

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 29 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por doña B.S.L., en nombre y representación de Teleflex Medical, S.A., contra los Pliegos rectores del Acuerdo Marco para el “Suministro de grapadoras de piel y quitagrapas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud y centros de atención primaria”, con Expediente nº PA SUM-29/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 y 27 de octubre de 2017, se publicó en el DOUE y en el Portal del Contratación de la Comunidad de Madrid el anuncio por el que se hace pública la licitación, poniéndose los Pliegos a disposición de los interesados. La convocatoria también se publicó en el BOE el día 31 de octubre de 2017 y en el BOCM de 2 de noviembre de 2017. El Acuerdo Marco está dividido en dos lotes para el suministro de dos productos declarados por Orden 327/2017, de 6 de abril, del Consejero de Sanidad, de compra centralizada, mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios, todos ellos objetivos, con entrega de muestras y precios

máximos unitarios. El valor estimado del contrato asciende a 2.141.334 euros y su plazo de ejecución es de 24 meses, con posibilidad de prórroga.

Segundo.- De acuerdo con el punto 5.2 e) de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establece que en relación con la solvencia técnica los licitadores deberán presentar:

“a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.

Se entiende que estos tres criterios deben cumplirse de forma acumulativa y obligatoria.”

Exigiendo en relación con el apartado e) que para acreditar ese criterio de selección *“b) Muestras, descripciones y fotografías. Se presentarán en un sobre o embalaje identificado como “MUESTRAS”, indicando en el mismo los datos correspondientes al número de referencia del procedimiento al que licitan, con su respectiva numeración y denominación, nombre y apellidos del licitador o razón social de la empresa y su correspondiente NIF o CIF. Cada muestra deberá llevar indicado el número de lote y orden al que corresponde”.*

En relación con los criterios de adjudicación, dispone en el apartado 8 de la

cláusula 1 del PCAP que serán dos, ambos objetivos, correspondiendo al precio el 80 % y a las características técnicas el 20 % restante. La asignación de puntos se efectuará para cada lote, de acuerdo con los siguientes cuadros:

II.A) Para el lote 1: Criterio Puntuación

“Las grapas están recubiertas con teflón, lubricante que mejora la penetración de la grapa y facilita su extracción SÍ: 10 puntos NO: 0 puntos

Cabezal en ángulo transparente para una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel SÍ: 5 puntos NO: 0 puntos

Empuñadura ergonómica diseñada para manos pequeñas, con una separación máxima entre sus mangos en el punto más distal de 8 cm SÍ: 5 puntos NO: 0 puntos”

II.B) Para el lote 2: Criterio Puntuación.

“Al proceder al cerrado total del quitagrapas, se produce la total apertura y separación de los extremos de la grapa que hay bajo la piel, facilitando su retirada SÍ: 10 puntos NO: 0 puntos

La mordaza inferior de la boca de acero inoxidable finaliza en una lengüeta redondeada SÍ: 5 puntos NO: 0 puntos

Envasado individual, estéril, termosellado, con apertura de pestaña SÍ: 5 puntos NO: 0 puntos.”

Tercero.- Con fecha 17 de noviembre de 2017, Teleflex Medical S.A.U. (en adelante TELFLEX), interpuso ante el Tribunal el recurso administrativo especial en materia de contratación contra el PCAP por el que ha de regirse el contrato, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

El mismo día se requirió al órgano de contratación el expediente administrativo y el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que

cumplimentó el 27 de noviembre de 2017.

La recurrente solicita la anulación del PCAP por considerar la excesiva ponderación del criterio precio, deficiente la configuración de los restantes criterios evaluables mediante fórmula por la ausencia de ponderación intermedia en su valoración y por vulneración del secreto de las proposiciones al exigir la entrega de fotografías, muestras y descripciones de los productos como medio de acreditación de la solvencia técnica.

Por su parte el órgano de contratación en su informe, señala que los pliegos son ajustados a derecho, y que la suspensión del procedimiento de la licitación acarrea perjuicios de imposible o difícil reparación, y al amparo del art. 47.5 del TRLCSP, aprecia temeridad y mala fe en la presentación del recurso, por lo que solicita se acuerde la imposición de la multa correspondiente a la recurrente.

Cuarto.- No se ha procedido a conceder el trámite de audiencia previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP en tanto no constan en el expediente otros interesados al concluir el plazo de presentación de ofertas el 1 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de TELEFLEX, al tratarse de una persona jurídica, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, por ser una empresa interesada en presentar oferta.

Así mismo resulta acreditada la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo de interposición, de acuerdo con lo establecido en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP, cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales el cómputo del plazo iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se dispone en el artículo 158 del texto refundido.

Habiéndose publicado la convocatoria el día 25 de octubre en el DOUE y puesto los pliegos a disposición de los licitadores el día 27 del mismo mes, el recurso presentado el día 17 de noviembre, se interpuso en plazo.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el PCAP de un Acuerdo Marco de suministro sujeto a regulación armonizada que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se contrae a determinar, en primer lugar, si el contenido y ponderación de los criterios de valoración resulta conforme a derecho

En primer lugar alega la recurrente que el PCAP que rige la contratación establece que la adjudicación se llevará a cabo “por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, sin embargo se hace depender prácticamente por entero de la oferta económica, toda vez que la valoración del precio ofertado tiene un peso del 80% sobre el total obviando la búsqueda de una mejor relación calidad-precio.

Además alega que el método de cómputo de la puntuación aplicable en relación a este criterio se configura no sobre la oferta presentada, sino sobre el porcentaje de baja de la misma respecto del presupuesto de licitación, lo que otorga al licitador que oferte más barato un “colchón” de puntos, que luego resulta

insalvable con los 20 puntos que se otorgan en atención a los criterios técnicos.

Considera que este criterio no es el más adecuado para la consecución de una compra pública eficiente por parte de la Administración Pública, como predica el artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, contraviene el artículo 67.1 Directiva 2014/24/UE y, aunque no ha entrado todavía en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que en su artículo 131.2 prevé que la adjudicación “se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio.”

El órgano de contratación sostiene que la Administración dispone de un considerable espacio para elegir qué concretos criterios utilizará en cada caso a fin de adjudicar un determinado contrato, así como para darles el peso relativo que considere oportuno, siempre y cuando los mismos se ajusten a ciertos requisitos formales y materiales. Opone que, en este caso, los criterios responden de forma escrupulosa a lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP que responde al criterio expuesto en el último párrafo del considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE, y se ajusta a la Instrucción de la Secretaría General Técnica sobre la “Contratación Pública de la Consejería de Sanidad y sus organismos autónomos, empresas y entes públicos adscritos”, que señala que en los Acuerdos Marcos de Servicios y Suministros se seguirá lo establecido por la Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio estableciendo la aplicación de la siguiente fórmula:

$$PL = 70/80 \times BL/BM$$

PL= puntuación otorgada al licitador

Bm=mayor baja de todas las presentadas

BL= baja del licitador

Baja=precio de licitación-oferta económica del licitador

Como reiteradamente ha manifestado este Tribunal, en cuanto a la fijación de los criterios de adjudicación, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación, como la

determinación de las reglas de ponderación de los mismos, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de los encargados de la valoración. Todo ello en garantía del principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 109.4 del TRLCSP, corresponde al órgano de contratación determinar y justificar los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

En este caso, comprueba el Tribunal que el PCAP establece una pluralidad de criterios conjugando el precio y otros aspectos relacionado con la calidad del producto para los dos lotes, todos ellos valorables mediante aplicación de fórmulas lo que sin duda resulta conforme a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar, tal y como establece la normativa aplicable y los considerandos 89 y 90 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

El artículo 150 del TRLCSP permite que el órgano de contratación establezca, uno -en ese caso siempre deberá ser el precio- o varios criterios de adjudicación y solo exige que se *“detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”* y que *“se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de*

la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.”

A la vista de lo cual se considera que la atribución al criterio precio del 80% de puntuación es adecuada toda vez que está justificada por el tipo de contrato - suministros-, proporcional en función de la baja ofertada y responde a las necesidades que corresponde determinar al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 22 ,109 y 150 del TRLCSP, como es obtener el menor precio y/o el mayor volumen de unidades al fijarse precios unitarios.

En cuanto al resto de criterios objetivos alega la recurrente que se han configurado deficientemente y de forma dicotómica (cumple/no cumple) sin que sea posible la valoración de características intermedias a pesar de que se refiere a aspectos que no son absolutos, ej. “facilidad en la retirada”, “empuñadura ergonómica”, “manos pequeñas” en contradicción con lo establecido en el artículo 150.4 del TRLCSP. Cita a su favor el Acuerdo 35/2015, del TRLCSP de 17 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Por su parte el órgano de contratación reitera la facultad del órgano de contratación para la determinación de los criterios de adjudicación conforme al artículo 86 y 150 del TRLCSP y sostiene que los criterios objetivos marcados en el PCAP, con carácter dicotómico (Sí/No) encajan perfectamente en el texto y espíritu del TRLCSP, ya que son muy claros y objetivables, todos y cada uno de ellos (lote 1 y lote 2) y porque la norma no obliga a que la puntuación sea en una escala que en todo caso, será discrecional. Añade que la entrega de muestras está prevista para comprobar el cumplimiento de los requisitos mínimos fijados en el PPT y para la valoración de los criterios técnicos definidos en el PCAP para cada uno de los lotes porque el órgano de contratación prefiere que cumplan unas determinadas cualidades, en beneficio de los profesionales y de los pacientes, que están relacionados con el objeto del contrato y que suponen una mejora sin ser criterios

excluyentes ni permitir margen alguno de discrecionalidad.

Procede por tanto analizar cada uno de los aspectos valorados para comprobar si tienen relación con el objeto del contrato, que son objetivables y solo cabe una valoración excluyente cumple/no cumple, sin posibilidades intermedias.

El PPT define el objeto del contrato y sus características técnicas. Se constata a la vista de las mismas que los criterios valorables para este lote pretenden mejorar algunas de las cualidades requeridas tales como la penetración mediante el *“recubierto de teflón lubricantes”*, la visibilidad mediante cabezal en ángulo *“transparente”* y la ergonomía para manos pequeñas valorando una *“separación máxima entre sus mangos en el punto más distal de 8 cm.”*

En cuanto al LOTE 2. - Quitagrapas desechable, se comprueba igualmente que los criterios valorables pretenden mejorar algunas de las cualidades requeridas tales como la extracción *“si al proceder al cerrado total del quitagrapas se produce la total apertura y separación de los extremos de la grapa, el diseño del material finaliza en una lengüeta redondeada o el envase que se valora sea termosellado, con apertura de pestaña.”*

Todas ellas por tanto van referidas a cualidades o características no exigidas en la PPT, objetivas y que solo permiten apreciar si cumple o no, por lo que debe desestimarse el recurso por estos motivos.

Sexto.- Por último, alega la recurrente que el PCAP permite la alternativa de presentar en DEUC en sustitución la relación de documentación administrativa exigida pero en caso de no utilizar tal opción junto con el sobre nº 1 se deben aportar las muestras, fotografías de los productos y las descripciones, por tanto serian conocidas y examinas con carácter previo a la valoración de los criterios técnicos de adjudicación, lo que a su juicio genera una evidente situación de desigualdad, al tiempo que vulnera el principio de secreto de las proposiciones, tal y como ha

manifestado este Tribunal recientemente en su Resolución 315/2017, de 2 de noviembre.

El órgano de contratación se refiere a los artículos 62 y 74 del TRLCSP que regulan los requisitos de solvencia técnica y a las formas de acreditarlo si como a la doctrina de los Tribunales y Juntas Consultivas y la jurisprudencia y sostiene que el PCAP cumple los requisitos exigidos. Añade que existiendo la opción de entregar el DEUC o toda la documentación administrativa requerida, siendo ambas opciones voluntarias y a la libre elección del licitador conocidas con carácter previo, dependerá de él o no presentar las muestras sin que por tanto sea necesario desvelar ningún secreto.

Comprueba el Tribunal que el PCAP en su apartado 9 de la cláusula 1ª en relación con la documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del acuerdo marco, establece que *“El licitador deberá aportar en el Sobre 2 “Documentación Técnica” toda la documentación técnica necesaria para la correcta evaluación del producto, de acuerdo con los criterios de selección establecidos en el apartado anterior, en castellano, en original o copia que tenga carácter de auténtica, así como cualquier otra información, que en su caso resulte precisa para acreditar el cumplimiento de los requerimientos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

En este caso, las muestras requeridas y el material explicativo de su características, al contrario que en el caso de la Resolución que cita el recurrente, no se exige su aportación en el sobre nº 1 de documentación administrativa, sino en el sobre 2 “Documentación Técnica”, por lo que sea cual sea la opción elegida para acreditar los requisitos de capacidad y solvencia ningún licitador, desvelaría el contenido de su oferta. Por otro lado tampoco hay criterios subjetivos por lo que no puede influir en ningún caso en la valoración que se realice, el conocimiento de los productos.

Por lo que procede desestimar también el recurso por este motivo.

Séptimo.- Respecto a la apreciación de temeridad en la actuación de la recurrente alegada por el órgano de contratación, conviene recordar que la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, “La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”.

A la vista del contenido del recurso no cabe a juicio de este Tribunal apreciar mala fe o temeridad pues a pesar de que se trate de cuestiones ya resueltas, o desestimadas, el recurso está motivado aunque sea con una errónea interpretación de la normativa aplicable, sin que el órgano de contratación haya motivado suficientemente ni el posible perjuicio que supone la interposición del recurso ni su carácter temerario.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por doña B.S.L., en nombre y representación de Teleflex Medical, S.A., contra los Pliegos rectores del procedimiento para la contratación del Acuerdo Marco para el “Suministro de grapadoras de piel y quitagrapas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud y centros de atención primaria”, con Expediente nº PA SUM-29/2017.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.