

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.M.S., en nombre y representación de Boston Scientific Ibérica, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 13 de septiembre de 2017 por el que se excluye a la recurrente de la licitación de los lotes 2, 4, 5, 6, 8 y 10 del contrato “Suministro de guías y catéteres guía para distintos procedimientos del Servicio de Hemodinámica”, número de expediente: GCASU 2017-75, del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, 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 y el mismo día 13 en el BOCM, el anuncio de licitación del contrato citado, dividido en diez lotes, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, todos ellos evaluables de forma automática. El valor estimado del contrato es de 571.545 euros y la duración es de 24 meses prorrogables hasta un total máximo de 36 meses.

De acuerdo con la cláusula 1.5, apartado 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativa a la acreditación de la solvencia

técnica, se exige, entre otros requisitos, la presentación de *“Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante”*, certificados de control de calidad, debiendo aportar en este caso tres certificados expedidos por los diferentes centros de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, *“Acreditación de: Mercado CE y certificados de excepción de látex”*. Se indica asimismo que la documentación técnica de cada uno de los números de lote y se incluirá en un dossier independiente para facilitar su revisión.

Respecto de las muestras se indica que deberá presentarse:

- “- 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”.*

Segundo.- A la licitación concurren un total de trece empresas, una de ellas la recurrente.

Tras los trámites oportunos, se reunió la Mesa de contratación el 13 de septiembre de 2017, para analizar la documentación administrativa presentada por los licitadores relativa a la solvencia técnica, acordando su exclusión, tal y como se recoge en el acta correspondiente a dicho acto que fue publicada en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid el 11 de octubre de 2017, haciendo constar:

“Tras revisar la documentación aportada por BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, S.A.U. se evidencia que han incluido documentación que puede permitir otorgar puntuación a diferentes criterios que se valoran en el sobre 2 B -relativa a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, pudiendo vulnerar los artículos 145 y 160 del TRLCSP al haberse alterado el orden para el examen de las proposiciones exteriorizándolos antes del momento procedimental oportuno, hasta el que se debían mantener secretos la Jefa del Servicio de Suministros manifiesta lo siguiente:

En relación a la exclusión o no del proveedor Boston, concurrente al concurso

GCASU 2017-75 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.

Sometido a voto por los miembros de la mesa, se acuerda la exclusión de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, S.A.U., entendiéndose 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.”

Tercero.- Con fecha 24 de octubre de 2017 tuvo entrada en el Tribunal, previo anuncio al órgano de contratación, el escrito presentado por la representación de la empresa Boston por el que interpone recurso especial en materia de contratación, contra su exclusión, sin especificar los lotes objeto del recurso, pero debiendo entenderse que se trata de todos aquellos a los que presentó oferta.

En el recurso reproduce el mismo contenido que en el anteriormente presentado ante este Tribunal contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se le 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, y por los mismos motivos. Alega nuevamente 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 a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), requerimiento que fue atendido con fecha 27 de octubre, solicitando la desestimación del recurso por considerar que la recurrente incurrió en un *“error de interpretación, pues en el pliego administrativo aparece de forma clara e indubitativa la documentación necesaria para acreditar la solvencia técnica, enumerada y reseñada en otro color. No es posible aludir a confusión en los pliegos por ambigüedad o falta de claridad en los mismos, cuando todas las empresas han presentado la documentación de forma correcta excepto la recurrente y en todo caso, debería haberla alegado en una fase anterior, ya que la ley les habilita para que puedan presentar recurso a los pliegos.”*

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso 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, sin que se haya presentado escrito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del 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.- Se acredita en el expediente la legitimación 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 una empresa licitadora excluida del procedimiento.

Igualmente se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se dirige contra el acto de exclusión de un contrato 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.

Cuarto.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo fue publicado el 11 de octubre de 2017, y el recurso se interpuso el día 24 de octubre de 2017, por tanto dentro del plazo de quince días, establecido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- La recurrente alega 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, en coherencia con la actuación de las mesas precedentes, sus miembros manifestaron su voto favorable

a la exclusión fundamentándolo en los artículos 1, 139, 145, 160, del TRLCSP y en el 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Aduce que no cabe alegar oscuridad en los Pliegos que son claros ya que solo la recurrente ha incurrido en el error de incluir en el sobre A documentación que puede permitir otorgar puntuación a diferentes criterios que se valoran en el sobre 2-B, relativa a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, por lo que su exclusión resulta conforme a derecho y solicita la desestimación del recurso.

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 este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en el recurso previo interpuesto contra la exclusión de la misma recurrente 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, que contiene idénticas previsiones en cuanto a la presentación de las ofertas, por lo que existiendo identidad de objeto y fundamento solo cabe reiterar lo entonces manifestado y es que *“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 deban 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 establezcan 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 que 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, este recurso debe ser estimado, anulando el Acuerdo de exclusión y retrotrayendo el procedimiento al momento previo a la clasificación de las ofertas para que la recurrente sea admitida 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.M.S., en nombre y representación de Boston Scientific Ibérica, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 13 de septiembre de 2017 por el que se excluye a la recurrente de la licitación de los lotes 2, 4, 5, 6, 8 y 10 del contrato “Suministro de guías y catéteres guía para distintos procedimientos del Servicio de Hemodinámica”, número de expediente: GCASU 2017-75, del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, anulando el Acuerdo de exclusión y retrotrayendo el procedimiento a fin de que sea admitida a la licitación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad, en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo 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.