Recursos nº 80 y 123/2023
Resolución nº 51/2024

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de The Nonwovens Project, S.L. (en adelante, NONWOVENS), contra la resolución de adjudicación del contrato de "Suministro de toallitas desinfectantes para la limpieza y desinfección de superficies y equipamiento médico no invasivo ni sumergible para el Hospital Universitario La Paz", número de expediente P.A. 2022-0-57, junto con el escrito de ampliación del mismo, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en fecha 5 de octubre de 2022, en el Perfil del Contratante del Hospital Universitario La Paz, alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 170.280 euros y su plazo de duración

será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron cinco licitadores, entre ellos, la mercantil recurrente.

Segundo.- Por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 26 de octubre de 2022, se procede a la apertura y calificación de la documentación administrativa de los cinco licitadores participantes y a la posterior apertura de archivo comprensivo de la oferta técnica.

Emitido informe técnico, por el mismo órgano de asistencia, en sesión de 21 de diciembre de 2022, se procede a la apertura de las ofertas económicas, a excepción de la presentada por IMARK, al haberse informado que la misma no cumple las prescripciones técnicas.

Visto el informe de puntuaciones emitido el 12 de enero de 2023, la Mesa acuerda en fecha 1 de febrero de 2023, proponer la adjudicación a BARNA IMPORT MÉDICA, S.A. (en adelante, BARNA) y el órgano de contratación adjudica el contrato a la referida mercantil el 2 de febrero.

El 7 de febrero de 2023 se solicita vista del expediente al órgano de contratación por la ahora recurrente, al objeto de revisar la documentación técnica correspondiente a todos los licitadores. El órgano de contratación facilita la vista del expediente el día 8 de febrero, en los términos que se expondrán a continuación.

Tercero.- El 20 de febrero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de NONWOVENS en el que solicita la exclusión del resto de licitadores por incumplimiento de prescripciones técnicas, así como el acceso a determinada documentación del expediente a efectos de ampliar o modificar el escrito de recurso.

Por este Tribunal se dictó resolución nº 105/2023, de 9 de marzo de 2023, en la que, a la vista de lo acaecido en la tramitación del expediente, se ordenaba la retroacción de actuaciones al momento de solicitud de vista de la documentación por parte de NONWOVENS, a efectos de que se resolviera por el órgano de contratación sobre la confidencialidad o no de los documentos solicitados por la recurrente en relación a las ofertas presentadas por los otros tres licitadores y, en su caso, se diera acceso a este para que pudiera completar su recurso.

Con fecha 15 de marzo de 2023, el órgano de contratación citó a la recurrente para vista del expediente, acto de vista que tiene lugar el día 16 de marzo de 2023.

Cuarto. - El 23 de marzo de 2023, tuvo entrada en este Tribunal nuevo escrito de impugnación, formulado por la representación de NONWOVENS y calificado por esa parte como ampliación del recurso especial en materia de contratación, en el que solicita la exclusión del resto de licitadores por incumplimiento de prescripciones técnicas. Solicita asimismo el acceso a la documentación del expediente correspondiente a la oferta del adjudicatario, pues la misma le ha sido denegada en el nuevo acto de vista celebrado en sede administrativa.

El 11 de abril de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo establecido, se ha presentado escrito de alegaciones por parte de BARNA, solicitando su desestimación.

A la vista de las alegaciones de las partes y de la documentación obrante en el expediente, considerando que tampoco en esta ocasión el órgano de contratación había remitido, junto con el expediente, los documentos relativos al acto de vista, ni resolución alguna sobre la denegación de acceso a la documentación, por lo que no podía enjuiciarse su motivación, se dictó resolución 165/2023, de 27 de abril, estimando parcialmente el recurso con su escrito de ampliación, con nueva retroacción de actuaciones a efectos de que por el órgano de contratación se dictara resolución motivada en relación con la petición de acceso de la recurrente a la documentación del adjudicatario, manteniéndose la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, hasta la resolución del recurso contra la adjudicación.

Por parte de la recurrente se planteó incidente de ejecución de la Resolución 165/2023, ante su falta de cumplimiento por parte del órgano de contratación, aun habiendo solicitado directamente la recurrente su ejecución al órgano de contratación mediante escrito de fecha 18 de julio de 2023.

Planteado el incidente y a petición de este Tribunal, el órgano de contratación remitió resolución en la que refería el trámite de audiencia concedido a BARNA a efectos de justificar la declaración de confidencialidad presentada junto con la oferta, En ella se hace asimismo referencia a que por el órgano de contratación se recibió el referido escrito en fecha 25 de mayo de 2023. Toda la documentación se había tramitado de forma electrónica, a excepción de la resolución, cuya firma era manual. Por otro lado, se encontraba fechada manualmente el 17 de mayo de 2023, fecha anterior a la de recepción del escrito de BARNA. Se añadía asimismo la circunstancia de falta de notificación de la resolución a la recurrente, razón por la cual el referido incidente fue estimado por Acuerdo de este Tribunal, de 26 de octubre de 2023, debiendo el órgano de contratación dar total y efectivo cumplimiento a la Resolución 105/2023, a través de la notificación a la recurrente de la Resolución adoptada, con pie de recurso y corrigiendo, en su caso, los errores de fecha que pudieran identificarse en la misma.

La resolución de denegación de acceso fue notificada a la recurrente por el órgano de contratación en fecha 30 de noviembre de 2023 por correo electrónico. No consta pie de recurso en la notificación, pero este se incluyó en el texto de la resolución.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, habiendo resuelto este Tribunal por resoluciones 105/2023 y 165/2023 el mantenimiento de la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, licitadora en el procedimiento, *"cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso"* (artículo 48 de la LCSP), pues a pesar de ostentar el cuarto lugar en la clasificación de ofertas, pretende la exclusión de los tres licitadores que le preceden en el orden.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - Los escritos de recurso y de ampliación se plantearon en tiempo y forma, como ya se analizaba en las resoluciones 105 y 165, ambas de 2023.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, este se basaba en la sospecha de incumplimiento por parte del resto de licitadores de determinadas prescripciones técnicas, lo cual, indicaba la recurrente, no había sido objeto de posible comprobación en el acto de vista del expediente, pues no se había permitido el acceso a la documentación técnica necesaria.

En concreto, centraba la recurrente sus sospechas de incumplimiento por parte de BARNA, empresa que resultó adjudicataria, y del resto de licitadores, esto es, ECOLAB HISPANO-PORTUGUESA, S.L.U. (en adelante ECOLAB) y VESISMIN, S.L. (en adelante VESISMIN) en las siguientes prescripciones técnicas de obligado cumplimiento:

- Eficacia antimicrobiana. Concretamente actividad fungicida UNE-EN 13624 y virucida UNE-EN 14476, todo ello de acuerdo con la UNE-EN 14885:2019.

- Composición del principio activo; concretamente la formulación a base de amonios cuaternarios combinada con agentes detergentes.

Señalaba en su escrito inicial que al objeto de aportar al Tribunal los medios de prueba suficientes para acreditar *"los distintos incumplimientos del PPT por parte de las ofertas del resto de empresas",* se solicitó acceso al expediente. Y que, en el acto de vista del expediente, no se permitió a NONWOVENS examinar la documentación obrante en el mismo relativa a las ofertas de BARNA, ECOLAB y VESISMIN, pues según el órgano de contratación, estas mercantiles habían designado como

confidencial la documentación que NONWOVENS necesita comprobar, en concreto, la ficha de seguridad del producto o, en su defecto, la ficha técnica, la acreditación de cumplimiento del Test UNE-En de las toallitas y la presentación comercial.

Señalaba, por otro lado, que en ningún momento se le mostraron las declaraciones de confidencialidad de las empresas a cuya documentación querían acceder, ni las justificaciones de tales declaraciones.

En base a lo anterior, solicitaba se le concediera visualizar la documentación declarada confidencial y así, fundar suficientemente su recurso, en la medida en que no disponen de los documentos necesarios para la comprobación de sus sospechas.

Por su parte, el órgano de contratación defendía en su informe que el interesado tuvo acceso al expediente con fecha 8 de febrero de 2023, permitiéndole ver la documentación del propuesto adjudicatario, a excepción de aquella que había designado como confidencial, así como los informes y valoraciones para la elaboración de la resolución de la adjudicación. Señalaba que las ofertas de los licitadores no son información pública, no cumpliendo los presupuestos del artículo 12 de la Ley de Transparencia, cuyo objeto es ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, no pudiendo facilitarse al acceso cuando su divulgación, perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o pueda afectar a la competencia leal entre operadores económicos. Y nada se recogía en el primer informe al respecto de los incumplimientos mencionados por la recurrente en relación a las ofertas del resto de licitadores.

En último término, el adjudicatario del contrato alegaba ausencia de legitimación de la recurrente, al haber quedado clasificada en cuarto lugar, con opciones remotas de convertirse en adjudicataria, sin aportar prueba de incumplimiento contra las tres mercantiles que le preceden. Entiende asimismo que justificó correctamente la designación de su documentación técnica como confidencial cuando presentó su proposición a la licitación, no siendo toda ella declarada

confidencial, habiendo actuado correctamente el órgano de contratación al preservar su confidencialidad y afirmaba que la recurrente contaba con toda la información suficiente para conocer los motivos por los cuales BARNA IMPORT fue adjudicataria. Finalmente apuntaba la inexistencia de razones para contradecir la valoración técnica efectuada por el órgano de contratación al evaluar la adecuación de las ofertas de las tres licitadoras, por lo que cuestionaba el ánimo dilatorio de la recurrente.

Vistas las alegaciones de las partes, la documentación obrante en el expediente y la resolución de declaración de confidencialidad adoptada por el órgano de contratación y notificada a la recurrente en cumplimiento de nuestras resoluciones anteriores y, no habiendo NONWOVENS mostrado disconformidad con dicha resolución mediante su impugnación a través de recurso especial en el plazo otorgado, este Tribunal entiende que tanto el recurso presentado contra la adjudicación del contrato a BARNA IMPORT MÉDICA, S.A., como el posterior escrito de impugnación dirigido contra el resto de licitadores, se basa en meras sospechas de incumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de la adjudicataria, sin que la recurrente, a la vista de la documentación a la que tuvo acceso y que no fue declarada confidencial por el órgano de contratación, haya materializado las sospechas de incumplimiento de las prescripciones referidas a la eficacia antimicrobiana y a la composición del principio activo de la oferta de BARNA, como sí lo hizo, tras el acto de vista del expediente para las otras dos empresas clasificadas por delante.

No obstante lo anterior, solicitaba la recurrente que para el supuesto en que se considerara que la declaración de confidencialidad de BARNA es correcta y se les denegara el acceso a la documentación de la citada mercantil a los efectos de poder demostrar el incumplimiento por parte de la adjudicataria del PPT, solicitaba al Tribunal el análisis del cumplimiento con la normativa aplicable, UNE EN 14476 al no incluirse el virus Poliovirus.

Como ya se ha señalado, una vez resuelta la denegación de acceso al expediente de forma motivada por el órgano de contratación, esta no ha sido objeto de impugnación por parte de NONWOVENS, por lo que sólo resta, visto el contenido del recurso, comprobar el cumplimiento de lo solicitado por la recurrente.

Determina al respecto el pliego de prescripciones técnicas que la actividad virucida de la toallita desinfectante debe cumplir con la norma UNE EN 14476.

La adjudicataria presentó ficha técnica de su producto en la que se relaciona el cumplimiento de dicha Norma para virus VACV, HBV, HCV, HIV, H5N1, SARS, Corona y Norovirus, ficha de seguridad, marcado CE, ensayos de evaluación bactericida y declaración de cumplimiento de normativa.

No disponiendo este Tribunal de conocimientos técnicos en la materia y constando informe técnico de cumplimiento de especificaciones técnicas emitido por el órgano de contratación en el seno del expediente, gozando la actuación del órgano de contratación de discrecionalidad técnica y de presunción de acierto y veracidad, el único control que corresponde a este Tribunal es el de analizar si las argumentaciones de la recurrente, a quien corresponde la carga de la prueba, han desvirtuado tal presunción.

Habiendo sido calificadas las argumentaciones por la propia recurrente de “sospechas” e “indicios” en relación con la documentación de la adjudicataria a la que ha tenido acceso, procede desestimar el recurso presentado sin entrar a valorar los incumplimientos del resto de licitadores.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 con su escrito de ampliación, contra la adjudicación del contrato de suministro de toallitas desinfectantes para la limpieza y desinfección de superficies y equipamiento médico no invasivo ni sumergible para el Hospital Universitario La Paz, número de expediente P.A. 2022-0-57.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, hasta la resolución del recurso contra la adjudicación.

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 59 de la LCSP.