

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

En Madrid, a 14 de octubre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Medical Mix S.A.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación por la que se excluye su oferta de la licitación de los lotes 2, 3 y 4 del contrato de “Suministro de fungibles para oftalmología”, número de expediente P.A.2021-0-23, promovido por el Hospital Universitario de La Paz, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 y 22 de junio de 2021, se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, respectivamente, la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y dividido en 4 lotes.

El valor estimado del contrato es de 3.645.783,50 euros, para un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- A la licitación concurrieron ocho empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 4 de agosto la mesa de contratación acuerda excluir a la recurrente de la licitación al no haber presentado contendido alguno en el archivo (sobre) 2 que debía contener la documentación técnica que sirva para la comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas particulares de los suministros ofertados

El acta que recoge dicho acuerdo fue publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 24 de agosto de 2021.

El 25 de agosto la recurrente comprueba la oferta remitida advirtiendo el error cometido al haber incluido en el archivo (sobre) 3 la documentación técnica y la oferta económica y de criterios evaluables de forma automática.

Apreciado el error se dirigen a la mesa de contratación a fin de dar cuenta de lo acontecido y con ello lograr la admisión de su oferta a la licitación.

La mesa de contratación no considera sus peticiones reiterándose en su acuerdo de exclusión por inexistencia de oferta.

Con fecha 8 de septiembre la recurrente solicita vista del expediente al órgano de contratación, la cual es denegada.

Tercero.- Con fecha 13 de septiembre de 2021 se ha recibido en este Tribunal escrito de Medical Mix formulando recurso contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 4 de agosto de 2021, por el que se excluye su oferta a los lotes 2, 3 y 4 del contrato de referencia al considerar que no se ha presentado oferta técnica a dicha licitación.

La recurrente solicita tener vista del expediente por no haber podido tener acceso al mismo dentro del plazo de interposición del recurso.

Con fecha 30 de septiembre de 2021, este Tribunal acuerda el acceso al expediente solicitado y en consecuencia dotar de plazo para la ampliación del recurso y posteriormente ampliar también el plazo para que el órgano de contratación complete su informe.

Cuarto.- El 22 de septiembre de 2021, el órgano de contratación ha remitido 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 (LCSP). Con fecha 7 de octubre presenta el informe completado tras la ampliación del recurso por parte del recurrente a la vista del expediente.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 excluida, *“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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso en plazo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 4 de agosto de 2021, publicado el 24 de agosto de 2021 e interpuesto el recurso el 13 de septiembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles que establece el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación por tratarse de un acto de trámite que impide al recurrente la continuación en el procedimiento en el marco de un contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se limita a la procedencia o improcedencia de la exclusión de la oferta presentada por Medical Mix S.A.U. al procedimiento de licitación que nos ocupa.

Dicha exclusión viene motivada por la ausencia de documentos en el archivo (sobre) 2 relativo a la comprobación del cumplimiento de los requisitos técnicos solicitados por parte de los suministros propuestos por los licitadores.

El recurrente pone de manifiesto: *“Respecto a la documentación técnica, en el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP se indica que debe “incluirse en el sobre N° 2”, pero no se indica que incluir la documentación técnica en ese sobre concreto sea obligatorio o inexcusable ni tampoco que su no presentación en el sobre 2 sea sancionada con la exclusión. Es más, sí que se indica en ese mismo recuadro que debe estar firmada electrónicamente “obligatoriamente”.*

Admite el error de haber incluido en el archivo (sobre) 3 la documentación técnica requerida y descrita anteriormente y la propia de los criterios de adjudicación que en esta licitación y este es un dato importante, obedecen todos a una calificación automática, no existiendo en consecuencia criterios sujetos a juicio de valor.

Invoca distintas resoluciones de Tribunales de Contratación en defensa de los criterios antiformalistas.

Por su parte el órgano de contratación, tanto en su escrito inicial como en el complementario tras el acceso al expediente del recurrente considera que: *“La exclusión de la empresa MEDICAL MIX, del P.A. 2021-0-12, se justifica al no aportar la empresa recurrente, la documentación técnica requerida en el apartado 9 de la cláusula I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP, Documento nº 3), ni del PPT. Resultando imposible valorar dicha oferta sin esta documentación, a los efectos de comprobar su correcta adecuación al Pliego de Prescripciones Técnicas”.*

Invoca la consideración del pliego como *lex inter partes* así como distinta doctrina sobre la necesidad de exigir las formalidades propias de la contratación.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la LCSP establece *“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”.*

Debe considerarse que, el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada

por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

La resolución del TACRC 916/2016, de 11 de noviembre resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC. En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: *“Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011).*

Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, ‘siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal’ (Resolución 233/2011).

En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el

cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplieran las prescripciones técnicas.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: “Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

(...)

La conclusión definitiva es que aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores.”

En el mismo sentido la Resolución 91/2018, de 2 de enero del TACRC: *“En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Por ello lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas”.*

Este Tribunal mantiene el mismo criterio en varias de sus Resoluciones desde el año 2017 y valiendo por todas ellas la Resolución 105/2019, de 20 de marzo donde se señala *“El PCAP no recoge criterios de valoración subjetivos de ofertas que hagan necesaria la presentación de las ofertas en dos sobres distintos, ya que no hay criterios de valoración que dependan de un juicio de valor y el conocimiento de algún aspecto valorable mediante fórmula no puede influir a la hora de valorar los subjetivos”.*

“Descartado, pues, el automatismo en la sanción de exclusión procede valorar la trascendencia que de la inclusión de la información referida haya podido desprenderse en cuanto al objetivo último que la norma pretende conseguir”.

En el caso que nos ocupa, los criterios de valoración recogidos en los PCAP son:

Criterios relaciones con los costes: hasta 60 puntos

Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas hasta 40 puntos:

LOTE	CRITERIOS	PUNTUACIÓN
1	Pieza de mano de facoemulsificación de alto rendimiento con sensor de presión para control preciso de la presión intraocular en el ojo del paciente, compensando tanto las pérdidas incisionales de forma automática como las variaciones de presión de forma activa en situaciones de oclusiones y post-oclusión.	SI:10 PUNTOS NO: 0 PUNTOS
1	Energía oscilatoria torsional en equipo de facoemulsificación	SI:10 PUNTOS NO: 0 PUNTOS
1	Sonda de vitrectomía con doble corte neumático con punta biselada para mejorar el afeitado de la retina	SI:10 PUNTOS NO: 0 PUNTOS
1	Control automático de intercambio líquido/aire en el pedal del equipo de vitrectomía	SI:10 PUNTOS NO: 0 PUNTOS
2	Si oferta mango de plástico ergonómico de 8.98cm de longitud con ramas curvas de 12.46mm de longitud.	SI:40 PUNTOS NO: 0 PUNTOS

3	Si oferta sonda laser con eje de metal reforzado con doble camisa metálica en la parte superior y longitud total de la fibra del láser de 8mm en extensión.	SI:40 PUNTOS NO: 0 PUNTOS
4	Plazo de entrega en pedidos urgentes inferior a las 24 h establecidas en el PPT. Obtendrá la máxima puntuación el proveedor que oferte un plazo de entrega inferior y el resto proporcionalmente.	HASTA 40 PUNTOS

Por consiguiente, ponderando las circunstancias del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de la documentación, debe considerarse que no se han vulnerado los principios de objetividad e igualdad de trato, por lo que el motivo debe ser estimado, procediendo a admitir nuevamente la oferta de la recurrente y calificándola de conformidad con los criterios sujetos a formula descritos.

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 la representación legal de Medical Mix S.A.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación por la que se excluye su oferta de la licitación de los lotes 2, 3 y 4 del contrato de “Suministro de fungibles para oftalmología”, número de expediente P.A.2021-0-23, promovido por el Hospital Universitario de La Paz,

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.