se refieren a cuestiones estrictamente técnicas la revisión solo puede realizarse cuando i) existen defectos formales; ii) se hayan aplicado criterios no contenidos en los pliegos, arbitrarios o discriminatorios; iii) adoleciera de errores materiales palmarios y manifiestos. Lo que en ningún caso cabe es la sustitución del criterio técnico de la Administración por el del órgano revisor, por exceder tal actuación del ámbito de su competencia.”

De igual forma, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC/KEAO), en su resolución 131/2017:

“El recurrente alega que el poder adjudicador (en concreto, el informe técnico que sustenta el acto impugnado) no ha valorado correctamente su oferta, excediéndose del margen que le concede la discrecionalidad técnica. Sobre esta cuestión, el OARC / KEAO se ha manifestado en numerosas ocasiones (ver, por todas, la Resolución 99/2017) señalando que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que,



conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

Teniendo en cuenta el alcance del análisis que puede realizar este Órgano, debe señalarse que para considerar que la valoración está suficientemente motivada (de modo que sobre ella puede ejercerse el control de legalidad que es propio del recurso especial) deben constar los aspectos concretos de la oferta relevantes para la evaluación, el juicio crítico que merecen tales aspectos y la puntuación que corresponde, debiendo todo ello ser coherente (ver, por ejemplo, la citada Resolución 99/2017).

A la vista de estos parámetros, se considera que el recurso no acredita la existencia de infracción legal alguna en la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de Contratación, la cual se basa en el informe técnico suscrito por el Área municipal correspondiente. En particular, la Administración ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica y ha aportado una motivación adecuada y suficiente del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en los pliegos que rigen la licitación, respetando los principios aplicables, en especial los de igualdad de trato y oferta económicamente más ventajosa, y basándose en un contraste de las características de los servicios ofertados. A partir de esa base, no cabe, como solicita la pretensión, que este OARC / KEAO revise, de acuerdo con los argumentos del recurso, las puntuaciones otorgadas en aplicación de los criterios de adjudicación. Aceptar tal solicitud equivaldría pura y simplemente a elaborar una evaluación alternativa a la del poder adjudicador, función que, como ya se ha señalado, excede de las competencias de este Órgano, y supondría además colocar en paridad el juicio emitido por personal de la Administración, experto en la materia y cuya objetividad se presupone, y el criterio del recurrente, necesariamente parcial, aunque esté apoyado en opiniones de terceros.”

Por último, para cerrar esta singladura por resoluciones actuales que muestran que la doctrina descrita no sólo es uniforme, sino actual, traemos la misma línea en el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, en su resolución 54/2018:

“Así, a juicio de este Tribunal, las pretensiones por parte de la recurrente cuando señala que se ha realizado una valoración incorrecta supone una valoración paralela y alternativa a la de él órgano de contratación a la hora de enjuiciar la oferta de las entidades licitadoras que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro de él principio de libre apreciación, pero que, como se ha señalado en el puede prevalecer sobre él criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en él supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad lo falta de motivación.

(...)

En suma, este Tribunal no aprecia arbitrariedad, falta de motivación ni error material en la actuación de la comisión técnica y, por ende, de la mesa o del órgano de contratación. A este respecto, siendo la cuestión eminentemente técnica, el Tribunal no puede sustituir, como ya se ha señalado, con criterios jurídicos esas valoraciones técnicas, máxime cuando se han cumplido los requisitos procedimentales, y no resulta acreditado que se hayan superado los límites de la discrecionalidad ni, por otra parte, los términos y alegaciones en que se funda el recurso desvirtúen la presunción de certeza de que goza el juicio técnico del órgano evaluador.”

En realidad, tal doctrina no es sino acatamiento de lo que también recogen los Tribunales judiciales de la orden contencioso-administrativa, que aporta consideraciones relevantes como cuando la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30.5.2013, recurso 97/2012:

“La controversia estaba clara y los términos controvertidos de ambas partes muy definidos y por ello nos encontramos ante dos consideraciones técnicas contrarias que a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su practica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimientos “ad hoc” del Tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente al mero del perito de parte.”

Esta reflexión también está presente en los Tribunales administrativos, como es en el acuerdo 7/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“Finalmente, es necesario recordar que la carga de la prueba (el «onus probandi») corresponde al recurrente. Quien invoca algo que rompe la base o fundamento sobre el que se postula un enunciado, debe probarlo («affirmanti incumbit probatio»): Pues en el procedimiento, la titularidad de la carga de la prueba la tiene la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, sin que en el presente caso se pueda constatar este hecho.”

En definitiva, no se aportan a este Tribunal elementos para apreciar que hubiera habido un error patente, una aplicación arbitraria o desigual, o infracciones formales, por lo que los alegaciones vertidos responden entonces a una diferencia de criterio del impugnante frente a la valoración efectuada por quien tiene la competencia para esto, lo cual excede del carácter revisor del enjuiciamiento que, en estos debates, corresponde al TACGAL.

Por todo el 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 BECTON DICKINSON S.L. contra la exclusión de su oferta al Lotes 2, 5, 6, 7 y 8 en la licitación del Servicio Gallego de Salud del suministro sucesivo de material de punción con dispositivo de seguridad con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Gallego de Salud (expediente MI-SER1-17-019).

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 a misma cabe interponer recurso ante la Sala del contencioso-administrativo de él 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 el 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.