

Recursos nº 303 y 314/2017**Resolución nº 315/2017**

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 2 de noviembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don José Miguel Fernández Rodrigo, en nombre y representación de Biotronik Spain, S.A. (Biotronik) y por doña Ana Isabel Muñoz Sánchez, en nombre y representación de Boston Scientific Ibérica, S.A. (Boston), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se les excluye de la licitación del contrato de “Suministro de balones de angioplastia para distintos procedimientos de hemodinámica”, tramitado por el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, número de expediente: GCASU 2017-62, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 5, 6 y 13 de julio de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Perfil de Contratante y en el BOE, el anuncio de licitación del contrato citado, dividido en cinco lotes, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, todos ellos evaluables de forma automática. El valor estimado del contrato es de 675.000 euros.

De acuerdo con la cláusula 1.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas



Particulares (PCAP), relativa a la acreditación de la solvencia técnica, se exige lo siguiente:

“Acreditación de la solvencia técnica: Art. 77 del TRLCSP, apartado 1.a), e) y f):

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.

Criterios de selección:

Cada licitador aportará la siguiente documentación (INDICANDO LA DOCUMENTACION QUE ES CONFIDENCIAL PARA USO DE LA MESA):

1. Copia simple de los certificados expedidos por los diferentes centros de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años. Nº de certificados = 3.

2. Acreditación de: Marcado CE y certificados de excepción de látex.

LA DOCUMENTACIÓN TÉCNICA DE CADA UNO DE LOS NÚMEROS DE LOTE Y SE INCLUIRÁ EN UN DOSIER INDEPENDIENTE PARA FACILITAR SU REVISIÓN.

3. Muestras: Sí:

- Una unidad de cada producto incluido en cada lote.

- En caso de ser necesario, se podrá solicitar más muestras a las empresas licitadoras.



- Cada producto deberá estar etiquetado con nombre de la empresa, código del hospital, número de expediente”.

En cuanto a los criterios de adjudicación el apartado 8, establece los siguientes:

“8.1. Criterio precio: Sobre 3. Hasta 70 puntos.

(...).

8.2. Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: Sobre 2.A No procede.

8.3. Otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

Sobre 2.B Hasta 30 puntos.

Nº Lote	Criterios de valoración objetiva
1	TOTAL HASTA 30 PUNTOS: - Incrementos de diámetro de 0,25 mm: 10 pts. - Presión de rotura > 14 bar: 5 pts. - Punta atraumática redondeada por Laser: 5 pts. - Marcas de Pt-Ir en balón: 5 pts. - Recubrimiento hidrofílico: 5 pts.
2	TOTAL HASTA 30 PUNTOS: - RX y OTW: 10 pts. - Marcas de Tungsteno: 10 pts. - Material balón PEBAX: 10 pts.
3	TOTAL HASTA 30 PUNTOS: - Recubrimiento hidrofílico: 10 pts. - Punta blanda soldada con Laser: 10 pts. - Replegado en tres capas: 10 pts.
4	TOTAL HASTA 30 PUNTOS: - Disposición helicoidal de los filamentos: 15 pts. - Punta conificada: 10 pts. - PN (presión normal) ≤ 8 bar: 5 pts.
5	TOTAL HASTA 30 PUNTOS: - RBP: ≥ 12 bar para todos los diámetros de balón: 20 pts. - Presión nominal ≤ 7 atmósferas: 10 pts.



(1) De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los señalados con el número 8.3. No siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, ninguna puntuación mínima salvo el cumplimiento de los requerimientos técnicos, en relación con los criterios que vayan a operar en la fase de valoración”.

Segundo.- Las recurrentes presentaron oferta a la licitación convocada y tras los trámites oportunos, se reunió la Mesa de contratación el 8 de septiembre de 2017, para analizar la documentación administrativa presentada por Boston y Biotronik relativa a la solvencia técnica, constando en el Acta:

“Ambas comerciales aportan datos suficientes que permiten puntuarse como criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. Estos datos deberían permanecer secretos hasta el momento de la apertura de la documentación técnica, en acto público, el próximo 13 de septiembre de 2017.

La Jefa del Servicio de Suministros manifiesta lo siguiente:

En relación a la exclusión o no de los proveedores Boston y Biotronik, concurrentes al concurso GCASU 2017-62 por haber presentado documentación de forma incorrecta en el sobre administrativo quiero exponer lo siguiente:

Que habiendo leído al detalle, los criterios de selección del pliego de cláusulas administrativas de este expediente, en su punto 5.2, pg. 7, apartado 2 y concretamente donde dice:

“LA DOCUMENTACIÓN TÉCNICA DE CADA UNO DE LOS NÚMEROS DE LOTE Y SE INCLUIRÁ EN UN DOSIER INDEPENDIENTE PARA FACILITAR SU REVISIÓN” entiendo que puede llevar a error en la interpretación de la documentación a incluir en el sobre administrativo. Teniendo en cuenta que existe sentencia del Tribunal de Contratación en alguna Comunidad Autónoma en que se ha considerado como causa de no exclusión cuando aparezcan dudas de interpretación en el pliego ya que en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que haya ocasionado esta confusión. Es por ello que considero deben admitirse a licitación a estos proveedores.

Por otra parte la otra vocal del Servicio de Suministros manifiesta:



Mi voto es a favor de la NO EXCLUSIÓN de ambos proveedores, ya que el apartado 5.2. del capítulo I del PCAP, sobre la Acreditación de la solvencia técnica, puede inducir a una interpretación confusa sobre la documentación a aportar, dando lugar a que los licitadores incluyan en dicho apartado documentación y/o referencias que deberían ser valorada en una fase posterior.

Sometido a voto por los miembros de la mesa, se acuerda la exclusión de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, S.A.U. y BIOTRONIK SPAIN, S.A., por tres votos a favor y dos en contra, entendiendo que se están vulnerando los artículos 145 y 160 del TRLCSP, que los pliegos no han sido impugnados, y considerando las resoluciones de diferentes Tribunales Administrativos, en especial del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, sentado el criterio de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyan información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluables mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos”.

En consecuencia, las dos empresas resultan excluidas.

Tercero.- Con fechas 6 y 17 de octubre de 2017, tuvieron entrada en el Tribunal los escritos presentados por la representación de las empresas Boston y Biotronik, de interposición de sendos recursos especiales en materia de contratación, contra su exclusión, de los lotes 1 y 5 en el caso de Biotronik y de todos los lotes en el caso de Boston, de la licitación mencionada. Los recursos habían sido anunciados previamente al órgano de contratación los días 6 y 16 de octubre de 2017.

En los recursos alegan que de la redacción del PCAP se deduce que los términos de la licitación no son claros y provocan confusión en cuanto a la inclusión de la documentación en los distintos sobres, además se añade que se informó telefónicamente a Boston sobre la inclusión de los catálogos y las muestras en los sobres A y además en el sobre 2 B y que resulta excesiva y falta de motivación la decisión de excluir a unas licitadoras por revelar las características de sus productos, teniendo en cuenta que los catálogos son públicos y aparecen publicados



en sus páginas web. Por otro lado, consideran que la información incluida no aporta ventaja alguna a las recurrentes ya que los criterios de adjudicación son todos automáticos. Igualmente argumentan la ausencia de un criterio común en los miembros de la Mesa respecto a si el PCAP era claro o se prestaba a confusión y si se debía acordar la exclusión.

Cuarto.- Se requirió al órgano de contratación la remisión de la copia del expediente de contratación completo junto con el informe preceptivo, requerimiento que fue atendido con fecha 16 de octubre.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos a los demás interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Ha presentado escrito de alegaciones, la empresa Medtronic Ibérica, S.A., en el que afirma que los Pliegos no fueron impugnados y que de considerarlo preciso alguna de las licitadoras, podían haber realizado consultas sobre su contenido, que no obstante, considera claro y preciso, por lo que entiende que la exclusión ha sido motivada debidamente y el recurso debe desestimarse.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (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 presente recurso.

Segundo.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la



forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y el mismo acto, se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de ambos recursos.

Tercero.- Se acredita en los expedientes la legitimación de Biotronik y de Boston, para interponer recurso especial contra el Acuerdo de la Mesa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de dos empresas licitadoras excluidas del procedimiento.

Igualmente se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto de los recursos, los mismos se dirigen contra el acto de exclusión de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Quinto.- Los recursos se plantearon en tiempo y forma, pues el Acuerdo fue publicado el 26 de septiembre de 2017, e interpuestos los recursos los días 6 y 17 de octubre de 2017, están dentro del plazo de quince días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Sexto.- Las recurrentes alegan que la falta de claridad en las disposiciones del PCAP, en cuanto a la documentación que debe introducirse en los distintos sobres y la entrega obligatoria de muestras, es la razón que ha motivado que en la



documentación acreditativa de la solvencia técnica se hayan incluido información sobre características técnicas de los productos ofertados.

En consecuencia, considerando que ha sido la ambigua redacción, reconocida por algunos miembros de la Mesa, la que ha provocado el error, no procede su exclusión del procedimiento.

El órgano de contratación en su informe argumenta que *“los miembros de la mesa que votaron en favor de la exclusión entendemos que no existe tal confusión (por lo que no serían de aplicación las resoluciones aportadas en el escrito de recurso, entre otras, Resoluciones 070/2013, 171/2011, 830/2016 ni 213/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) y que las proposiciones deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de las cláusulas y condiciones que deben regir el contrato sin salvedad o reserva alguna. Aceptar su oferta en la que se desvelan criterios que deben ponderarse en fases posteriores sería contrario al artículo 150.2, segundo párrafo, del TRLCSP que establece que “la evaluación de las oferta conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia”. Por otra parte, los artículos 145 y 160 del TRLCSP establecen que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas. De dichos preceptos se deduce que, si se admitieran la documentación del recurrente que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de ciertos elementos que en las otras ofertas presentadas falta. De modo que se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra el TRLCSP, afectando al procedimiento de selección de los licitadores y, en particular, al principio de igualdad de trato entre los mismos que exige el artículo 1 TRLCSP, al permitir conocer información con respecto a uno de ellos en un momento procedimental*



inadecuado lo que imposibilita hacer una valoración separada de la oferta, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta". Por ello solicita la desestimación de los recursos.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, *"las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna".* De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que *"el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes".*

En cuanto a la alegada falta de claridad del PCAP motivadora de confusión a juicio de las recurrentes, este Tribunal a la vista de la redacción expuesta, constata que existe ya de principio una contradicción interna en el Pliego.

Se ha optado por el órgano de contratación por escoger como criterio de selección de la solvencia técnica, entre otros, el apartado e) del artículo 77.1 del TRLCSP, aportación de muestras, descripciones y fotografías de los productos y al mismo tiempo, se han establecido unos criterios de adjudicación que valoran, si bien de forma automática, determinadas características de esos mismos productos.

Esto implica que necesariamente si las licitadoras quieren ser admitidas deben presentar las muestras, evidentemente, con las fichas correspondientes puesto que las muestras no pueden aparecer sin información técnica, para acreditar su solvencia técnica y por otro lado, que si las presentan, desvelen necesariamente el contenido de sus ofertas.



Esta contradicción interna se ha trasladado, como es lógico, a la propia redacción del PCAP, cuando indica en el apartado 5.2 solvencia técnica, apartado 2. Acreditación, después del marcado CE y certificados de excepción de látex, en letra mayúscula que *“LA DOCUMENTACIÓN TÉCNICA DE CADA UNO DE LOS NÚMEROS DE LOTE Y SE INCLUIRÁ EN UN DOSIER INDEPENDIENTE PARA FACILITAR SU REVISIÓN”*.

Resulta obvio y así lo entendieron varios miembros de la Mesa, que esta expresión se presta a confusión, pero es que la confusión viene generada por los requisitos de solvencia y de adjudicación, establecidos en el PCAP como se ha explicado anteriormente.

Es cierto que los Pliegos no fueron impugnados pero también lo es que las empresas, potenciales licitadoras, pudieron considerar correcta la redacción pues como indica una de las recurrentes, la inclusión de información sobre los productos en este procedimiento, en nada puede favorecer a la empresa ya que los criterios son de aplicación automática. Por lo tanto el hecho de no haber impugnado los Pliegos en su momento no les impide ahora apreciar la falta de claridad de los mismos puesta de manifiesto en la decisión de exclusión.

La confusión además parece haberse extendido al propio órgano de contratación que informó a Boston que debía introducir los catálogos en el sobre A, circunstancia que en su informe considera que se debió a un error de interpretación.

Admitida la confusión en el Pliego, procede en estos momentos analizar una segunda cuestión planteada por el órgano de contratación, cual es si se ha desvelado el secreto de la oferta y por tanto ante la confusión y oscuridad del Pliego procedería la anulación de todo el procedimiento.



Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 24/2014, de 5 de febrero, en que se examinan los supuestos que implican revelación del secreto de las ofertas o alteración del orden de apertura de las ofertas, y se sienta la doctrina del Tribunal al respecto, que la normativa (apartado 2 del artículo 150 TRLCSP y artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio subjetivo.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezca que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor “mediatizado”, o, si se prefiere, “contaminado” por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes. Por lo tanto de vulnerarse el secreto o el orden de apertura de ofertas no cabría otra alternativa que anular el procedimiento de licitación.

En el caso analizado no se ha producido esa circunstancia puesto que los criterios de valoración relativos a determinadas características de los productos son de aplicación automática por lo que su hipotético conocimiento anterior no tiene influencia en la valoración, es decir, no puede contaminar un juicio de valor que no existe y tampoco se exige en este caso una determinada puntuación para pasar a una segunda fase, por lo que conocer unos productos que están en el mercado y



cuyos catálogos son públicos, no parece que pueda suponer revelación del secreto de las ofertas.

El mantenimiento del secreto de las ofertas hasta su apertura en acto público es una garantía del procedimiento para evitar su manipulación y la igualdad de trato al abrirse todas a la vez.

Pero en este caso los aspectos susceptibles de valoración son aspectos del propio producto, presente en el mercado y cognoscibles con independencia de si se incluyen o no en el sobre A.

La oferta económica no ha sido abierta y en este caso, es esa la circunstancia determinante para permitir la admisión de las recurrentes y que el procedimiento siga su tramitación.

En consecuencia, los recursos deben ser estimados, anulando el Acuerdo de exclusión y retrotrayendo el procedimiento al momento previo a la clasificación de las ofertas para que las recurrentes sean admitidas a la licitación.

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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales interpuestos por don José Miguel Fernández Rodrigo, en nombre y representación de Biotronik Spain, S.A., (Biotronik) y por doña Ana Isabel Muñoz Sánchez en representación de Boston



Scientific Ibérica, S.A. (Boston), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se les excluye de la licitación del contrato de “Suministro de balones de angioplastia para distintos procedimientos de hemodinámica”, tramitado por el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, número de expediente: GCASU 2017-62.

Segundo.- Estimar ambos recursos, anulando el Acuerdo de exclusión y retrotrayendo el procedimiento a fin de que sean admitidas a la licitación.

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.

Cuarto.- 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.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL

