

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

En Madrid, a 13 de agosto de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Cardinal Health Spain S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de enero de 2020, por la que se le excluye de la licitación para los lotes 6 y 10 y se acuerda la admisión de otras empresas, Medline International Iberia para los lotes 6 y 10 y Nacatur 2 España para el lote 10, en expediente de contratación del Acuerdo Marco para “Suministro de guantes estériles y no estériles de uso sanitario para todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios (11 lotes), expediente AM PA SUM 05/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó en Diario Oficial de la Unión Europea el día 18 de junio de 2019, y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 19 de junio de 2019. El valor estimado del contrato es de 22.462.539,14 euros.

Segundo.- En fecha de 21 de enero de 2020, la Mesa de contratación acuerda excluir de la licitación a la recurrente para los lotes 6 y 10 y admitir a Medline International Iberia para los lotes 6 y 10 y a Nacatur 2 España para el lote 10.

Tercero.- Con fecha 17 de febrero de 2020, por la representación de la recurrente, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa por la que se le excluye de la licitación para los citados lotes y *ad cautelam* contra los acuerdos de admisión de Medline International Iberia y Nacatur 2 España para los lotes mencionados, pendientes de tomar vista del expediente al que accedió el órgano de contratación.

El mismo día de su recepción se dio traslado del recurso al órgano de contratación, para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo de conformidad con lo establecido en 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 (en adelante LCSP).

Con fecha 26 de febrero de 2019, se ha remitido copia del expediente administrativo y el informe del órgano de contratación.

Cuarto.- Respecto a la vista del expediente, el escrito de interposición la recurrente solicita el acceso al expediente administrativo de contratación de referencia, todo ello con el objeto de poder formular alegaciones complementarias en los términos del artículo 52 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Que en fecha 25 de febrero de 2020, volvió a solicitar al órgano de contratación el acceso al expediente de referencia.

Con fecha 3 de marzo de 2020, se comunicó a la recurrente que el 6 de marzo, podría acceder al expediente en las dependencias del órgano de contratación, si bien esta actuación tuvo que anularse como consecuencia de la pandemia causada por el Covid-19.

Con fecha 15 de junio de 2020, la recurrente reiteró la referida solicitud tras el levantamiento de los plazos administrativos acordada por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo.

El órgano de contratación dictó resolución en fecha 16 de junio de 2020, por cuya virtud no acordaba de nuevo el acceso al expediente, tal y como ya había hecho anteriormente, sino que manifestaba lo siguiente: *“Dado que las citadas empresas tienen declaración de confidencialidad, la Mesa de Contratación se reunirá, y lo acordado por los miembros de la misma se reflejará en el Acta, publicándose en el Perfil de Contratación de la Comunidad de Madrid”*.

Con fecha 22 de junio de 2020, la recurrente reiteró su solicitud, indicando que no se había solicitado el acceso a ninguna documentación nueva o adicional a la solicitada en fecha 25 de febrero de 2020.

Finalmente, con fecha 10 de julio de 2020, el órgano de contratación concedió el derecho a tomar vista del expediente el día 14 de julio de 2020.

Sin embargo, personada la recurrente el 14 de julio de 2020, no ha podido tomar vista del expediente, haciéndose constar en el acta levantada al efecto que *“Se hace constar que no se le ha podido dar vista de la documentación solicitada, ya que las tres empresas, tienen declaración de confidencialidad”*. Por esta circunstancia solicita mediante escrito de 28 de julio de 2020, se le conceda vista de la documentación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, por lo que, conforme con el artículo 48 de la LCSP, sus derechos e interés legítimos pueden verse afectados.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El presente recurso se presenta el 17 de febrero de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a que tuviera conocimiento de la exclusión, tal y como expresa el artículo 50.1. c) de la LCSP, ya que la publicación tuvo lugar el 27 de enero.

Cuarto.- El recurso se dirige contra el acuerdo de exclusión de un acuerdo marco de suministros cuyo valor es superior a 100.000 euros, siendo pues un acto recurrible conforme al artículo 44.1. b) y 2. b) de la LCSP.

Quinto.- Respecto a los motivos del recurso, respecto al lote 6, considera que en informe técnico que sirvió de base para el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación es erróneo. Señal que en el sobre 1, por así exigirlo el apartado 5.1 de la cláusula 1 PCAP, se incluyó la ficha técnica. Dado que la longitud es un criterio objetivo cuya referencia debía incluirse en el sobre número 3, relativo a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, criterio *“mayor longitud del puño en %. Lotes 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10”*, no se incluyó en la ficha técnica la longitud concreta de cada una de las diferentes tallas de los guantes, sino, simplemente, la referencia genérica de que los guantes en su conjunto, y en cumplimiento de la norma UNE-EN 455, tenían una medida igual o superior a 270 mm, acompañando dicha expresión de la siguiente mención: *«las medidas específicas serán incluidas en el sobre 3 al ser un criterio objetivo (mayor longitud de puño) valorable de dicho sobre»*.

Añade que a la pregunta formulada al órgano de contratación publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid *“¿Las fichas técnicas que vamos a presentar, tenemos que quitar los datos que vamos a aportar en el sobre no 3 como criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas?”*.

Respuesta: sí, deben eliminarse u ocultarse todos los datos de la ficha técnica que puedan ser susceptibles de ser evaluados en fases posteriores del procedimiento, sin menoscabo de que si la ficha técnica es necesaria para la evaluación de los criterios subjetivos y/u objetivos, en cada sobre (2 y/o 3) deberán aportarse aquellos apartados de la ficha técnica que sean requeridos para la evaluación de los criterios que corresponda». En base a ello, no incluyó las medidas del guante en la ficha técnica a incluir en el sobre 1 por cuanto fue una exigencia expresa por parte del órgano de contratación. Sin embargo, en el sobre 3 para acreditar el criterio evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas ‘mayor longitud del puño’”, se incluyó tanto una declaración jurada acerca de cuál era la longitud del puño, especificando que los guantes ofertados al lote 6 tenían para las tallas 7 a 9 una longitud de 295 mm, así como el documento acreditativo EN-455 en el que se hace constar que la longitud del guante para el lote 6 es de 292 mm para la talla 7, es decir, por encima de la medida mínima exigida por el PPT (≥ 285 mm para la talla 7).

Para concluir señala que el informe de valoración toma como referencia para proponer la exclusión la medida que aparece señalada en la ficha técnica del guante de CAH (UNE-EN 455 ≥ 270 mm), obviando que, a continuación, se afirma que «*las medidas específicas serán incluidas en el sobre 3 al ser un criterio objetivo (mayor longitud de puño) valorable de dicho sobre*». Por tanto, no puede ser excluida por no incluir la longitud concreta de cada una de las tallas (o al menos de la talla 7) en la ficha técnica, por cuanto, de haberlo hecho, ello sí habría sido un motivo de exclusión válido.

Por su parte, el órgano de contratación mantiene que “*el hecho de que en su ficha técnica incluya el cumplimiento de la norma UNE 455, no implica en ningún caso el cumplimiento de las condiciones exigidas en el pliego de una longitud mínima de los 285 mm, por tanto, plantear que la comisión técnica tiene que dar como válido su cumplimiento, es simplemente un “acto de fe”. La comisión técnica valora solamente datos objetivos sobre la longitud, y no elucubra o supone sobre lo que habría o no en el sobre 3, y evalúa exclusivamente de acuerdo a la documentación que tiene acceso en cada fase del concurso y en esta fase del concurso no hay ni un solo documento que declare que tiene la longitud exigida en el PPT*”.

Finalmente, considera que la empresa debería haber declarado en la documentación presentada en el sobre 1, que su guante tiene como mínimo, la longitud exigida en el PPT, longitud mínima de los 285 mm, independientemente del valor total que debería presentar en el sobre 3.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si el recurrente cumple la prescripción exigida el PPT referida a la longitud del guante en los términos señalados *“largo (calculado sobre talla media) \geq 285 mm (entendiendo como talla media la 7)”*.

El motivo de exclusión es el siguiente *“declara un largo de 270 mm, cuando lo que se exige es: Largo (calculado sobre talla media): \geq 285 mm (entendiendo como talla media la 7)”*.

En la ficha técnica presentada por el recurrente en el sobre 1 incluye junto a las características del guante referentes a tallas, material, color, aditivo, proteína, lixiviable y grosor, la referencia a la talla donde señala expresamente *“Longitud de acuerdo con EN 455 \geq 270 mmm. Las medidas específicas serán incluidas en el sobre 3 al ser un criterio objetivo (mayor longitud de puño) valorable de dicho sobre”*.

De la información facilitada por el recurrente, no se deduce necesariamente que se produzca un incumplimiento de las prescripciones técnicas referida a la longitud de los guantes, ya que lo único que queda determinado es que su longitud es superior a 270 mm, sin que necesariamente suponga que está por debajo de los 285 mm exigidos por el PPT.

Pues bien, de la mera interpretación literal de la cautela recogida en la ficha técnica, se deduce que la recurrente está planteando que, no solamente cumple la prescripción exigida, sino que su producto opta a una mayor puntuación al superar el mínimo exigido en el PPT, de acuerdo con el criterio de adjudicación de *“mayor longitud de puño”*, al que se le asignan 5 puntos.

La actitud prudente del licitador, de no incluir la información específica de la longitud del guante en la ficha técnica para no desvelar un criterio de adjudicación, no puede en ningún caso resultar penalizada, máxime cuando en la respuesta del órgano de contratación transcrita anteriormente se informa que *“deben eliminarse u ocultarse todos los datos de la ficha técnica que puedan ser susceptibles de ser evaluados en fases posteriores del procedimiento”*.

Este Tribunal no comparte el criterio del órgano de contratación en el informe del recurso *“La comisión técnica valora solamente datos objetivos sobre la longitud, y no elucubra o supone sobre lo que habría o no en el sobre 3”*. Los órganos de contratación deben tomar una actitud mucho más proactiva en defensa de la concurrencia, debiendo solicitar las aclaraciones o información adicional que se estime oportuna para acreditar el cumplimiento de las exigencias de las prescripciones técnicas, sin que ello suponga arbitrariedad o desigualdad con otros licitadores, antes de tomar la medida más drástica que puede adoptarse en una licitación como es la exclusión de la misma de un licitador.

Evidentemente, el órgano de contratación debe cerciorarse de que los licitadores cumplen las prescripciones establecidas en los Pliegos, por ello, cuando existan dudas razonables deben solicitar las aclaraciones pertinentes o, en otro caso, interpretar las dudas en el sentido más favorable a la concurrencia. Ninguna de estas circunstancias se ha producido en el caso que nos ocupa.

En la documentación aportada por la recurrente que incluyó en el sobre 3 consta *“Declaración jurada relativa a criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: mayor longitud de puño”*, donde se manifiesta expresamente que *“Que los productos ofertados por la empresa Cardinal Health Spain 511 S.L. en el Exp. AM PA SUM 05/2018 cumple el criterio evaluable de forma automática indicado en el Pliego de cláusulas administrativas relativo a mayor longitud del puño según se detalla a continuación:*

LOTE 6 - GUANTE QUIRÚRGICO LÁTEX CIRUGÍA ORTOPÉDICA Y

TRAUMATOLOGÍA SIN POLVO ESTÉRIL:

CARDINAL HEALTH PROTEXIS LATEX DE 2D72NS55X A 2D72NS65X Tallas 5,5 – 6,5: 282 mm.

CARDINAL HEALTH PROTEXIS LATEX DE 2D72NS70X A 2D72NS90X Tallas 7,0 – 9,0: 295 mm”.

Así mismo consta el documento acreditativo EN-455 en el que se hace señala que la longitud del guante para el lote 6 es de 292 mm para la talla 7.

Por tanto, se puede apreciar el cumplimiento de la prescripción técnica, no desmentida en este sentido por el órgano de contratación, ya que la talla considerada media (talla 7), presenta una longitud de 292 mm, por encima de los 285 mm exigida en el PPT, por lo que resulta improcedente su exclusión de la licitación.

Por todo ello, el motivo debe ser estimado, debiendo proceder a la retroacción de actuaciones al momento previo de la exclusión de la recurrente, admitiéndola a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que correspondan para el lote 6.

Po lo que respecta al segundo motivo referente a la exclusión del recurrente al lote 10, se fundamenta en que la Mesa de contratación la excluye indebidamente por el error flagrante que puede apreciarse en el informe técnico de valoración, habida cuenta de que, los guantes aportados por CAH en el lote 10 reflejan la talla de los mismos (en el caso de la fotografía aportada en el escrito, la talla 6,5).

Por su parte, el órgano de contratación señala que una vez revisada toda la documentación, así como las muestras presentadas, se ha observado un error de transcripción accidental, ya que se produjo una copia de los motivos de exclusión del lote 9, por lo que su oferta para el lote 10 debe ser admitida.

Se trata, por tanto, de un error de transcripción que ha detectado a analizar nuevamente la documentación presentada, por lo procede la estimación del motivo,

con retroacción de actuaciones al momento previo a la exclusión de la recurrente, admitiéndola a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que correspondan para el lote 10.

Sexto.- Dada la estimación del recurso, con retroacción de actuaciones, admitiendo al recurrente a la licitación para los lotes 6 y 10, no resulta procedente, en este momento la concesión de vista del expediente, ya que debe realizarse la valoración de la oferta del recurrente, llevándose a cabo una nueva clasificación, pudiendo quedar clasificado en primer lugar, lo que haría innecesario la citada vista. En este sentido, la recurrente estaría legitimada para recurrir la admisión de ofertas de las dos empresas admitidas, en el supuesto de que se hubiera producido su exclusión, con el objeto de que la licitación quedase desierta, circunstancias que no se dan en el caso que nos ocupa al haberse producido la estimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por representación de Cardinal Health Spain S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de enero de 2020, por la que se le excluye de la licitación para los lotes 6 y 10, en el expediente de contratación del Acuerdo Marco para “Suministro de guantes estériles y no estériles de uso sanitario para todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios (11 lotes), debiendo retrotraer las actuaciones al momento previo a la exclusión, en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Denegar la vista del expediente solicitada, en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Sexto.

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 58 de la LCSP.

Cuarto.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 26 de febrero de 2020.

Quinto.- 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.