



**Recurso nº 388/2016 C.A. Galicia 45/2016**

**Resolución nº 509/2016**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 1 de julio de 2016.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. R. G., en nombre y representación de la mercantil FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A. (en adelante FRESENIUS), contra la resolución de la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte, de fecha 26 de abril de 2016, por la que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro sucesivo de material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración on-line para el Hospital Universitario Lucus Augusti y para el Hospital Da Costa; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** Por resolución de 12 de agosto de 2015, del titular de la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte, se anuncia licitación mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada y tramitación ordinaria, de suministro sucesivo de material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración on-line para el Hospital Universitario Lucus Augusti y para el Hospital Da Costa. Siendo el lote 2, el impugnado en el presente recurso, *“Material para la realización de hemodiálisis de alto flujo y hemodiafiltración on-line”*.

Se procede a la publicación en el Diario Oficial de Galicia y en el BOE el día 1 de septiembre de 2015, y en DOUE el 20 de agosto de 2015. Así mismo se publica en la página web del servicio Gallego de Salud y en la plataforma de contratos de Galicia con fecha 20 de agosto de 2015.

**Segundo.** En el PCAP constan las condiciones que han de regir la contratación. Debemos destacar a efectos del recurso presentado lo siguiente:



## Cláusula 11. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

### 11.1 Relación de criterios de adjudicación:

*Lote 2 Material para la realización de hemodiálisis de alto flujo y hemodiafiltración on-line.*

*Se establecen como criterios de adjudicación los siguientes:*

- *Criterios no valorables automáticamente, Sobre B, con un total de hasta 50 puntos, y se establecen como objeto de valoración:*
  1. *Características de los dializadores, hasta 10 puntos.*
  2. *Características ser de líneas, hasta 1 punto.*
  3. *Características monitores, hasta 25 puntos.*
  4. *Formación, hasta 3 puntos.*
- *Criterios valorables mediante fórmulas, Sobre C, con un total de hasta 50 puntos, y se establecen como objeto de valoración:*
  1. *Oferta Económica hasta 45 puntos.*
  2. *Logística y servicio hasta 5 puntos*

#### 11.1.1 Criterios no valorables de forma automática sobre B.

*Lote 2 Material para la realización de hemodiálisis de alto flujo y hemodiafiltración on-line.*

1. *Características de los dializadores: (hasta 10 puntos)*
  - *Criterios de Biocompatibilidad de las fibras utilizadas*
  - *Evaluación funcional: Aclaramientos: Urea, Creatinina, fósforo, inulina y vitB 12 y condiciones a los que son referidos.*
  - *Evaluación de Coeficiente de Cribado: Beta-2-microglobulina, mioglobina y albúmina.*
  - *Evaluación de condiciones especiales: KoA, Capacidad de adsorción de toxinas. Posibilidad minimizar o eliminar la anticoagulación sistémica.*
  - *Método de esterilización (excluido ETO).*
  - *Evaluación de los volúmenes de sangre de cebado y residual.*
  - *Evaluación del CUF*
  - *Entrada lateral o vertical de la sangre.*



- *Superficies disponibles y versatilidad de tamaños.*
- *Diámetro interno de capilar y grosor de pared.*

2. *Para el set de líneas: (hasta 1 punto)*

- *Tipo de materiales utilizados.*
- *Método de esterilización, excluido óxido de etileno.*
- *Facilidad en el manejo, identificación por color de conexiones, zona de toma de muestras, ajustes con el monitor y dializador, medidas, tipo de conexión y clawps (facilidad de inserción y seguridad).*

3. *Monitores Características específicas valorables: (hasta 25 puntos)*

- *Monitorización y control del volumen plasmático con búsqueda automática de parámetros críticos para el paciente y con función de optimización. Terapias automatizadas de biocontrol/ biofeed back.*
- *Variabilidad y rangos de flujo del baño de diálisis a fin de ajustar el flujo en función del flujo de sangre.*
- *Control y ajuste individualizado de la temperatura corporal del paciente y perfiles automatizados.*
- *-Detección de la recirculación del acceso vascular de forma no invasiva y sin manipulación.*
- *Detección de otros parámetros (flujo de acceso vascular y hematocrito) de forma no invasiva.*
- *Detección de dosis de diálisis (ktiv o KT), método, fiabilidad y medida de dialisancia iónica.*
- *Posibilidad de alcanzar máximos volúmenes de tratamiento convectivo con parámetros automatizados.*
- *-Cebado y preparación totalmente automatizados con/ sin necesidad de empleo de sueros, ni manipulación por parte del personal en HD, HDF On Line Bipunción y HDF On Line Unipunción.*
- *Utilización de doble o triple filtro de retención de endotoxinas, características, duración y mantenimiento previsto de los mismos.*
- *Tipo de esterilización y tiempo de realización. Desinfectantes de fácil abertura, almacenables a temperatura ambiente, biodegradables, pudiéndose evacuar al sistema*



*de alcantarillado sin peligro para el medioambiente. Posibilidad de asociar desinfección térmica > 80- 90°C. Historial de desinfección.*

- *Ergonomía y facilidad de uso por parte del personal sanitario en todas las modalidades de tratamiento.*
- *Posibilidad de utilizar bicarbonato en polvo universal o alternativas.*
- *Posibilidad de software de gestión clínica de los datos monitorizados. Respecto a la conexión informática, la oferta deberá incluir la información complementaria sobre las características de conectividad de los monitores, las características del software aportado y su capacidad de integración con los programas de gestión actualmente en uso propiedad del EOXI de Lugo, Cervo y Monforte.*

#### *4. Formación (hasta 3 puntos)*

*Los licitadores deberán aportar un programa específico de cursos, profesorado, planificación prevista de los mismos, duración, número de técnicos que podrán asistir.*

*Plan formativo de implantación: hasta 2 puntos. (Se valorará la sistemática y cronograma de la formación en la implantación de los equipos y el sistema información en los hospitales).*

*Plan de formación continuada: hasta 1 punto. (Se valorará el número de actividades formativas y su contenido).*

#### *5. Mantenimiento (hasta 4 puntos)*

*Los licitadores deberán aportar una propuesta de mantenimiento preventivo, correctivo y técnico legal, indicándose, para el mantenimiento correctivo, los tiempos de respuesta y resolución ofertados.*

#### *6. Mejoras (hasta 7 puntos)*

*Serán objeto de valoración aquellas proposiciones que mejoren la oferta presentada y estén relacionadas con el objeto del contrato que supongan un valor añadido para la Gerencia y no hayan sido valoradas en otro apartado. Por ejemplo: pesa camas con posibilidad de incorporación a software de gestión, equipos multibomba para realización de técnicas*



especiales siendo de su cuenta los gastos de mantenimiento, instalación y puesta en marcha del equipo, cesión de más monitores y otras aportaciones tecnológicas.

Estableciendo en su párrafo final la citada cláusula el umbral mínimo de puntuación para continuar el proceso selectivo. “Quedará excluida la oferta del licitador que no obtenga como mínimo un 50% de la puntuación máxima que pueda obtenerse para cada lote en cada criterio no valorable de forma automática incluido en el sobre B”.

Asimismo, se establece en la cláusula 28, no 25 como manifiesta la recurrente, que: “El incumplimiento de alguna de las condiciones mínimas contenidas en el PPT por parte de algún licitador supondrá la exclusión de esa oferta del procedimiento”.

**Tercero.** En el PPTP, en cuanto al lote 2, pues es el único que se recurre, debemos señalar lo siguiente:

1. Objeto del contrato, características básicas

Lote 2. Material para la realización de hemodiálisis de alto flujo y hemodiafiltración on-line.

- Dializador capilar de membrana sintética biocompatible de superficies entre 1.8 y 2.5 m<sup>2</sup>, con CUF > 60 ml/hr/mmHg. Esterilizado sin Óxido de Etileno.
- -Líneas (arterial y venosa) o casete arteriovenoso de material biocompatible, libre de látex, en envase estéril y sin Óxido de Etileno. Deben incluir soluciones para unipunción, bipunción, accesorios para recirculación así como incluir los biosensores y accesorios necesarios para la monitorización del paciente y realización de los tres tipos de tratamientos especificados (convencional, alto flujo y hemodiafiltración on-line).
- Línea o líneas específicas para la reinfusión on-line (pre y postdilución)
- Bolsas de cebado (en caso de ser necesarias)
- Material de desinfección-desincrustación (cartuchos o líquidos antisépticos) según los requerimientos del monitor ofertado
- Filtro o filtros de líquido de diálisis necesarios para la realización de una sesión de hemodiálisis
- Concentrados de bicarbonato de tamaño suficiente en caso de utilizar altos flujos (750 nml/min o superior).



- *Cualquier otro material no especificado, pero necesario para las sesiones de hemodiálisis convencionales o especiales y que no consten en el presente Pliego como tiras reactivas u otro material.*

*El adjudicatario de este lote cederá a la Gerencia sin cargo al menos 20 monitores de diálisis nuevos compatibles con el material que compone este lote.*

## 2. Características técnicas de los monitores de diálisis.

*Para el lote 2, el adjudicatario cederá a la Gerencia el máximo número posible de monitores de diálisis de última generación detallándose en la oferta. En cualquier caso debe cederse el número mínimo de monitores detallados en el apartado anterior.*

*Las características técnicas básicas de los equipos de diálisis son:*

- *Sistemas terapéuticos de hemodiálisis con posibilidad de realizar: Hemodiálisis Convencional con bicarbonato, Hemodiálisis de Alto Flujo y Hemodiafiltración On-Line.*
- *Control de Ultrafiltración y perfiles automatizados.*
- *Controles habituales de diálisis: temperatura, aire en circuito, conductividad, alarmas de presión venosa, arterial, flujo bomba sangre, flujo del líquido de diálisis, temperatura, PTM, conductividad, fuga sangre, control de aire en el circuito de sangre. Ajuste individualizado de conductividad y temperatura.*
- *Manguito de toma de Tensión Arterial para monitorización automática*
- *Cálculo de dosis de diálisis de forma automática.*
- *Posibilidad de modificar el flujo del baño de diálisis.*
- *Capacidad para utilizar la conexión al anillo de distribución de concentrado ácido y bicarbonato en polvo, especificando en caso contrario las alternativas disponibles.*
- *Filtro o filtros necesarios anti pirogénicos, antibacterianos y de retención de endotoxinas para ofrecer características de agua y líquido de diálisis ultrapuro,*
- *Esterilización automática química y/o térmica.*
- *Dotación de baterías para mantener el funcionamiento en caso de corte de suministro eléctrico, con autonomía mínima de 15 minutos.*
- *Pantalla TFT color con personalización de la representación, táctil y de diseño intuitivo.*



- *Posibilidad de realizar unipunción en todas las modalidades de tratamiento y facilidad para su realización.*
- *Función manual para casos de emergencia; p.ej., hipotensiones sintomáticas, etc.*
- *Cambio de modalidad de tratamiento de forma sencilla, pulsando una tecla.*
- *Tarjeta paciente con capacidad para guardar los datos de los últimos tratamientos.*

**Cuarto.** A la licitación concurren, entre otros, la recurrente, FRESENIUS, licitando para los lotes 1 y 2. Tal y como se desprende de su oferta presentada.

Tras la valoración de la propuesta técnica de las empresas licitadoras, se excluyen determinadas empresas en los lotes que se indican y por los motivos que se citan, y en estos casos no se procede a valorar la oferta económica, a las no excluidas se procede a valorar su oferta económica junto con la técnica por la Mesa de contratación, procediendo a proponer la adjudicación a la empresa con mayor puntuación. Del informe técnico que consta en el expediente de fecha 24 de diciembre de 2015 se desprende que, en lo que al Lote 2 se refiere, ha sido excluida la empresa B. BRAUN MEDICAL S.A. por no obtener en la puntuación técnica el mínimo exigido del 50% de la máxima puntuación que puede obtenerse en el criterio 3 y en criterio 6, según se establece en el punto 11.1.1 del PCAP. Si bien, además se contiene la motivación del porqué de la puntuación otorgada. Obteniendo FRESENIUS, la recurrente, una puntuación de 48 puntos, y BAXTER, la adjudicataria, 33 puntos.

**Quinto.** En el acuerdo de adjudicación de fecha 26 de abril de 2016, ahora impugnado se procede a adjudicar los lotes del contrato a las empresas que obtuvieron mayor puntuación, sumada la valoración técnica y la económica.

En el lote 2 la adjudicataria es BAXTER, S.L. por obtener un total de 74.34 puntos, 33 valoración técnica y 41.34 de la oferta económica. Frente a la recurrente que obtuvo un total de 67,69 puntos, 48 valoración técnica y 19,69 de la oferta económica.

**Sexto.** Con fecha 13 de mayo de 2016, presentado en registro del Tribunal, FRESENIUS, presenta recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de adjudicación.

**Séptimo.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), se solicitó con fecha 17 de mayo de 2016,



por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, que fue recibido, remitiendo el correspondiente informe.

**Octavo.** De conformidad con el artículo 45 del TRLCSP se produjo la suspensión automática del procedimiento. Con fecha 23 de mayo de 2016 la Secretaría del Tribunal adoptó la resolución de mantener la suspensión automática.

**Noveno.** En fecha 24 de mayo de 2016, se da traslado del recurso a los restantes interesados para la presentación de alegaciones. Ha presentado con fecha 30 de mayo de 2016 escrito de alegaciones la adjudicataria, BAXTER, S.L.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

**Segundo.** Están legitimadas las partes recurrentes para la interposición del recurso, de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** El recurso se interpone frente a la resolución de adjudicación de 26 de abril de 2016, siendo por tanto, susceptible de impugnación, al amparo del artículo 40.2 c) del TRLCSP.

**Cuarto.** El recurso ha sido presentado dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

**Quinto.** Como ya se adelantó en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, se somete a consideración de este Tribunal la conformidad a derecho de la resolución de adjudicación.

La entidad recurrente considera, en primer lugar que se le ha causado indefensión para interponer el recurso especial en materia de contratación dado que no se le ha permitido el acceso, por declararlos la empresa como confidenciales, a la oferta técnica de la adjudicataria. En segundo lugar alega que la oferta técnica de BAXTER no cumple con los requisitos mínimos fijados por el PPT y que debe ser excluida su oferta.





El órgano de contratación en su informe considera que la empresa BAXTER ha señalado de forma concreta qué documentos tienen el carácter de confidenciales y se considera justificada la limitación de acceso y por tanto no conculcado el principio de publicidad inherente a la contratación, teniendo en cuenta además el acceso que se le permitió a la recurrente y que junto con la notificación de la adjudicación se notificó también el informe técnico con su motivación. En segundo lugar, considera que en base a la documentación presentada por Baxter, ésta justifica suficientemente que su oferta cumple con los requisitos mínimos establecidos en los Pliegos y la puntuación otorgada a su vez es plenamente conforme a derecho.

La adjudicataria, BAXTER, en su escrito de alegaciones manifiesta que su oferta cumple sobradamente los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos, y que la recurrente hace una interpretación totalmente errónea e interesada de los mismos queriendo inducir a error a este Tribunal.

Las cuestiones, por tanto, a resolver, son si la declaración de confidencialidad es conforme a derecho o si ha podido causar indefensión a la recurrente, y si la valoración de la propuesta técnica de la adjudicataria es conforme a lo establecido en los Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares o debió ser excluida, puesto que no es función de este Tribunal entrar en el análisis de los Pliegos desde un punto de vista técnico, sino únicamente jurídico.

**Sexto.** Comenzando por la alegación relativa a la indefensión que dice haber sufrido la empresa recurrente por no tener acceso a la oferta técnica presentada por BAXTER ha de partirse de lo ocurrido en este supuesto. Según resulta de las actuaciones, consta en la documentación de la oferta presentada por la entidad BAXTER para participar en la licitación, una declaración de confidencialidad que afecta a todo el contenido de la oferta. Dado que siguiendo doctrina reiterada de este Tribunal la declaración de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta, el órgano de contratación requiere a BAXTER con fecha 19 de febrero de 2016 para que justifique motivadamente qué aspectos concretos de su proposición afectan a secretos comerciales o técnicos o se corresponden con aspectos confidenciales. Con fecha 23 de febrero de 2016 la empresa BAXTER presenta un escrito en el que declara confidenciales, en cuanto al Lote 2, la documentación técnica relativa a los criterios no valorables automáticamente y la memoria técnica, por considerar que dicha información tiene vinculación con datos protegidos por legislación especial de carácter personal, intelectual o industrial; siendo en consecuencia



información que puede afectar a la competencia leal entre empresas. El órgano de contratación considera, como resulta de su Informe, que se ha justificado debidamente la procedencia de la declaración de confidencialidad, dado que la empresa ha señalado expresamente qué documentos tienen carácter confidencial, entendiéndose justificada la limitación del acceso y por tanto, no conculcado el principio de publicidad inherente a la contratación, al entender que dicha documentación forma parte del Know-how de la empresa, de su estrategia original, por lo que su divulgación afectaría gravemente sus intereses comerciales, perjudicando, asimismo, la competencia leal entre los distintos operadores económicos en el mercado. Así mismo manifiesta que junto con la resolución de adjudicación se dio traslado a su vez del informe técnico, que resulta suficiente y contiene información detallada para que los interesados gocen de la información adecuada para llevar a cabo la defensa de sus derechos e intereses.

Asimismo, consta en el Acta de acceso al expediente de la empresa FRESENIUS de fecha 5 de mayo de 2016, que el órgano de contratación manifiesta que la cláusula de confidencialidad prevista por BAXTER no puede aplicarse a la casi totalidad de su oferta, teniendo en cuenta los principios de transparencia y publicidad que rigen en los procedimientos de contratación pública y la previsión del artículo 151.4 del TRLCSP. Por ello, manifiesta asimismo que la empresa FRESENIUS ha tenido acceso a comprobar: la declaración responsable aportada por BAXTER en la que manifiesta su cumplimiento de las prescripciones mínimas contenidas en el PPT, y que los datos recogidos en el informe técnico publicado, a los efectos de motivar la adjudicación del citado expediente, constan en la oferta presentada por la mercantil BAXTER, en el sobre B.

La doctrina del Tribunal se manifiesta entre otras en la Resolución número 755/2014 de fecha 15 de octubre de 2014 al señalar: *“Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente respecto del alcance y extensión del derecho de acceso de los licitadores a la documentación obrante en el expediente de contratación, y de los casos en que resulta posible limitar ese derecho con fundamento en la confidencialidad de determinados documentos, basada en la protección del secreto profesional o comercial de las otras empresas licitadoras; cuestión se halla íntimamente relacionada con la referente a la motivación de la adjudicación, dado que también la falta de acceso de los recurrentes o reclamantes a la proposición de la adjudicataria puede tener efectos negativos sobre sus posibilidades de presentar un recurso fundado contra el acuerdo de adjudicación. Al principio de confidencialidad se refiere el TRLCSP, en lo que ahora interesa, en sus artículos 140.1 (“Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la*



*publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”) y 151.4 (“Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153”).*

*Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales viene entendiendo que en el conflicto entre el derecho de defensa de los licitadores descartados y el derecho a la protección de los intereses y secretos técnicos y comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones nº 199/2011, de 3 de agosto de 2011, nº 62/2012, de 29 de febrero de 2012 y nº 288/2014, de 4 de abril de 2014).*

*A este respecto, el Tribunal entiende que, en todo caso, esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 de la LCSE garantiza que aquella obligación no debe perjudicar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a candidatos y licitadores, entre las que se encuentran incluidas las contenidas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución nº 45/2013, de 30 de enero de 2013) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.*

*En la Resolución nº 62/2012, de 29 de febrero de 2012, el Tribunal concluyó que “puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que*



*determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado”.*

*Aplicando esta doctrina general respecto de un supuesto similar al que es objeto de la presente Resolución, el Tribunal declaró, en su Resolución nº 288/2014, de 4 de abril de 2014, invocando Resoluciones anteriores de este órgano así como el criterio establecido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, lo siguiente: “Sin embargo, el Tribunal no considera ajustada a Derecho la decisión de que, una vez adjudicado el contrato, la recurrente sólo tuviera acceso a los escasos documentos de la extensa proposición técnica de la adjudicataria que ésta calificó como no confidenciales (documento nº 23 del expediente), y que la recurrente cifra en tan sólo el 5,75% de la proposición técnica. La empresa adjudicataria justificó la confidencialidad invocada en la circunstancia de incluir dicha documentación información secreta de naturaleza técnica o comercial, cuyo conocimiento por un competidor perjudicaría gravemente sus intereses comerciales, pues “la revelación de dicha información a un competidor tan directo como el solicitante podría conllevar la pérdida de futuros contratos administrativos, y colocaría a mi patrocinada en una situación de inferioridad en el mercado, sin que dicha situación de privilegio por la competidora se hubiese obtenido de manera leal, ni respetando las reglas establecidas en un mercado, que debe regirse por los principios constitucionales de igualdad y libre competencia”. Aun admitiéndose que parte de la oferta técnica de la adjudicataria pueda estar amparada en el secreto comercial o industrial, lo que no resulta admisible es que, como afirma la recurrente en su recurso y no niegan ni GISPASA en su informe ni la adjudicataria en sus alegaciones, ésta última ampliase considerablemente la relación de documentos que inicialmente designó como confidenciales en su oferta, tras ser informada por GISPASA de la solicitud de acceso a su oferta técnica formulada por EULEN, S.A. Si, al amparo de lo dispuesto en los Pliegos y en el TRLCSP, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS, S.A. especificó en su oferta los documentos que inicialmente consideraba afectados por la confidencialidad, no cabe admitir que, una vez adjudicado el recurso, y ante la solicitud de otro licitador presumiblemente disconforme con la decisión de adjudicación, la adjudicataria amplíe sin más la relación de documentos que considera confidenciales, excluyendo así el acceso a más del 90% de los documentos que integran su proposición.*



Como se indicó en la Resolución 45/2013, de 30 de enero de 2013: “La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, sobre la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140.1 TRLCSP) ha dictaminado lo siguiente:

“Este precepto hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: 1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes. 2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso. 3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad’.”

Hay que concluir, en consecuencia, que la empresa adjudicataria queda vinculada por la declaración de confidencialidad que efectuó al formular su oferta (sin perjuicio de la facultad que asiste al órgano de contratación de verificar si dicha declaración de confidencialidad responde efectivamente al secreto comercial o industrial).

Por otra parte, la Resolución nº 417/2014, de 23 de mayo de 2014, señala que “lo inadmisibles, y así lo declaró el Tribunal, es una extensión de la confidencialidad a la mayor parte de la oferta técnica efectuada ex post, esto es, una vez adjudicado el contrato y anunciado recurso, debiendo entenderse vinculados los licitadores por la declaración de confidencialidad que hubieran efectuado al presentar sus proposiciones. Tampoco es admisible, en ningún caso, que la declaración de confidencialidad efectuada por los licitadores abarque a la totalidad de sus ofertas técnicas, pues ello es contrario a los principios en los que se asienta la contratación pública y podría constituir una actuación incurrida en fraude de ley, correspondiendo al órgano de contratación, en tales casos (Resolución 62/2012) determinar la parte de la oferta técnica que no afecta a secretos comerciales o técnicos o a aspectos confidenciales, justificándolo motivadamente en el expediente. En consecuencia, la confidencialidad sólo alcanza a los



*documentos declarados como tales por el licitador al tiempo de formular su oferta (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 46/09, de 26 de febrero de 2010, y Resolución de este Tribunal 45/2013, de 30 de enero), sin perjuicio de que dicha confidencialidad no pueda alcanzar a la totalidad de la oferta, y que en tales casos corresponda al órgano de contratación determinar, motivadamente, los aspectos de la oferta no afectados por el secreto comercial o industrial o relativos a aspectos confidenciales (Resolución 62/2012)”.*

En este caso, existió una declaración de confidencialidad efectuada al tiempo de presentar la oferta realizada con carácter indiscriminado por lo que el órgano de contratación procedió a requerir a BAXTER con el fin de que motivase de forma justificada qué aspectos concretos de la proposición afectaban a aspectos técnicos o comerciales. Si bien dicho requerimiento se hizo con posterioridad al acuerdo de adjudicación, ello no afectó a la debida motivación que ha de tener dicho acuerdo de adjudicación y que se traduce en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes. Prueba de ello es que en el propio recurso especial en materia de contratación, la empresa recurrente no invoca defecto de motivación en el acuerdo de adjudicación.

Si acudimos al acuerdo de adjudicación, al que se acompaña el informe técnico, podemos comprobar de una simple lectura de los mismos, que consta la motivación detallada y la justificación de las valoraciones realizadas y por tanto la motivación de la adjudicación.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, el órgano de contratación aporta una motivación suficiente para limitar el acceso a cierta documentación de la oferta técnica por lo que el recurso no puede prosperar en los términos planteados por FRESENIUS.

**Séptimo.** Como segunda alegación manifiesta la recurrente que la oferta técnica de BAXTER no cumple con los requisitos mínimos fijados por el PPT y que por tanto debe ser excluida su oferta. Se basa fundamentalmente en los monitores que ha ofertado BAXTER para esta licitación, modelo “Artis physio”, marca Gambro, señalando los incumplimientos que a su juicio tiene este monitor respecto de los requisitos mínimos fijados en el PPT y PCAP, en concreto en cinco puntos. Así mismo alega que no incluye información alguna respecto de los requisitos mínimos del sistema informático.



El órgano contratante manifiesta que en base a la documentación presentada por Baxter, ésta justifica suficientemente que su oferta cumple con los requisitos mínimos establecidos en los Pliegos y la puntuación otorgada a su vez es plenamente conforme a derecho. Respondiendo una a una las alegaciones planteadas por el recurrente.

Así mismo, BAXTER, en las alegaciones presentadas manifiesta que su oferta cumple sobradamente los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos, respondiendo una a una a las alegaciones presentadas de contrario por el recurrente, y que la recurrente hace una interpretación totalmente errónea e interesada de los mismos queriendo inducir a error a este Tribunal.

En primer lugar debemos señalar que este Tribunal considera, pues así lo establecen los PCAP y el PPT, que nos encontramos ante un criterio sujeto a un juicio de valor de carácter técnico por parte del órgano de contratación.

Por tanto, para analizar el motivo de impugnación planteado por la recurrente debemos partir de que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicio de valor por parte de la Mesa de Contratación constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de Contratación al valorar criterios subjetivos dependientes de juicios de valor. Más aún cuando estos son técnicos, y no jurídicos.

Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o



discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Por lo que al caso objeto del presente recurso se refiere, debe entenderse de aplicación efectivamente dicha doctrina. En consecuencia, no apreciándose a la vista del informe técnico, de la argumentación del recurrente y de la prueba por él aportada, así como del informe del órgano de contratación que ratifica en todos sus extremos el informe técnico, y da respuesta una a una de todas las alegaciones del recurrente, que concurra infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales ni la existencia manifiesta de una aplicación arbitraria o errónea de los criterios de valoración, no cabe sino que este Tribunal, lejos de desvirtuar el resultado de la valoración efectuada, la confirme en todos sus términos.

Muestra de ello es que por parte del órgano de contratación, y más concretamente en el informe técnico, se motiva en primer lugar que todas las empresas licitadoras cumplen con las características básicas del Pliego en lo que respecta al lote, así mismo se motiva que todas las empresas licitadoras cumplen con las características básicas del Pliego en lo que respecta al monitor o equipo de diálisis ofertado. Seguidamente se motiva la puntuación otorgada en cada uno de los criterios valorables para el Lote 2 de forma detallada, de conformidad con lo establecido en los Pliegos, estableciendo la puntuación individual de cada uno de los seis criterios establecidos y la total obtenida. Procediendo así mismo a excluir a la empresa que no obtiene la puntuación mínima del 50% de la máxima que puede obtenerse. Constando en el expediente que todas las ofertas técnicas de todos los licitadores del lote 2 han sido valoradas siguiendo los mismos criterios.

La prueba aportada por la recurrente no puede desvirtuar tal afirmación.

Tal y como hemos establecido en los antecedentes de hecho en el PCAP consta en su cláusula 28 que: *“El incumplimiento de alguna de las condiciones mínimas contenidas en el PPT por parte de algún licitador supondrá la exclusión de esa oferta del procedimiento”*.

Estas condiciones mínimas vienen establecidas en el PPT en su artículo 1, objeto del contrato, las características básicas del lote; y en su artículo 2, características técnicas de los monitores de diálisis, las características técnicas básicas de los equipos de diálisis.





Así mismo, en el PCAP, en su cláusula 11, se recogen los criterios de adjudicación, estableciéndose en el apartado 11.1 la relación de criterios de adjudicación, y en el apartado 11.1.1 los criterios no valorables de forma automática sobre B, con la puntuación que puede otorgarse en cada uno de ellos.

Estableciendo en su párrafo final la citada cláusula el umbral mínimo de puntuación para continuar el proceso selectivo. *“Quedará excluida la oferta del licitador que no obtenga como mínimo un 50% de la puntuación máxima que pueda obtenerse para cada lote en cada criterio no evaluable de forma automática incluido en el sobre B”*.

Por tanto, se distingue entre el cumplimiento de los requisitos mínimos recogidos en el PPT como causa de exclusión en caso de no cumplirse, y los criterios que deben valorarse y la puntuación que puede darse en cada uno de ellos recogidos en el PCAP, donde a su vez se regula una cláusula de exclusión en caso de no obtener un mínimo del 50% de la puntuación máxima que pueda obtenerse en cada criterio.

El recurrente, en sus alegaciones tendentes a probar que la adjudicataria no cumple con los requisitos mínimos establecidos en el PPT, en primer lugar pone en conexión unos requisitos con otros considerando que deben cumplirse de forma acumulativa y simultánea, lo que no se exige de esa manera en el Pliego, asimismo realiza una interpretación subjetiva de los mismos que tampoco se desprende de lo exigido en los Pliegos, y por último mezcla la exigencia de los requisitos mínimos contenidos en el PPT con la valoración y justificación de la misma que el informe técnico realmente realiza de los criterios de valoración contenidos en el PCAP, es decir, la valoración que se realiza tras comprobar que se cumplen con los requisitos mínimos, todo ello sin prueba alguna suficiente que pueda servir para desvirtuar la valoración del informe técnico. Lo que debe llevar a desestimar su pretensión.

En el informe técnico, consta de forma clara que se considera que todas las empresas licitadoras cumplen con las características básicas del Pliego en lo que respecta al lote, así mismo se motiva que todas las empresas licitadoras cumplen con las características básicas del Pliego en lo que respecta al monitor o equipo de diálisis ofertado. Lo que viene ratificado y más detalladamente expuesto en el informe del órgano de contratación. Cuestión diferente es que a la hora de entrar a valorar específicamente los criterios de adjudicación de la oferta técnica se



considere que la oferta de BAXTER no es la que más se ajusta a lo exigido en el Pliego, razón por la que obtiene 33 puntos frente a los 48 de la recurrente. Pero no debe confundirse, como parece que hace la recurrente, que concurran motivos de exclusión del licitador, por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos en el PPT, con motivos o fundamentación para asignarle una menor puntuación de conformidad con los criterios establecidos en el PCAP.

Debe por tanto desestimarse la presente alegación. Confirmando la valoración técnica que consta en el informe técnico y consecuentemente la adjudicación del Lote 2.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. J. R. G., en nombre y representación de la mercantil FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A, contra la resolución de la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte, de fecha 26 de abril de 2016, por la que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro sucesivo de material necesario para la realización de terapias de hemodiálisis y hemodiafiltración on-line para el Hospital Universitario Lucus Augusti y para el Hospital Da Costa.

**Segundo.** Alzar la suspensión acordada.

**Tercero.** 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, 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.