



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

En Madrid, a 25 de mayo de 2011.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don G.B.J., como Administrador Único de la empresa BEMASCE TÉCNICA, S.L, contra la resolución de 25 de abril de 2010, por la que se excluye a la recurrente de la licitación por no alcanzar la puntuación mínima en los aspectos técnicos de la oferta, en el lote nº 24 del expediente de contratación del Hospital Universitario de Fuenlabrada, PA SUM 11/001 denominado “Suministro de material para ventiloterapia y nutrición enteral para el Ente Público Hospital de Fuenlabrada”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución 7 de febrero de 2011, de la Dirección-Gerencia del Hospital Universitario Fuenlabrada se dispuso la publicación en los boletines oficiales



Comunidad de Madrid

y en el perfil de contratante de la convocatoria del contrato de diversos contratos de suministros entre los que se encontraba “Suministro de material para ventiloterapia y nutrición enteral para el Ente Público Hospital de Fuenlabrada”, (PA-SUM 11-001), publicándose en el D.O.U.E el 22 de febrero de 2011, en el B.O.E. el 26 de febrero, en el B.O.C.M. el 21 de febrero y en el perfil de contratante el 20 de abril.

En el punto 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares, respecto de la asignación de puntuación a cada criterio de selección se establece *“De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los señalados con el/los números 8.2.1 calidad técnica del producto, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación superior a 15 puntos, en relación con los criterios que vayan a operar en la fase de selección”*.

La empresa recurrente presentó su oferta para el lote nº 24 del indicado contrato el 16 de marzo de 2011, fecha límite señalada en el anuncio de licitación. Asimismo concurrió la empresa MC Infortécnica, S.L.

En el informe de valoración técnica correspondiente al contrato de referencia se asignan a la recurrente 10 puntos, lo que le impide pasar a la siguiente fase de licitación y a MC Infortécnica, S.L., 20 puntos, motivándose la valoración del siguiente modo: *“En cuanto a la fijación al paciente el producto ofertado presentado es deficiente en comparación con la otra oferta, en relación con la característica que se solicita en el pliego técnico “Generador de nCPAP articulado”. Como consecuencia existe menos tracción sobre la nariz del paciente, contribuyendo a aumentar el riesgo de úlceras por presión en el tabique nasal por tracción de la vía respiratoria. En cuanto al tallaje presenta todos los tamaños a excepción del ultra pequeño”*.



Comunidad de Madrid

El día 15 de abril de 2011 se reúne la Mesa de Contratación para poner en conocimiento de los licitadores el resultado de la calificación de la documentación administrativa y proceder a la apertura del sobre 3 de oferta económica, indicándose en el informe remitido a este Tribunal que la representación de la mercantil excluida no realizó manifestación alguna en dicho acto. No obstante lo anterior, consta en el expediente una carta dirigida por el representante de BEMASCE TÉCNICA, S.L. en la que se solicita se emita carta explicativa con los motivos técnicos por los que han sido excluidos del lote al que concursaban y solicitando asimismo que se proceda a realizar una nueva valoración técnica, al no existir ningún requerimiento contenido en la descripción técnica de los pliegos que no sea cumplido por los productos presentados por la empresa. Dicha carta fue contestada por el Presidente de la Mesa de Contratación el 25 de abril realizando una somera explicación relativa a los requisitos del pliego.

Segundo.- El 3 de mayo de 2011 tuvo entrada en el Registro General del Hospital Universitario de Fuenlabrada, escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación contra el escrito de la Mesa de Contratación de 25 de abril de 2011, en el que tras alegar lo que consideró conveniente a su derecho, solicitaba que se revoque la resolución impugnada y se dicte otra más ajustada a derecho en virtud de la cual se declare la inclusión de BEMASCE TÉCNICA, S.L. en la licitación, y a su vez se suspenda cautelarmente el procedimiento de adjudicación las medidas provisionales oportunas conforme al artículo 313 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, del Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Tercero.- Con fecha 20 de mayo de 2011, se recibe en este Tribunal el expediente remitido por el órgano de contratación acompañado del preceptivo informe a que se refiere el artículo 316.2 de la LCSP.

Cuarto.- El día 16 de mayo de 2011 se concede al Hospital Universitario de Fuenlabrada trámite de audiencia por dos días en relación con la suspensión



Comunidad de Madrid

solicitada por el recurrente, de acuerdo con el artículo 316.3 y 313.2 de la LCSP sin que conste que hasta la fecha se haya remitido el correspondiente escrito de alegaciones. El mismo día se concede a la empresa Infortécnica, S.L., trámite de audiencia por un plazo de cinco días hábiles, habiéndose presentado por la misma escrito de alegaciones con fecha 20 de mayo de 2011, manifestando en síntesis que el producto presentado por su compañía presenta la óptima fijación requerida, no así el de la compañía recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa BEMASCE TÉCNICA, S.L., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP 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”*.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que, de acuerdo con lo manifestado por el reclamante, el mismo está constituido por una Resolución de 25 de abril de 2011 de la mesa de contratación que, sin embargo, no es otra cosa que la contestación a la solicitud de información requerida por el contratante, siendo el verdadero acto por el que se le excluye de la licitación el acuerdo de la mesa de contratación, que de acuerdo con los informes se comunicó verbal y personalmente a los asistentes al acto de la Mesa entre los que se encontraba un representante de la recurrente, el día 15 de abril de 2011. No obstante lo anterior no consta en el expediente administrativo que además del resultado de la valoración, se comunicara a los comparecientes al acto los motivos concretos por los que se produjo la asignación de las puntuaciones resultantes de acuerdo con los criterios establecidos en los pliegos, no siendo sino con la contestación de la mesa del día 25 de abril



Comunidad de Madrid

cuando se tiene noticia de tales motivos, momento que puede ser considerado como *dies a quo*.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de la LCSP el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación será de “*quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado*”, de manera que el recurso presentado el día 3 de mayo de 2011 se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión del licitador en una primera fase de la valoración técnica que constituye un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación correspondientes a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, que decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, y determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para el licitador, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 310 .1 a), en relación con el artículo 13 y 310.2 a) de la LCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Respecto de los motivos concretos esgrimidos por el recurrente para fundamentar su pretensión de anulación del acto de exclusión recurrido debe señalarse que son dos los aspectos reprochados a la valoración efectuada por la Mesa de Contratación. De un lado se afirma que es incorrecta la puntuación asignada a la oferta en relación con el criterio “*amplio tallaje para correcta correlación con peso del recién nacido*”(0-30 puntos) que obtuvo 10 puntos.



Comunidad de Madrid

Examinada dicha oferta se observa que la misma comprende un total de 12 tallas, al igual que la de la otra licitadora asignándose a ambas 10 puntos al carecer de la talla extrapequeña.

En relación con esta cuestión si bien hubiera sido deseable que en la valoración efectuada se hubiera motivado más profundamente por qué la falta de una talla (la extra pequeña) implica una bajada tan importante de la puntuación asignada a las licitadoras, lo cierto es que no se aprecia vulneración de los principios de igualdad y libre concurrencia en la licitación puesto que a ambas licitadoras se les aplica el mismo criterio y por ende la misma puntuación, pudiendo traerse a colación lo dispuesto en la STJCE de 24 de noviembre de 2005 C-331/04, cuando señala que *“reviste especial importancia señalar que el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos (véase la sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 81) y que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (véase la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C 19/00, Rec. p. I 7725, apartado 34)”*.

Además “a priori” resulta razonable que la falta de tal talla sea relevante, precisamente al ser potenciales usuarios del sistema de ventilación niños neonatos de pequeño tamaño. Además se comprueba que las tallas ofertadas por la recurrente, se corresponden con los grupos descritos en el pliego de prescripciones técnicas, si bien faltaría una subtalla en el primero de los grupos definidos.

La otra cuestión controvertida, es la relativa a la valoración del criterio “óptima fijación al paciente” (0-10 puntos), en relación con la cual la recurrente obtuvo una puntuación final de 0 puntos. Se alega que en la valoración efectuada por la Mesa existe un error de concepto al señalar que “existe menos tracción sobre la nariz del paciente, contribuyendo a aumentar el riesgo de úlceras por presión”, puesto que



Comunidad de Madrid

reconociendo que el sistema ofertado efectivamente ofrece menos tracción sobre la nariz del paciente, ello contribuye a disminuir que no aumentar el riesgo de úlceras por presión.

Por su parte en trámite de alegaciones la empresa Infortécnica, S.L., manifiesta que la diferencia entre su producto y el de la recurrente estriba en que el sistema presentado por BEMASCE TÉCNICA, S.L. permite un movimiento giratorio de 360° a derecha e izquierda, mientras que el suyo además permite un segundo movimiento en rótula que garantiza una mejor fijación para el neonato, debido a que los pequeños movimientos del neonato se realizan sobre dicha rótula, evitando producir tirones sobre la nariz y por tanto úlceras por presión.

Por su parte el pliego de prescripciones técnicas exige en la descripción técnica del producto en relación con la conexión giratoria del circuito con el tubo, una *“conexión acodada con doble giro que permite la rotación completa 360°, con 2 conexiones de 15 mm, puerto de 9,5 mm (para fibroscopio y sondas de aspiración y tapón de cierre. Adaptado a tubo coarrugado tetráctil desde 70 mm, hasta 150 mm aprox. con conexión final de 22mm.*

Aplicación: Para mayor movilidad y control de la posición del paciente en la conexión del circuito respiratorio al paciente”. De manera que con el objeto de lograr mayor movilidad y control de la posición del paciente en la conexión del circuito respiratorio al paciente, se establece un requisito mínimo que es el de conexión acodada con doble giro a 360° y el resto de las especificaciones señaladas.

El producto ofertado por BEMASCE TÉCNICA, S.L., cumple con estas exigencias mínimas establecidas por la entidad contratante, pero, según el informe de valoración de las ofertas, no supone ninguna mejora en el ámbito del objetivo descrito, esto es, óptima fijación al paciente.



Comunidad de Madrid

De nuevo considera este Tribunal que hubiera sido deseable una motivación más profunda en la valoración efectuada, aclarando porqué una menor tracción sobre la nariz del paciente puede suponer mayor riesgo de úlceras por presión. Asimismo considera que la motivación de valoración efectuada por referencia a la oferta del otro licitador, no es adecuada, debiendo ir la misma referida exclusivamente a los criterios establecidos en el pliego, si bien ello no implica la nulidad de la valoración efectuada.

En este punto, como en el anterior, debe considerarse que la resolución adoptada por la mesa de contratación, conveniente asesorada por los técnicos especialistas (la supervisora del Área del niño, encargado de encomienda de supervisión del mismo área y un enfermero de RRMM), responde a la discrecionalidad técnica que a la misma corresponde.

Efectivamente la normativa reguladora de la contratación pública no establece directamente que se deba llevar a cabo una fundamentación y motivación profunda al proceder a la adjudicación de los contratos, pero la necesaria exigencia de la ponderación de los criterios que indica el pliego de condiciones implica una motivación, que será recogida en la resolución de adjudicación, bien incluyéndola dentro de esta resolución, bien mediante remisión al correspondiente acta de la mesa de contratación o a los correspondientes informes técnicos que se hayan tenido en cuenta por la mesa de contratación.

En este sentido pueden citarse las conclusiones del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 24 de noviembre de 2005 CE 317/2004, que si bien se refiere a un supuesto distinto, refiere los principios de actuación de la Mesa de Contratación en cuanto a la apreciación de aquellos elementos que no están baremados en los pliegos, cuando señala que *“En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que*



Comunidad de Madrid

una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- *no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- *no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- *no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”*

Sentada la posibilidad de que la mesa de contratación pondere los criterios de adjudicación de la forma antes indicada cabe añadir que tal discrecionalidad técnica encuentra sus límites en la prohibición de la arbitrariedad y en la necesaria atención a los intereses públicos para cuya defensa la misma es concedida por el ordenamiento, con el límite asimismo de la necesidad de que la valoración efectuada se acomode a los criterios objetivos indicados en los Pliegos, como normas a las que ha de acomodarse la resolución del proceso de licitación, en el bien entendido de que los mismos deben ser adecuados al objeto de la licitación y a las exigencias relativas a la calidad del producto ofertado, tal y como se desprende entre otras de las Sentencia del Tribunal Supremo de 14 julio 2004 (RJ 2004\5360) con cita de las de 25 de enero (RJ 2000, 1231) y 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 6081).

Así este Tribunal considera que si bien la motivación de la asignación de la puntuación correspondiente a la recurrente puede ser escueta, lo cierto es que tal valoración se efectuó teniendo en consideración criterios vinculados al objeto del contrato, como exige el artículo 134 de la LCSP y establecidos en los pliegos, que asignan una puntuación a cada uno de ellos, dentro de cuyo rango se ha movido la



Comunidad de Madrid

mesa de contratación, por lo que no se aprecia extralimitación en la apreciación técnica discrecional que a la misma le es dada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en la fecha del encabezado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Don G.B.J., como Administrador Único de la empresa BEMASCE TÉCNICA, S.L. contra la resolución de 25 de abril de 2010, por la que se excluye a la recurrente de la licitación por no alcanzar la puntuación mínima en los aspectos técnicos de la oferta en el expediente de contratación del Hospital Universitario de Fuenlabrada, nº PA SUM 11/001 denominado “Suministro de material para ventiloterapia y nutrición enteral para el Ente Público Hospital de Fuenlabrada”.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo



Comunidad de Madrid

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 319 de la LCSP.