

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

En Madrid, a 4 de febrero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BAXTER, S.L., contra la resolución de 4 de diciembre de 2020, por la que se adjudica el contrato “Suministro de medicamentos y productos de fluidoterapia, así como la gestión de su aprovisionamiento y distribución logística en el Hospital Universitario La Paz, Hospital de Cantoblanco y Hospital Carlos III”, Expediente PA 16/2020, este Tribunal ha acordado

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de agosto de 2020 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE , el anuncio de licitación del contrato de referencia a adjudicar por el procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 4.543.269,39 euros y un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- A la presente licitación se han presentado 3 licitadores, entre ellos, la recurrente.

Tercero.- Con fecha 4 de enero de 2020, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia.

Cuarto.- El 21 de enero del 2020, el Órgano de contratación remitió al 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 transpone 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).

Quinto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por aplicación del artículo 53 de la LCSP.

Sexto.- El 22 de enero de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 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, por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno, que fueron presentadas el día 29 de enero de 2021, oponiéndose a la estimación del recurso en los términos que se expondrán en el fundamento de derecho Quinto.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“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). Empresa que de estimarse su recurso y admitirse su oferta resultaría adjudicataria.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación fue notificado el 14 de diciembre de 2020, interponiéndose el recurso el 4 de enero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1. c) de la LCSP.

Cuarto.- El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Con relación al fondo del asunto, la recurrente plantea en primer lugar, como motivo de impugnación, que el Órgano de contratación ha vulnerado el procedimiento de adjudicación en los términos en los que establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Manifiesta que se ha incumplido lo dispuesto en la cláusula 13 del PCAP, donde se regula el procedimiento a seguir por la Mesa de contratación una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas. En lo referente a la apertura de las proposiciones de los licitadores, el PCAP dispone que:

- La documentación contenida en el sobre 2 se realizará en acto público, en el plazo establecido.
- La documentación obrante en el sobre número 3 se realizará en acto público.

Señala que, contrariamente a lo dispuesto en el pliego, el Órgano de contratación ha realizado las aperturas de la documentación contenida en los sobres número 2 y 3 sin acto público, no habiéndose publicado la información que debía de haber proporcionado conforme a lo dispuesto en el PCAP. Así, en fecha 14 de octubre de 2020 procedió a la apertura del sobre número 1 así como a la apertura del sobre número 2, sin que existiese acto público en los términos en los que se exigía en el propio clausulado del PCAP. Es más, en fecha 28 de octubre de 2020 se procedió a

la apertura del sobre número 3 sin que tampoco para esta ocasión, el Órgano de contratación convocase acto público de apertura.

Por su parte, el Órgano de contratación alega que el artículo 157.4 de la LCSP la admite la posibilidad de no realizar en acto público la apertura de la oferta económica, cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse, como es el caso, medios electrónicos.

Señala que con fecha 28 de agosto de 2020 se publicó anuncio de licitación en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid y anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid en fecha 22 de septiembre de 2020, donde se determinaba con claridad que las aperturas de las ofertas son no públicas, cuestión que debería conocer el recurrente y a la que no hace mención en su escrito de recurso.

Considera que, en el marco de las excepcionales circunstancias de crisis sanitaria en la que nos encontramos inmersos, provocada por la pandemia declarada por la OMS en marzo de 2020 en referencia al COVID-19, este Órgano de contratación aplicando los estrictos protocolos exigidos por el Ministerio de Sanidad para la lucha contra la propagación del mismo, en referencia a la limitación de personas en reuniones y a la distancia interpersonal, decidió, al amparo de la legislación vigente, como anteriormente se ha señalado, no hacer públicas las reuniones de la Mesa de contratación, cuando el procedimiento es electrónico, como ocurre en la inmensa mayoría de los casos, garantizando la integridad y el secreto de las proposiciones en el procedimiento electrónico, con el cumplimiento absoluto del mandato expuesto en el artículo 52 de la LCSP, dando así garantía al derecho de acceso al expediente como instrumental respecto del derecho de defensa del recurrente.

Concluye señalando que la legislación vigente ampara la posibilidad de no hacerlas públicas, así lo aconsejaban las circunstancias excepcionales que se están viviendo y así se indicó de forma expresa en los anuncios de licitación en el Perfil y en el Boletín que el recurrente ignora en su escrito de impugnación.

Por su parte, el adjudicatario sostiene que propio anuncio de licitación publicado en el BOCM informa expresamente de que la apertura de las ofertas “no será pública”.

Hace referencia a la modificación del apartado 4 d) del artículo 159 de la LCSP, llevado a cabo por la disposición final Séptima del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en el sentido *“En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.”*.

Concluye alegando que el sistema de tramitación electrónica cumple con los requisitos a los que alude el TACRC en su Resolución 607/2019, transcrita por la recurrente respecto de la publicidad del acto de apertura, pues garantiza el cumplimiento de los elementos principales a cuya finalidad tiende el carácter público de las sesiones; esto es la integridad y el secreto de las ofertas presentadas hasta el momento de la sesión. Así mismo la publicación mediante actas del resultado de dichas sesiones asegura el cumplimiento de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en el proceso.

Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar que el artículo 157.4 LCSP, para el procedimiento abierto dispone que: *“4. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.”*. La actual redacción, procede, como se ha señalado anteriormente del Real Decreto-ley 15/2020, que en su exposición de motivos señala *“La modificación del precepto no solo supone una mejora técnica deseable que está en línea con la regla general de presentación de ofertas por medios electrónicos establecida en la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP que ya garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones y permite el acceso a la documentación correspondiente a los aspectos dependientes de la aplicación de una fórmula, sino que permite resolver el problema coyuntural que se plantea en aquellos procedimientos de adjudicación cuya tramitación se ha reanudado por resultar indispensables para el funcionamiento de los servicios esenciales de la Administración Pública pero en los que no es posible proceder a la apertura de los*

sobres por las restricciones derivadas de las medidas de contención adoptadas para mitigar la propagación de la pandemia COVID-19”

Por tanto, la norma prevé la posibilidad de no realizar en acto público la apertura de la oferta económica, cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. Se constata, además, que en el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante y en el BOCM, en los que se informa de la fecha de celebración de la Mesa de contratación para la apertura de ofertas económicas, se indica el carácter de no público de la misma.

Por otra parte, en relación con el acto público de apertura de los sobres o archivos electrónicos que contengan los criterios dependientes de un juicio de valor, debe traerse a colación la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, expediente 6/2018:

“ (...) La ley es clara al establecer la regla general de apertura pública de los documentos que aluden a los criterios evaluables mediante fórmulas, bien que con la matización de que en los casos de tramitación electrónica, que serán la regla general como ya expusimos en nuestros Informes 1 y 2 de 2018, no será necesario celebrar este acto público, seguramente por considerar el legislador que el procedimiento electrónico ya garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones y permite el acceso a la documentación correspondiente a los aspectos dependientes de la aplicación de una fórmula.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, en opinión de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ya no cabe considerar obligatoria la celebración de un acto público de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga la documentación correspondiente a los criterios de selección cualitativos.

La primera razón por la que alcanzamos esta conclusión radica en que la omisión de la remisión reglamentaria no puede considerarse baladí, sino que tiene un valor interpretativo claro. En segundo lugar, tal falta de mención no es inane desde el punto de vista jurídico. Si en la anterior normativa tal remisión se contemplaba expresamente y en la nueva ya no se contiene podemos deducir que el legislador no la ha considerado necesaria ni oportuna. La consecuencia es que el carácter público

a que se alude en el RD 817/2009 ya no se puede aplicar bajo la vigencia de la nueva ley.

Por otro lado, desde el punto de vista técnico resultaría poco razonable que en los supuestos en que se aplique la tramitación electrónica, la regla general según las DA 15, 16 y 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, fuese público el acto de apertura de la documentación que contenga criterios cualitativos y no lo fuera el de apertura del sobre o archivo electrónico de aspectos dependientes de la mera aplicación de fórmula, siendo la documentación contenida en el mismo mucho más sensible a todos los efectos contractuales.

Finalmente cabe destacar que la principal virtualidad del carácter público del acto de apertura de la documentación de criterios cualitativos ha sido bajo la vigencia de la norma anterior la de asegurar la integridad y el secreto de los sobres de documentación física presentados por el licitador. Es claro que, como hemos expuesto, tal finalidad ya no es servida mediante la celebración de un acto público en los casos de tramitación electrónica realizada con las debidas garantías.

En el resto de los supuestos lo que parece claro es que el legislador ya no ha considerado esencial la comprobación pública de este extremo, prescindiendo de un acto público (...)"

De todo lo anterior, cabe concluir que, en los casos de tramitación electrónica, como en el presente supuesto, podrá no celebrarse en acto público la apertura de la oferta económica y la apertura del sobre o archivo electrónico que contenga la documentación correspondiente a los criterios de selección cualitativos, siempre que el procedimiento electrónico garantice la integridad y el secreto de las proposiciones y permita el acceso a la documentación correspondiente, circunstancias que se dan en el caso que nos ocupa, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Respecto al segundo motivo, la recurrente mantiene que no existe constancia de que la Mesa de contratación haya analizado la documentación acreditativa de los requisitos previos de la empresa propuesta como adjudicataria.

Alega que, cuando accedió a la vista del expediente y solicitó consultar todas las actas de la Mesa de contratación se le indicó que las referidas actas se encontraban publicadas en el tablón de anuncios del Portal de Contratación de la

Comunidad de Madrid, donde se constata la presencia de dos actas, una relativa a una sesión que se mantuvo el 14 de octubre de 2020 y que hace referencia a la apertura de la documentación obrante en el sobre número 1 y número 2 del citado expediente; y, un acta relativa a la sesión mantenida el 28 de octubre de 2020 en la que se procedió a la apertura del sobre número 3. No existe constancia de que, tras recibir la documentación acreditativa de los requisitos previos de la licitadora propuesta como adjudicataria y documentación previa a la adjudicación la Mesa de contratación se reuniese para dar cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 16 del PCAP antes descrita, desconociéndose qué órgano efectuó el análisis de la documentación indicada.

Por su parte, el Órgano de contratación señala que el Acta nº 38/2020, de fecha 2 de diciembre se expone lo siguiente:

“3º.- PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ABIERTOS

Se procede a analizar el listado de ofertas elaborado al efecto, y en base al Informe Técnico emitido por el Servicio de Farmacia, Servicio de Recursos Materiales, el Servicio de Análisis Clínicos y el Servicio de Suministros, conforme a los criterios de valoración establecidos, la Mesa de Contratación acuerda elevar la siguiente propuesta de adjudicación al Órgano de Contratación:

P.A. 16/2020. Suministro de medicamentos y productos de fluidoterapia, así como la gestión de su aprovisionamiento y distribución logística en el Hospital Universitario La Paz, Hospital de Cantoblanco y Hospital Carlos III.

EMPRESA ADJUDICATARIA	IMPORTE
Fresenius Kabi España, S.A.U.	1.933.638,72
IMPORTE TOTAL IVA INCLUIDO (21 %, 4%)	1.933.638,72 €

Plazo de ejecución: 24 meses”

Añade que, como se puede constatar, se ha procedido escrupulosamente al mandato de la Cláusula 16 del PCAP, ya que la Mesa de contratación, como órgano

de asistencia técnica especializada, ha procedido de forma previa a la propuesta, al análisis de las ofertas, es decir al estudio pormenorizado de los documentos requeridos a las empresas seleccionadas, tomando como base los informes técnicos emitidos, elevando posteriormente al Órgano de contratación la propuesta junto con toda la documentación analizada previamente por la Mesa de contratación.

Finaliza señalando que queda constancia expresa, mediante Acta nº 38/2020 debidamente firmada por la Presidenta y la Secretaria, de la reunión de la Mesa de contratación, el día 2 de diciembre de 2020, donde se analizan, entre otros, los documentos que establece la Cláusula 16 del PCAP para posteriormente elevarlos todos y cada uno de ellos al Órgano de contratación, no existiendo vulneración del procedimiento como aduce la recurrente.

Vistas las alegaciones de las partes y la documentación obrante en el expediente, se constata en el acta de la Mesa de contratación de 2 de diciembre de 2020, que se dio cumplimiento a lo previsto en la cláusula 16 del PCAP, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Como tercer motivo del recurso, se plantea que el adjudicatario incumple el PCAP, así como el PPT y debiera haber sido excluida.

Como primer incumplimiento, alega que la documentación aportada por la adjudicataria está en inglés, debiendo tenerse por no presentada y, por ende, debería haber determinado la exclusión de la oferta.

A este respecto, invoca apartado 9 del PCAP, relativo a la *“Forma de presentación de toda la documentación exigida”* que *“toda la documentación necesaria para la verificación del cumplimiento de las características recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas deberá proporcionarse en castellano”*.

Por su parte, el Órgano de contratación señala que se puede constatar, el adjudicatario presenta toda la documentación en castellano, tal y como establece el

apartado 9 Cláusula I del PCAP y el apartado 3 del PPT, exceptuando los siguientes documentos, que figuran en el idioma inglés:

- Certificado CE, como Anexo al mismo del producto sanitario NaCL 0,9%
- Certificado ISSO 9001
- Certificado ISSO 14001

Señala que Órgano de contratación admitió una documentación redactada en lengua inglesa, idioma científico por naturaleza, y que los técnicos que han valorado las ofertas en este procedimiento conocen el mismo y entienden fácilmente lo que el documento manifiesta, por lo que a nuestro juicio, es una simple irregularidad formal no invalidante y por tanto no debería ser causa de exclusión del licitador al amparo del principio antiformalista que rige el procedimiento contractual.

Por su parte, el adjudicatario señala que ha aportado los documentos correspondientes al certificado de conformidad CE, la declaración de conformidad sobre productos sanitarios de irrigación y los certificados ISO 9001 y 14001 en el idioma original en el que fueron redactados, por entender que se trata de documentos normalizados y uniformes en cuanto a su contenido para todas las empresas, al ser emitidos por organismos oficiales o por ser redactados siguiendo las especificaciones marcadas en la reglamentación que resulta aplicable. El Órgano de contratación no parece haber tenido dificultades a la hora de interpretar y valorar el contenido de tales certificados. Prueba de ello es que, pudiendo requerir para subsanar esta falta de traducción, no lo ha creído necesario.

Por parte de este Tribunal, se constata que, la documentación de la propuesta del adjudicatario está redactada en español, salvo los certificados señalados por el Órgano de contratación.

En cualquier caso, la deficiencia observada sería un acto subsanable, debiendo, en su caso, el Órgano de contratación haber concedido dicha posibilidad al licitador. Hay que señalar que los certificados de calidad son documentos que están muy estandarizados en el ámbito empresarial, por lo que, en el caso que nos ocupa,

según manifiesta el Órgano de contratación, dado que los técnicos encargados de la valoración, conocen el idioma inglés, los dieron por suficientes.

Si bien es cierta la exigencia de los pliegos de que la documentación ha de presentarse en español, no lo es menos que los documentos a que hacemos referencia no contienen aspectos referidos a las especificaciones de los productos y a la identificación real de los mismos, que serían fundamentales para evitar errores en su uso y manejo por los profesionales sanitarios.

En este sentido, cabe destacar la Resolución 260/2020, del TACRC que afirma: *“Como alega la empresa adjudicataria, el Tribunal entiende que, si el Órgano de contratación no ha solicitado subsanar esta falta de traducción del certificado de marcado CE, y la Declaración de conformidad, es porque ha entendido el idioma inglés, comúnmente utilizado en el ámbito internacional.*

Se trata, además, de unos documentos cuyo contenido no es difícil de valorar, aunque se hallen redactados en el idioma inglés, porque reflejan simplemente la conformidad del producto ofertado con los requisitos que establece la normativa de la Unión Europea.”

Por consiguiente, dado que se trataría de un defecto subsanable y que el Órgano de contratación no ha tenido la más mínima dificultad para su comprensión, nos encontraríamos ante una mera irregularidad no invalidante de la oferta, por lo que este motivo no debe prosperar.

A continuación, alega como motivo de impugnación que el adjudicatario no ha aportado la documentación requerida a efectos de acreditación de los requisitos previos.

Señala que la adjudicataria presentó la documentación para participar a esta licitación a través de su apoderada Dña. M. G. A, cuyo poder de representación consta inscrito en el ROLECE con el respectivo bastanteo de la Comunidad de Madrid. No obstante, en el trámite otorgado para aportar la documentación acreditativa de los requisitos previos, la mercantil presentó una declaración en la que indicaba que

modificada el apoderado, de forma que la documentación la presentaba Dña. I. M. E., sin que quede constancia en el Registro de Licitadores de la existencia de bastanteo otorgado por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Por su parte, el Órgano de contratación, señala que, si bien es cierto que la Cláusula 15 del PCAP hace referencia al bastanteo de poderes, no es más cierto que el artículo 140.3 de la LCSP establece lo siguiente:

“3. El órgano o la Mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.”

Añade, que *“Siguiendo la prelación normativa, este Órgano de contratación aplica el citado artículo dado que la apoderada de FRESENIUS que firmará el contrato, D^a I. M. E., consta como tal en el Certificado de inscripción del Registro oficial de licitadores y empresas clasificadas del Sector Público, aportado dicho Certificado por la mercantil adjudicataria y no obstante, consultado por el Órgano de contratación”.*

Por su parte, el adjudicatario alega que la presunción de la recurrente es errónea pues el poder de D^a I. M. E. está debidamente bastanteado y consta registrado en el ROLECE con anterioridad a la presentación de dicha documentación.

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal acoge plenamente las alegaciones del Órgano de contratación y del adjudicatario., sin que considere

precisas mayores argumentaciones, desestimando, por tanto, el presente motivo de impugnación.

Alega como siguiente motivo, que la declaración de confidencialidad de la documentación contenida en el sobre número 2 y sobre número 3 en relación con los criterios valorables de forma automática, distintos al precio, es demasiado amplia y genérica y contradice lo dispuesto en el artículo 133 de la LCSP.

Alega, que en lo que respecta a la documentación aportada por Fresenius Kabi, S.A.U, (en adelante Fresenius), se ha incorporado al sobre número 2 una declaración en la que indica que el Proyecto Técnico para la gestión del Suministro es confidencial por contener información que forma parte del know how de la mercantil y de un tercero. En lo relativo a la documentación contenida en el sobre 3 se señala, igualmente, que la documentación relativa a los aspectos relacionados con la gestión del suministro-aprovisionamiento, son confidenciales por las mismas razones que se apunta anteriormente. Finaliza solicitando que se le facilite el acceso completo a la información, y que, una vez lo haya hecho, le confiera la posibilidad de realizar consideraciones complementarias por un plazo de diez días en virtud del artículo 52.3 de la LCSP.

Por su parte, el Órgano de contratación señala que, la documentación declarada como confidencial, es la siguiente:

1º.- En el sobre nº 2, se declara como tal, el Proyecto técnico para la Gestión del suministro.

El Apartado 9 de la Cláusula 1 del PCAP. Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato, dice:

“Además de aportar la documentación en los sobres correspondientes para valorar la oferta, según los diferentes criterios especificados en el apartado 8 anterior, a continuación, se relaciona la documentación necesaria a los efectos de comprobar si la oferta del licitador es acorde con lo estipulado en el pliego de prescripciones técnicas:

Relación de productos ofertados en el ANEXO A, con descripción técnica de los mismos

Descripción de los productos a suministrar mediante catálogos, ficha técnica de los mismos (con indicación expresa del número de orden al que concurren) y otra información necesaria, con la que se pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas exigidas.

Proyecto técnico conforme a lo descrito en el apartado 5 del PPT que recoja al menos:

- Equipamiento técnico con que el que el licitador oferta gestionar el servicio.*
- Sistemas de almacenaje en las instalaciones del almacén centralizado.*
- Medios de transporte si éstos son necesarios.*
- Dotación de estanterías en almacenes periféricos.*
- Recursos humanos: se relacionará el equipo de trabajo para la organización y gestión del aprovisionamiento logístico, así como la experiencia de cada uno de los componentes. Se describirá asimismo la organización del personal.*

Proyecto técnico que recoja la descripción del servicio de aprovisionamiento conforme a lo descrito en el apartado 6 del PPT.”

Indica el Órgano de contratación que, como se puede comprobar, es únicamente este último punto el que se declara confidencial por parte de la adjudicataria, de los cinco relacionados.

Señala, así mismo, que, en el sobre nº 3, se declara confidencial los aspectos relacionados con la gestión del suministro-aprovisionamiento.

Acudiendo para ello al apartado 8.2 del PCAP: Criterio evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se observa que de los ocho apartados que recogen otros tantos criterios de valoración, únicamente, la documentación del último, referente a la gestión del aprovisionamiento y logística, se declara confidencial.

La adjudicataria justificó la confidencialidad de esa documentación, tanto del sobre 2 como del sobre 3, por contener información del know how y de los operativos tanto de Fresenius como de un tercero (Servicio Móvil) cuyos intereses y secretos comerciales están obligados a salvaguardar.

Concluye, afirmando que los intereses en conflicto se producen entre el derecho de los licitadores a la confidencialidad de los documentos de su oferta que pudieran contener secretos profesionales o comerciales y cualquier otra información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, por una parte, y, por otra, el derecho de acceso al expediente del competidor como garantía del derecho a recurrir, garantía plenamente cumplida por parte de Órgano de contratación, pues, de hecho, fueron dos veces las que los representantes de BAXTER vinieron al Hospital a dar vista al expediente de contratación.

Por su parte, el adjudicatario señala que la recurrente ha tenido acceso a toda la información que requería para fundar adecuadamente su recurso. El acceso a documentación distinta hubiera supuesto una ventaja competitiva indebida que la recurrente hubiera podido aprovechar en futuras licitaciones. Por ello, consideran plenamente acertado el criterio del Órgano de contratación a la hora de restringir la información

Vistas las alegaciones de las partes, procede traerá colación el artículo 133 de la LCSP, que establece:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en 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 estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del Órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el Órgano de contratación en el curso del

procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.”

Por su parte, el artículo. 52 LCSP:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al Órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el Órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al Órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.”

Por su parte, el artículo 56.5 del mismo texto legal, señala:

“El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la

confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.”

La doctrina del TACRC a este respecto, compartida por este Tribunal, viene recogida, entre otras en la Resolución 464/20, de 26 de marzo:

“Es lo cierto que la protección de los aspectos y partes de las proposiciones presentadas que pudieran ser confidenciales o merecieran una protección de tal tipo la encomienda la vigente LCSP, en primer lugar y con carácter esencial, al propio interesado en esa información y datos, que es el licitador. Esa protección, además, ha de efectuarla anticipadamente, con carácter previo, es decir, en la propia proposición cuando todavía nadie pretende el acceso a esa información, mediante la indicación concreta de qué documentos o partes de los mismos o información tiene ese carácter de confidencial o protegido por la declaración de confidencialidad, tal y como dispone el artículo 133.1 de la LCSP. Quiere ello decir que si el propio interesado no ha efectuado esa indicación o declaración de confidencialidad o no ha concretado la información que es confidencial en la misma proposición, el contenido de ésta no es, en principio, confidencial, por lo que el Órgano de contratación no tiene deber alguno de amparar una confidencialidad inexistente respecto de una información que no ha sido protegida, si concurren los requisitos legales por el propio interesado concernido. Y además la doctrina de este Tribunal ha recalcado que la designación de confidencialidad no puede comportar una burla al sistema de publicidad y transparencia.

Cabe recordar que para poder aplicar el art. 133 de la LCSP no es admisible que la totalidad de la oferta sea declarada confidencial sino solo una parte de ella y que dicha parte afectada por la confidencialidad se caracterice por:

La información debe ser verdaderamente confidencial, debe hacer referencia a secretos técnicos o comerciales (tal y como fueron definidos por la resolución 196/16 conjunto de conocimientos que no sean de dominio público y que son necesarios para la fabricación, comercialización de productos, prestación de servicios o por razones de organización administrativa o financiera de la empresa)

Dicha información debe suponer una ventaja competitiva

Debe tratarse de información reservada, es decir, desconocida para el público

Debe tratarse de información con valor estratégico o competencial

Ahora bien, en el expediente examinado se observa que el adjudicatario designó como

confidencial parte de la documentación aportada para justificar su oferta (se hace referencia en concreto a la documentación aportada salvo los anexos 1, 12 a 20, es decir, parte de la documentación aportada para justificar la baja en la oferta) por contener datos de comercialización, venta, distribución y producción, sensibles. En concreto se discriminan los documentos aportados y se indica que parte de ellos integran secretos comerciales cuyo conocimiento general quebrantaría las reglas de competencia entre empresas razón por la que los declara con carácter confidencial”.

En el caso que nos ocupa, respecto al contenido del sobre 2, referido al Proyecto técnico, la documentación declarada confidencial únicamente la “*Aplicación informática para la gestión automatizada y control de stocks de los diferentes medicamentos/productos*”, que parece razonable pudiera contener aspectos de valor estratégico o competencial.

Por otro lado, respecto a la documentación del sobre 3, que se refiere a un criterio de valoración concerniente a la gestión del suministro-aprovisionamiento, que otorga un máximo de 4 puntos, hay que señalar que, a los efectos de la adjudicación del contrato, serían intrascendentes las alegaciones que pudiera realizar el recurrente a este respecto, dado la diferencia final de 13 puntos entre la valoración de su oferta la del adjudicatario. Por otro lado, esta documentación se refiere a un aspecto muy puntual y limitado del resto de documentación, que ciertamente pudiera tener un componente de ventaja competencial.

Por tanto, a juicio de este Tribunal, se dan los requisitos establecidos en la norma y en la doctrina para hacer prevalecer la confidencialidad sobre la publicidad y transparencia en el seno del proceso de contratación.

Dado que el recurrente tuvo acceso en dos ocasiones al resto de la documentación no declarada confidencial, procede denegarle el acceso al expediente.

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.- Denegar el acceso al expediente, en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BAXTER, S.L., contra la resolución de 4 de diciembre de 2020, por la que se adjudica el contrato “Suministro de medicamentos y productos de fluidoterapia, así como la gestión de su aprovisionamiento y distribución logística en el Hospital Universitario La Paz, Hospital de Cantoblanco y Hospital Carlos III”, Expediente PA 16/2020.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación previsto en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de 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.- 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 los términos de la Ley 29/1998 de 13 de diciembre reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 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.