

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

En Madrid, a 5 de febrero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don E.G.E. y Don C.V.I., en nombre y representación de la sociedad Praxair España S.L.U., contra la Resolución del Director Gerente por la que se adjudica el contrato para el Suministro de Gases Medicinales Líquidos con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón, derivado del Acuerdo Marco PA 19/2012 (Expte. 270/2013), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de marzo de 2013 se adjudicó el Acuerdo Marco PA 19/2012, sobre suministro de gases medicinales con destino a los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud, formalizándose con fecha 10 de abril de 2013 los contratos con los diferentes adjudicatarios.

El 1 de octubre de 2013 el Director Gerente del Hospital Universitario Gregorio Marañón dictó Resolución aprobando el documento de solicitud de presentación de ofertas y acordando, entre otras cuestiones: (i) la aprobación de los criterios sometidos a valoración, (ii) el documento de solicitud de presentación de

ofertas, (iii) la aprobación del gasto, (iv) la aprobación del expediente de contratación para el Suministro de Gases Medicinales Líquidos con destino al Hospital, y (v) la apertura del procedimiento para la adjudicación del contrato conforme a lo previsto en el artículo 198.4 del TRLCSP y lo dispuesto en los pliegos reguladores del Acuerdo Marco. El presupuesto base de licitación del contrato alcanza 1.900.783,41 euros.

En el apartado octavo del documento de solicitud de presentación de ofertas se establecían los siguientes criterios de adjudicación del contrato:

- 1) Criterio Precio: Ponderación del 70 %.
- 2) Criterio Calidad: Ponderación del 30%.

La descripción y ponderación del criterio Calidad (criterios técnicos) se fijaba de acuerdo a los siguientes parámetros:

- 1) Logística (producción, distribución, recepción, almacenamientos...): 5 puntos.
- 2) Mantenimiento, instalación y recursos técnicos y humanos: 20 puntos.
- 3) Proyecto técnico de instalaciones: 5 puntos.

Con fecha 3 de octubre de 2013, se cursa invitación a las empresas seleccionadas en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco que cumplieran los requisitos de capacidad de suministros según el documento de adjudicación del mismo, resultando invitadas a participar en el procedimiento, además de Praxair, las empresas Abelló Linde S.A.; Carbueros Metálicos S.A. y Air Liquide S.A.

Finalizado el plazo para la presentación de ofertas el 22 de octubre de 2013 se constituye la Mesa de contratación del Hospital para proceder al acto de apertura de la documentación correspondiente a los criterios técnicos de las dos únicas empresas que se habían presentado a la licitación: Praxair y Abelló Linde S.A., se comprobó que ninguna de las proposiciones contenía información o valoración de carácter económico y se informó a los asistentes que se pasaría la documentación técnica al órgano encargado para su valoración.

Con fecha 4 de noviembre de 2013, se publica en el tablón de anuncios la puntuación otorgada a cada una de las empresas licitantes en el criterio de adjudicación "Calidad" ponderable mediante juicio de valor. Las puntuaciones fueron:

	<i>Criterio 1</i>	<i>Criterio 2</i>	<i>Criterio 3</i>	<i>Total</i>
	<i>Logística</i>	<i>Mantenimiento</i>	<i>Instalaciones</i>	
Praxair España S.L.U.	2,5	14	3	19,5
Abelló Linde S.A.	5	20	5	30

El mismo día, 4 de noviembre de 2013, con carácter previo a la celebración del acto público de apertura de proposiciones económicas Praxair presentó un escrito anunciando la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra la puntuación otorgada en este criterio de adjudicación, solicitando la suspensión del acto de apertura de proposiciones económicas.

Tras analizar y debatir el referido escrito, la Mesa de contratación acuerda la continuación del acto de apertura de proposiciones económicas, considerando que no se estaba ante ninguna de las condiciones previstas en el artículo 45 del TRLCSP para la suspensión automática del procedimiento.

El día 6 de noviembre de 2013 Praxair, presentó un escrito de alegaciones frente al informe técnico. En dicho escrito se ponía de manifiesto, en síntesis, que:

(i) la valoración de las ofertas relativas a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor que se contenían en el informe técnico se había realizado con criterios económicos que no correspondía aplicar en ese momento, cuestiona la correcta valoración de las ofertas técnicas afirmando la arbitrariedad de la Mesa de contratación en su valoración, pasando a continuación a exponer su razonamiento de cada uno de los criterios técnicos;

(ii) alega que la evaluación de las ofertas cuantificables mediante la mera aplicación de formulas, ha de realizarse tras efectuar previamente la de aquellos criterios en que no concurra esta circunstancia y que además, la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos; y,

(iii) que se habían admitido variantes o mejoras propuestas por Abelló Linde S.A. a pesar de que la admisión de las mismas había quedado expresamente excluida en los pliegos, por lo que se solicitaba que *“ante la igualdad técnica de ambas ofertas puesta de manifiesto por el propio Informe Técnico, con exclusión de cualquier consideración económica, asigne la misma puntuación a la Oferta Técnica de Praxair que a la de Abello Linde o, subsidiariamente, proceda a una nueva evaluación de ambas ofertas”*.

Con fecha 15 de noviembre de 2013, el órgano de contratación dicta Resolución en la que acuerda:

1.- Rechazar lo alegado por la empresa Praxair respecto al incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 150 del TRLCSP y 26 y 30 del RDLCSP, en cuanto que en la tramitación del procedimiento se ha seguido escrupulosamente el orden legalmente establecido en la apertura de proposiciones.

2.- Desestimar la solicitud realizada por la empresa Praxair, respecto a que se le valoren las prestaciones realizadas hasta ese momento como actual adjudicatario del contrato y no contenidas en su oferta, ya que ello vulneraría los principios de igualdad de trato, transparencia y no discriminación entre los licitadores, que con carácter general se recogen en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

3.- Por último y respecto a la valoración de variantes o mejoras como criterios de adjudicación, al no estar prevista en los pliegos y de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 147 del TRLCSP, la retroacción de actuaciones y la elaboración de un nuevo informe técnico sin tener en consideración las mejoras ofertadas por ambos licitadores en sus proposiciones.

En cumplimiento de la anterior resolución, el día 28 de noviembre de 2013 se emite un segundo informe técnico en el que se vuelven a puntuar las ofertas presentadas por Praxair y Abelló Linde S.A.

Con fecha 3 de diciembre y en presencia de los representantes de las empresas Praxair y Abelló Linde, se procede a la lectura íntegra del nuevo informe técnico y de las puntuaciones otorgadas a cada una de las proposiciones. En este segundo informe se considera que las ofertas de las empresas licitantes son equilibradas y merecedoras de la misma puntuación en los criterios técnicos números 1 y 3 (Logística e Instalaciones, respectivamente) pero en el criterio número 2 (Mantenimiento) se asigna a la oferta de Abelló Linde S.A. la máxima puntuación, esto es 20 puntos, que ya obtuvo en la primera valoración, y a la oferta de Praxair 10 puntos, cuando en la primera valoración había obtenido 14 puntos.

Finalmente, el día 23 de diciembre de 2013 ha sido notificada la Resolución de adjudicación del procedimiento a la empresa Abelló Linde S.A. a la que se otorga la calificación máxima de 30 puntos en el criterio “calidad” y una calificación de 61,14 puntos en el criterio “precio”, lo que supone una calificación total de 91,14 puntos frente a 90 puntos (20 puntos en el Criterio Calidad y 70 puntos en el Criterio Precio) obtenidos por Praxair.

Segundo.- Con fecha 26 de diciembre de 2013, tiene entrada en el Hospital escrito presentado por la empresa Praxair España S.L.U. en el que de conformidad con lo previsto en el art. 44.1 del TRLCSP, anuncia su intención de interponer recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de adjudicación.

El 10 de enero de 2014 se entrega en la Secretaría de la Gerencia del Hospital, un escrito fechado el día 8, mediante el que la empresa Praxair interpone

recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de fecha 17 de diciembre de 2013, por la que se acuerda la adjudicación del procedimiento. El recurso alega, y fundamenta, lo siguiente:

1.- En la adjudicación recurrida, la Mesa de contratación ha vulnerado de forma “*clara, manifiesta y ostensible*” el procedimiento concreto previsto tanto en los pliegos como en la legislación en materia de contrato del sector público para la valoración de las ofertas de los licitadores, pues ha procedido a puntuar con carácter previo las ofertas económicas de los licitadores, evaluables de forma automática, a las ofertas técnicas, cuya valoración dependen de un juicio de valor. Es imprescindible que la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor se realice con anterioridad a la valoración de los criterios evaluables de forma automática y cualquier alteración de dicho orden determina la nulidad del procedimiento en su totalidad.

2.- Se ha vulnerado el procedimiento de contratación pública legalmente previsto, lo que ocasiona la nulidad de todo lo actuado prácticamente desde su inicio, con retroacción de las actuaciones al inicio del plazo de presentación de las ofertas de los licitadores.

Finaliza solicitando que se anule la Resolución de adjudicación por ser contraria a derecho, acordando retrotraer las actuaciones a la fase de presentación de las ofertas de los licitadores.

Tercero.- El recurso especial, se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 16 de enero de 2014, junto con una copia del expediente de contratación y el informe 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).

Cuarto.- El 22 de enero de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el

artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Abelló Linde S.A., en el que manifiesta que la Administración no ha vulnerado la exigencia de valorar previamente los criterios técnicos de la licitación y de forma independiente, las ofertas económicas, pues el informe técnico se realizó el 31 de octubre de 2013, y en fecha 4 de noviembre de 2013 se procedió a la apertura de las ofertas económicas de las proposiciones presentadas, al mismo tiempo que se daba a conocer el resultado de la valoración de los criterios técnicos cuya valoración depende de un juicio de valor.

En relación a la valoración de las ofertas señala que en modo alguno se podía valorar, como pretendía Praxair, aspectos no contemplados de forma expresa en la oferta técnica presentada por el licitador y que deberían haberlos hecho constar de forma expresa si querían que se valorasen, poniendo de manifiesto la incongruencia de las mismas, que considera que dentro de su oferta técnica ya están incluidos implícitamente aspectos que no ha hecho constar de forma expresa, obviando que ambos licitadores parten desde la misma posición de igualdad, sin que por el hecho de haber sido el anterior adjudicatario del contrato, Praxair, parta de una posición ventajosa o se tenga que valorar lo que ha hecho durante la prestación del servicio.

Considera que el órgano de contratación no ha emitido el informe técnico de valoración que responde a un juicio de valor “mediatizado”, o “contaminado”, sino con total imparcialidad y de conformidad con las consideraciones previamente fijadas por la resolución de 19 de noviembre de 2013, por lo que el órgano de contratación, ha seguido en todo momento el procedimiento legalmente establecido,

sin que proceda declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de adjudicación impugnado.

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.- También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro, derivado de un acuerdo marco y sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- De conformidad con en el artículo 44.3 del TRLCSP *“La presentación del escrito de recurso deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*.

Pone de manifiesto el informe del órgano de contratación al recurso, firmado por el Gerente del Hospital, que la presentación del escrito de interposición del recurso se realiza en la Secretaría de la Gerencia de este Hospital y no en el Registro de este centro o en el del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Este defecto de forma ha originado un retraso en el conocimiento de la interposición del recurso por los órganos competentes para su tramitación posterior, ya que la persona que ocupa dicho puesto de trabajo no es experta en cuestiones de registro de documentos ni en materia de contratación administrativa, ni tampoco sobre la forma y modo de presentación de recursos especiales en materia de contratación, y la necesaria urgencia de su gestión posterior, por la preclusividad de plazos y la complejidad de su tramitación contemplados en el artículo 46 el TRLCSP.

La regulación del recurso incluye una especialidad en cuanto al cómputo del *dies a quo* para su interposición y en cuanto al lugar en que se ha de presentar. El motivo de esta regulación especial es que el órgano de contratación tenga conocimiento de la interposición del recurso y cuando el acto impugnado sea la adjudicación pueda suspender de manera automática su tramitación impidiendo su formalización, situación que no se evita si el cómputo del plazo es distinto para cada uno de los licitadores o la presentación se realiza en registros diferentes que no permiten al órgano de contratación constatar si a la fecha final se ha formulado o no recurso que impida la continuación del procedimiento. Cuando el recurso se presente ante un registro diferente se tendrá en cuenta como día de presentación el de su recepción en cualquiera de los registros citados en el apartado 3 del artículo 46.

En este caso el recurso no fue presentado en el registro del órgano de contratación sino ante la secretaría del mismo órgano. Aun considerando su forma de presentación, que no se realizó en un registro oficial, fue recibido y aceptado y ha permitido, o debió permitir al órgano de contratación, su conocimiento antes de la finalización del plazo de interposición, por lo que debe ser admitido. No se puede hacer caer sobre el recurrente mayor responsabilidad sobre la capacidad de registro que tiene el empleado público que recibe el recurso que a este mismo empleado que actúa en nombre de la Administración y depende jerárquicamente del mismo órgano de contratación.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue notificada el 23 de diciembre de 2013 e interpuesto el recurso el 10 de enero de 2014, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- Se acredita en el expediente la legitimación de Praxair España S.L.U. para interponer el recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato "*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las*

decisiones objeto del recurso". (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, éste se concreta en determinar la legalidad del procedimiento seguido para la apertura y valoración de proposiciones y las consecuencias de la aceptación de las observaciones formuladas por la recurrente.

El presente contrato derivado trae causa de un acuerdo marco P.A 19/2012, que establecía como único criterio de adjudicación el criterio del precio con 100 puntos a valorar automáticamente. El propio acuerdo marco establecía que los contratos derivados, obligatoriamente, tendrían que establecer como criterios de adjudicación, el criterio del precio, con una valoración máxima del 70%, y los criterios técnicos y/o prestaciones que tienen que establecer cada centro sanitario, con una valoración máxima del 30%. Asimismo, los criterios técnicos y/o prestaciones, tenían que concretarse eligiendo uno o varios de los descritos en el propio acuerdo marco. En el caso concreto del presente contrato derivado, entre los 15 criterios, el centro sanitario ha escogido:

- 1.- Logística (producción, distribución, recepción, almacenamiento...).
- 2.- Mantenimiento, instalación y recursos técnicos y humanos.
- 3.- Proyecto Técnico de instalaciones.

Estos criterios de adjudicación se definen como criterios susceptibles de juicio de valoración.

En todo caso los criterios de adjudicación han de cumplir la condición de ser objetivos. Así, en este caso, el PCAP no concreta qué documentación debería aportarse para la valoración, ni cómo se repartiría la puntuación en ninguno de los criterios de adjudicación enunciados en atención a qué aspectos de la oferta serán tenidos en cuenta, otorgando excesiva discrecionalidad a los técnicos encargados de la misma, al no tener definidos ni los elementos a valorar ni una forma de puntuación determinada y prevista en el PCAP. Al no desglosar suficientemente la

puntuación que corresponde otorgar en la valoración de cada criterio se reduce el grado de transparencia en la adjudicación y se dificulta el control posterior que el órgano encargado de la resolución de recursos pueda realizar.

Estas exigencias del TRLCSP derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa.

Además tan importante como la correcta definición de los criterios de adjudicación de las ofertas lo es la forma de valoración y la motivación de la misma.

La cuestión objeto del presente recurso debe centrarse, a la luz de lo solicitado por la recurrente, considerando si en aquellos supuestos en que se revisa la valoración efectuada en el procedimiento de licitación como consecuencia de la presentación de una reclamación de las contempladas en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre,(en adelante RGLCAP) es posible la retroacción del procedimiento o por el contrario, como solicita la recurrente en este caso es preciso anular todo el proceso de licitación por vulneración del procedimiento legalmente establecido.

Aunque la cuestión pudiera ceñirse únicamente al examen del caso concreto, con las circunstancias y características del procedimiento de licitación en que se dicta el acto recurrido, debido a la importancia de la cuestión y a la afectación a otros supuesto potencialmente semejantes se ha considerado necesario exponer los distintos supuestos que pueden plantearse al hilo de este Recurso.

Con carácter general, en cuanto al procedimiento y orden de apertura de ofertas el TRLCSP 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 (en adelante RD 817/2009) regulan con detalle todo lo relativo a la presentación de proposiciones, el orden de apertura y valoración de ofertas, cuestiones de especial trascendencia en el procedimiento de contratación del sector público. En concreto, por lo que se refiere al orden de apertura de las proposiciones de los licitadores, el apartado 2 del artículo 150 TRLCSP establece lo siguiente:

“Artículo 150. Criterios de valoración de las ofertas.

(...) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinará los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada. (...).”

Por su parte, el artículo 26 del RD 817/2009 establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”*. Y el apartado 2 del artículo 30 del RD 817/2009 que: *“2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.*

3. La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”.

Es decir, la normativa 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 de valor.

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.

Ahora bien siendo este orden inalterable para el órgano de contratación cabe plantearse qué efectos tiene la irrupción en el procedimiento de causas que determinan una alteración de dicho orden.

I. El primero de los supuestos en que este orden procedimental podría verse alterado, es el que ahora nos ocupa, es decir el que se produciría como consecuencia de una revisión de la valoración de los criterios susceptible de juicio de valor efectuada como, consecuencia del planteamiento de una reclamación ante la Mesa de contratación de las previstas en el artículo 87 RGLCAP.

Conviene destacar con carácter previo que este Tribunal mantiene (entre otras en la Resolución 74/2012, de 18 de julio) que la reclamación a que se refiere el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto desarrollo de una ley derogada, está tácitamente derogado en cuanto se oponga a la vigente regulación y no procede contra aquellos actos que son susceptibles del recurso especial en materia de contratación relacionados en el artículo 40.2 del TRLCSP. En cambio los defectos de tramitación que afecten a actos distintos pueden ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano que

corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación. En este caso el acto objeto de la reclamación era la valoración de la oferta que como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones no es susceptible de recurso especial de forma autónoma a la adjudicación, y por lo tanto la Mesa de contratación actuó correctamente al admitir la reclamación y pronunciarse sobre ella.

En este caso Praxair anunció su intención de interponer recurso contra dicha valoración y, al objeto de que el procedimiento de contratación se siguiera adecuadamente, solicitó la suspensión del acto de apertura de proposiciones económicas. Pese a ello, la Mesa acordó la continuación del acto de apertura de las ofertas económicas, que se realizó a continuación. Posteriormente Praxair, presentó un escrito de alegaciones contra el informe técnico de valoración de la licitación solicitando textualmente que el órgano de contratación *“asigne la misma puntuación a la oferta técnica de Praxair que a la de Abelló Linde o, subsidiariamente, proceda a una nueva valoración de ambas ofertas”*, escrito que fue correctamente tramitado por la Mesa en aplicación de lo establecido en el artículo 87 RGLCSP, al no haber recurso especial contra la valoración.

El problema se produce porque a resultas del escrito de reclamación de Praxair que fue parcialmente estimado, y de conformidad con su solicitud, se ha procedido a realizar un nuevo informe técnico de valoración, excluyendo las mejoras ofertadas por ambas empresas, una vez abiertas las ofertas económicas, de manera que a la hora de elaborar el segundo informe se conocía la puntuación obtenida por todas y cada una de las empresas en su oferta económica.

No podemos olvidar que Praxair solicitó la suspensión del acto de apertura de las proposiciones económicas y que la Mesa de contratación rechazó dicha suspensión. Ciertamente no concurre el supuesto de suspensión automática contemplado en el artículo 45 del TRLCSP, sin embargo no es el único supuesto que admite la adopción de medidas cautelares y una actuación prudente, ponderando las

circunstancias alegadas y la posible vulneración del orden de apertura de las proposiciones si se atendía la reclamación, hubiera conducido a atender la suspensión sin que sea suficiente motivación para la denegación la alegación de que la suspensión en este caso no se producía de forma automática ex lege.

Ni el TRLCSP, ni el RGLCAP o el R.D. 817/2009, contemplan la eventualidad que nos ocupa, existiendo en este punto una aparente discordancia entre ambas normas, debido a la existencia anterior del Reglamento respecto de la Ley. Ya se ha analizado por este Tribunal, como más arriba hemos señalado, la incidencia que la entrada en vigor de la Ley 30/2007, con sus posteriores modificaciones ha tenido sobre la reclamación prevista en el artículo 87 RGLCSP, para considerarlo parcialmente derogado en cuanto se oponga a la Ley. Pero en este caso no puede sostenerse que haya una oposición frontal que justifique tener por derogado el Reglamento, sino que es posible conciliar ambas disposiciones vía interpretativa. En dicha interpretación ha de tenerse presente la funcionalidad de ambas previsiones, evitando soluciones que puedan dejarlas sin eficacia en la práctica.

Frente a la garantía que suponen las normas reguladoras del procedimiento de la igualdad de los licitadores tanto en el momento de presentación de las ofertas como en el de su valoración (STJCE Concordia Bus Finland, asunto C-513/99), evitando que de esta última se conozca el contenido valorable mediante juicio de valor con anterioridad al valorable mediante criterios objetivos, debe tenerse en cuenta la garantía de acierto en las resoluciones de adjudicación mediante la posibilidad de revisar las valoraciones efectuadas, tanto mediante reclamaciones como en vía de recurso .

En estos supuestos en que la valoración posterior se produce durante la tramitación del procedimiento de licitación y el mismo está a disposición de la Mesa de contratación que lo ordena, no queda más remedio que considerar que no se ha respetado el procedimiento de licitación previsto en la ley, aunque sea como en este caso con la loable intención de atender a las peticiones de la recurrente en aras de los principios de defensa, de igualdad de trato y de transparencia. Y entendemos

que ello es así, porque ante la reclamación presentada antes de abrir las ofertas económicas y conociendo que existían criterios susceptibles de valoración subjetiva, era necesario para garantizar el cumplimiento de la ley en cuanto a la ordenación del procedimiento, proceder a suspender su tramitación hasta la resolución de la reclamación, para evitar el efecto de potencial contaminación en la valoración a que venimos refiriéndonos.

Por ello no cabe otra alternativa que anular el procedimiento de licitación debiendo convocarse uno nuevo en que todos los licitadores dispongan de igual trato y se proceda a la valoración de los criterios que precisen de juicio de valor con anterioridad a la apertura de los que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes.

II. El segundo supuesto que puede plantearse es aquél en que el orden de tramitación del procedimiento se altera como consecuencia de la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra la valoración efectuada una vez adjudicado el contrato, en virtud del artículo 40.2.c) del TRLCPS.

Debemos partir de que la valoración tanto del primer como del segundo informe técnico, se han realizado en el ejercicio de las facultades de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, tal como ha sido definido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, cuando dice: *“la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos”, (...)* *“la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado”*, sin perjuicio de lo cual la valoración de las ofertas aun realizada con criterios sujetos a juicio de valor es susceptible de control vía recurso administrativo cuando se notifica la adjudicación.

En estos casos resulta claro que no puede mantenerse el orden de tramitación del procedimiento para preservar la valoración subjetiva. Sin embargo, con ánimo de delimitar al máximo cada supuesto este Tribunal considera que, en aquellos casos en que aceptando las alegaciones del recurrente relativas a la valoración subjetiva se estime el recurso y proceda por tanto realizar una nueva valoración, no se produciría vulneración alguna del procedimiento desde el punto de vista de su funcionalidad, en aquellos supuestos en que, existiendo parámetros que permitan realizar un control de los elementos reglados del acto impugnado, el Tribunal se limite a ello, siempre que esta labor de control no implique el ejercicio de facultades discrecionales, y que el órgano encargado de resolver el recurso especial pueda establecer el modo de practicar la nueva valoración, sin que sea posible ir más allá de los límites definidos y concretos del acto de control, sino delimitando, especificando y aclarando los aspectos de la valoración. De esta forma si con la intervención del órgano encargado del recurso especial cabe preservar la objetividad en la valoración, respetando en todo caso la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación, no se aprecia ningún obstáculo a que pueda retrotraerse el procedimiento para realizar una nueva valoración (que a la postre vendrá dada por el Tribunal).

Caso distinto es aquél en que resulte necesario realizar una nueva valoración aplicando criterios o elementos que quedan a la discrecionalidad del órgano de contratación en que a diferencia del caso anterior, el Tribunal con su intervención no puede enervar una posible influencia en la nueva valoración, del conocimiento de la valoración efectuada en aplicación de criterios objetivos.

Este Tribunal, considera que al igual que en el caso de las reclamaciones interpuestas ante el propio órgano de contratación, la alteración, aunque sea por la intervención de un tercero, del orden de apertura de los sobres en cuanto pudiera influir en la valoración de los criterios subjetivos aplicando los artículos 150 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, conduce necesariamente a que en todos estos supuestos hubiera que anular todo el proceso de licitación, realizando una nueva convocatoria.

III. Un tercer supuesto es aquel en que la exclusión del recurrente hubiera tenido lugar con anterioridad a la valoración de las ofertas (por no acreditar el nivel de solvencia o el cumplimiento de las prescripciones técnicas) y que continuando el procedimiento de contratación, el resto de ofertas hubieran sido valoradas en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor y abiertas las ofertas de los criterios valorables mediante cifras o porcentajes, a diferencia de la del excluido, cuya oferta, por el hecho de la exclusión, no hubiera sido abierta, ni por lo tanto valorada. En este supuesto este Tribunal ha venido considerando que la readmisión del excluido, como consecuencia de un recurso especial, implica la continuación del procedimiento respecto de la valoración incluyendo la oferta u ofertas excluidas puesto que, en este caso se ha respetado el orden de apertura de los demás licitadores y la nueva inclusión es una consecuencia sobrevenida del recurso interpuesto y no un vicio de nulidad cometido en la tramitación del procedimiento. Además la valoración de la oferta admitida conforme a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se efectuará siempre antes de conocer su oferta económica, así como la puntuación obtenida en ésta y en el resto de criterios de carácter automático.

La conclusión contraria, es decir considerar que en todo caso una vez abiertas las ofertas económicas de todos o de alguno de los licitadores conlleva necesariamente la anulación de todo el procedimiento y una nueva convocatoria es una interpretación que resulta excesivamente formalista y contraría al principio de libre concurrencia, formulado en el artículo 1 del TRLCSP, pues los preceptos que justifican el carácter secreto de las proposiciones exigen la comprobación de que la actuación realmente ha vulnerado el secreto de las proposiciones y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor y la simple constatación de que del resto de licitadores se conoce tanto la oferta valorable con fórmulas como las valorables con juicio de valor no impide la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor de aquellas ofertas que se retrotraen al momento anterior admitiendo a las excluidas sin que se conozca la puntuación de los criterios sujetos a fórmulas. Lo relevante no es que una proposición se valore en otro momento temporal que las demás, sino que se haga en el orden procedimental

establecido cuando, sin haberse infringido el principio de igualdad en la valoración, procede la retroacción de actuaciones.

El orden procedimental de apertura de las proposiciones tiene como finalidad evitar que las proposiciones económicas sean conocidas en tanto sean objeto de valoración las proposiciones técnicas para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos.

Este procedimiento queda garantizado cuando individualmente se procede a la retroacción de las actuaciones, pero la valoración de la oferta concreta se realiza en el orden que establece la Ley. Anular como consecuencia la anulación del procedimiento cuando las demás empresas también han sido valoradas en el mismo orden establecido, porque en este caso ya se conoce su puntuación total en todos los criterios, sería un criterio riguroso y formalista que resultaría contrario al principio de competencia y concurrencia entre licitadores, pues de anular todo el procedimiento y proceder una nueva contratación, formalmente se cumplirá el procedimiento y la separación de fases, pero con el conocimiento de la totalidad del contenido de las ofertas de todos los competidores lo que permite una adecuación de los términos de la ofertas a la vista del procedimiento anulado. En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad aconseja el mantenimiento de todos los actos que no se vean afectados por la irregularidad.

La inclusión del licitador excluido no supone ninguna ventaja sobre sus competidores porque la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se realiza de manera previa o sin conocimiento del importe de los valorables mediante fórmula o porcentaje, el conocimiento que puedan tener los técnicos del resto de ofertas económicas no afecta a su actuación puesto que desconocen la oferta económica de la proposición que están valorando.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por Don E.G.E. y Don C.V.I., en nombre y representación de la sociedad Praxair España S.L.U., contra la Resolución del Director Gerente por la que se adjudica el contrato para el Suministro de Gases Medicinales Líquidos con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón, derivado del Acuerdo Marco PA 19/2012 (Expte. 270/2013), anulando el procedimiento de licitación por los motivos expuestos en los fundamentos anteriores.

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.