

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

En Madrid, a 29 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.C.A., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. y doña M.M.A., en nombre y representación de Telematic & Biomedical Services, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas (Hospital Infanta Leonor), de fecha 25 de junio de 2015, por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento de contratación de los servicios de “Mantenimiento de equipos de electromedicina de los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, Sureste, del Henares, Infanta Cristina y del Tajo”, número de expediente: 1/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 20 de marzo de 2015 fue convocada la licitación del contrato de servicios de “Mantenimiento de equipos de electromedicina de los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, Sureste, del Henares, Infanta Cristina y del Tajo”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el día 1 de abril de 2015, en el BOE el día 31 de marzo, en el BOCM y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 1 de abril. El valor estimado asciende a 3.209.354,40 euros.

Segundo.- Las empresas Ferrovial Servicios, S.A. y Telematic & Biomedical Services, S.L. presentaron proposición para concurrir a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE.

El 5 de mayo se procedió a la calificación de la documentación administrativa. El mismo día se publica en el perfil del contratante un certificado de la Mesa de contratación en el que se comunica a los interesados los defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada.

El 12 de mayo de 2015 se reunió la Mesa de contratación para la apertura del sobre 2 relativo a la documentación técnica. De los tres licitadores que presentaron proposición dos resultaron excluidos y fue admitida la oferta de Ibérica de Mantenimiento, S.A. En el mismo acto se informó públicamente que la UTE Ferrovial Servicios, S.A. y Telematic & Biomedical Services, S.L. estaba excluida por no haber atendido en plazo el requerimiento de subsanación efectuado mediante publicación en el perfil del contratante el 5 de mayo.

El 22 de mayo el Jefe de Sección de Mantenimiento emite informe de valoración de los criterios de valoración susceptibles de juicio de valor de la única empresa admitida, Ibérica de Mantenimiento, S.A., resultando valorada con 40 puntos.

El 26 de mayo se reúne la Mesa de contratación y con carácter previo a la apertura del sobre nº 3 “oferta económica” se da lectura al informe de valoración mencionado en el párrafo anterior. Se continua con la apertura del sobre nº 3 y en el mismo acto se acuerda proponer la adjudicación a la citada mercantil que se convierte en adjudicación mediante Resolución de 27 de mayo.

Tercero.- El 26 de mayo de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ferrovial Servicios, S.A. y de Telematic & Biomedical Services, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación.

El recurso fue resuelto el 12 de junio mediante la Resolución 88/2015, acordando estimarlo y declarando la nulidad de la adjudicación y de la exclusión de las recurrentes, señalando que no procede subsanar la declaración de pertenencia a un grupo de empresas y retrotrayendo el procedimiento al momento de la exclusión, debiendo continuarse admitiendo a las recurrentes.

El 25 de junio de 2015, se dicta Resolución de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas (Hospital Universitario Infanta Leonor) por la que se acuerda el desistimiento del expediente. Dicha resolución fue notificada a las recurrentes el 29 de junio.

Cuarto.- Contra la referida Resolución se interpone recurso especial en materia de contratación el 16 de julio. En el mismo se solicita que se declare nula la Resolución de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas (Hospital Universitario Infanta Leonor) de 25 de Junio de 2015, por la que se acuerda el desistimiento del Expediente y se acuerde continuar el procedimiento de contratación de conformidad con lo previsto en la Resolución 88/2015 del TACPCM, retrotrayendo el expediente de contratación al momento en que debió ser admitida la oferta, se proceda a la apertura de su oferta, y en su caso, se adjudique el contrato a la mejor oferta de conformidad con los criterios de adjudicación establecido en los pliegos.

Quinto.- El 20 de julio el órgano de contratación remitió el 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, (en adelante TRLCSP). Mantiene que se ha producido una infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, que el órgano de contratación motivó, suficientemente, en dicha Resolución, que hace inviable el mantenimiento de la tramitación del expediente a que se refiere el presente recurso y que repercuten directamente en el interés público que el procedimiento administrativo de contratación pretende satisfacer y que viene

determinado por la necesidad de contratar el mantenimiento de los equipos de electromedicina de los hospitales a que se refiere el expediente.

Afirma que en la actualidad, el contrato de mantenimiento anteriormente suscrito ha finalizado y que las controversias que puedan derivarse de las interpretaciones de los distintos intereses de los licitadores, no sólo del recurrente, pueden incidir en una prórroga innecesaria que se alargue *sine die* en tanto no recaiga sentencia judicial en firme que dirima las cuestiones que se planteen, lo que, en la práctica, supondría que parte del mantenimiento de los equipos quedaría fuera del concurso, siendo imposible éste o teniendo que contratarlo mediante un procedimiento de contratación distinto, lo que supondría un incremento de los costes que incidirían directamente, en contra del interés público.

Considera que de conformidad con lo establecido en el artículo 210 del TRLCSP, el desistimiento es una de las prerrogativas de la Administración que, aunque si bien sujeta a control de los tribunales, se convierte en una necesidad para salvaguardar los intereses públicos e, incluso, en un instrumento de reconstrucción del contrato.

Finalmente manifiesta que tiene prevista la próxima convocatoria de un nuevo expediente de contratación para el “Mantenimiento de equipos de electromedicina de los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, Sureste, del Henares, Infanta Cristina y del Tajo”, a los que se añadirá el Ente Público Hospital de Fuenlabrada, incluyéndose el parque de equipos de electromedicina de éste, ampliando el ámbito de aplicación del objeto del contrato.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio 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 Ibérica de Mantenimiento, S.A. Argumenta que la Resolución 88/2015 de este Tribunal ordenó la retroacción del procedimiento “al momento de exclusión, debiendo continuarse admitiendo a las

recurrentes”. Eso implica dejar sin efecto todos los actos que habían acaecido a posteriori desde la adjudicación, pasando por la valoración de ofertas e incluida la exclusión misma. Señala que la resolución no menciona el carácter individual de la retroacción en ningún momento, lo que debe llevar a ambas licitadoras al momento previo a la exclusión de la UTE Ferrovial-Telematic & Biomedical Services, incluyéndola en la licitación nuevamente. Dicha exclusión se produjo el 12 de mayo, fecha en la que pretende situar nuevamente a ambas licitadoras y siendo dicho momento temporal previo al 22 de mayo en que se emitió el informe técnico de su oferta, siguiendo con las instrucciones del Tribunal, debería emitirse un nuevo informe en el que se valorasen las ofertas técnicas de ambas licitadoras tanto de la excluida como de la no excluida. Por ello la retroacción no se realizaría de acuerdo con los requisitos del Real Decreto 817/2006 y el TRLCSP puesto que la oferta técnica y económica de IBERMANSA ya ha sido analizada y conocido su contenido por todos los licitadores y miembros del órgano de contratación por lo que se verían claramente vulnerados los principios de objetividad e igualdad, básicos de la contratación pública. Ello, nos hace concluir que nos encontramos en presencia de un supuesto de infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación motivado por el contenido del Acuerdo del Tribunal que impide la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, generando un vicio de nulidad de pleno derecho.

Mantiene que no se trata de una retroacción de forma individualizada, sino que la intención del Tribunal es retrotraer las actuaciones al momento de la exclusión afectando la misma a todos los licitadores, no quedando en ningún punto de la Resolución especificado la individualización en la que se fundamenta el recurso, siendo evidente que la fundamentación de la recurrente se basa en un error de interpretación de la Resolución. Una nueva valoración de ambas ofertas puede hacer que la valoración de IBERMANSA sea modificada y es probable que la valoración realizada ya no sea la misma, ya que por la mera comparación entre ofertas, se pueden denotar en una u otra oferta detalles que hagan posicionarse a una por encima de la otra, lo que en el informe realizado no podía producirse ya que IBERMANSA era la única licitadora.

Considera que no deben retrotraerse las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas, puesto que del mismo modo que puede estar contaminada una valoración técnica si se conocen los criterios objetivos del mismo licitador, puede igualmente estar contaminada una valoración técnica de una licitadora conociendo la oferta económica de la otra única licitadora del expediente.

Se opone también a la retroacción de forma individualizada. Explica que la reducción que ofrece IBERMANSA en cuanto al presupuesto máximo de licitación supone una bajada del 1% y este dato influye claramente en la valoración al considerarse que este porcentaje relativamente bajo puede generar contaminación a la hora de una nueva valoración de su oferta. La solución que pretende la recurrente sabiendo que es una oferta poco atractiva es conveniente para que su oferta se valore por el órgano de contratación tras conocer la baja ya que este se puede ver influenciado por la creencia de que la recurrente tenga una oferta mejor y otorgarle en su caso una mayor puntuación en los criterios subjetivos en base a esa influencia.

En consecuencia considera que lo más sensato y acorde con el interés público es el desistimiento de este expediente y la convocatoria de una nueva licitación. En tanto no existe la posibilidad de subsanar los vicios de nulidad del procedimiento, lo que impide la satisfacción del interés público queda justificado el desistimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Según la disposición adicional primera del Decreto 22/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad, forma parte de la administración institucional de dicha Consejería la Empresa Pública Hospital de Vallecas que gestionará el Hospital “Infanta Leonor” y dependerá del Servicio Madrileño de Salud.

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.- El recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello, al tratarse de unas personas jurídicas licitadoras en el procedimiento, “*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 de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 25 de junio de 2015, practicada la notificación el 29 e interpuesto el recurso, el 16 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el desistimiento de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El contrato es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000).

Para conocer si entre los supuestos de actos susceptibles del recurso especial en materia de contratación que enumera el artículo 40.2 del TRLCSP está incluido el desistimiento y dado que con una interpretación literal no encontramos el supuesto, hemos de proceder a su interpretación a la luz de la Directiva 2007/66/CE, que modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21/12/1989, en lo que respecta a la mejora

de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

La mencionada Sentencia de 18 de junio argumenta que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE, obliga a los Estados miembros a prever procedimientos que permitan recurrir contra las decisiones adoptadas en un procedimiento de adjudicación en la medida en que tales decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas jurídicas por las que se adapta el ordenamiento jurídico interno a este Derecho. De ello deduce que si una decisión adoptada por una entidad adjudicadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público está sujeta a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por lo tanto, puede infringirlas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, exige que tal decisión pueda ser objeto de recurso. Por consiguiente, para determinar si puede considerarse que el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se cancela una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las decisiones con respecto a las cuales, en virtud de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a establecer un recurso de anulación, procede examinar si tal acuerdo está comprendido en el ámbito de aplicación de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

Debe señalarse que la exigencia de comunicación de los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación, establecida en el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, actualmente derogada por la Directiva 2004/18/CE, obedecía precisamente al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos a los que se aplica esta Directiva y, por lo tanto, la observancia del principio de igualdad de trato. De ello deduce la Sentencia que, a pesar de que la Directiva 92/50 no prevé específicamente el procedimiento de cancelación de una licitación para un contrato público de servicios, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar, cuando adoptan tal decisión, en general las normas

fundamentales del Tratado y en especial el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Por tanto, concluye la Sentencia, la Directiva 89/665, exige que el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se cancela la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos internos al referido Derecho. Una normativa nacional por la que se limite el alcance del control de la legalidad de la cancelación de una licitación para un contrato público de servicios al examen del carácter arbitrario de tal decisión no es compatible con lo dispuesto en las Directivas porque no puede interpretarse de manera restrictiva el alcance del control que debe ejercerse en el marco de los recursos a que dicha Directiva se refiere.

Así lo argumentó este Tribunal respecto de la renuncia a la celebración de un contrato en la Resolución 17/2011, de 8 de junio o la 107/2014 de 20 de noviembre, sobre el desistimiento.

Como consecuencia, se puede concluir que de acuerdo con la regulación del artículo 40 del TRLCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos de desistimiento del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el desistimiento del procedimiento de adjudicación invocando que no procede la retroacción del procedimiento tal y como ha resuelto el TACPCM porque se infringiría lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que regula lo relativo a la presentación de las proposiciones, el orden de apertura y valoración de ofertas.

Manifiesta el órgano de contratación, para mantener la decisión adoptada, que el interés público que el procedimiento pretende satisfacer es la necesidad de contratar el mantenimiento de los equipos de electromedicina. En nada se ve alterado dicho interés si se procede a la retroacción de las actuaciones a fin de admitir a la empresa excluida, tal como se acordó en la Resolución 88/2015.

En relación a lo alegado por el órgano de contratación cabe señalar que las controversias que puedan derivarse de interpretaciones de los intereses de los licitadores no justifican ninguna prórroga que se alarga *sine die* en tanto recaiga sentencia judicial que supondría que parte del mantenimiento quedase fuera del concurso. Cabe recordar que, previamente al desistimiento, el único recurso presentado contra la exclusión de Ferrovial Servicios, S.A. y Telematic & Biomedical Services, S.L., ha sido resuelto y, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda no compartir la *ratio decidendi* entendiendo que en su ejecución se vulnera el orden de apertura de las ofertas, en la misma Resolución se permite la continuación del procedimiento. No se puede justificar pues ningún retraso ni tampoco falta de mantenimiento “de parte” de los equipos que no se concreta. La Resolución es definitiva en vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma, según el artículo 49 del TRLCSP, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo. No se produce por tanto ningún efecto suspensivo hasta que se dicte sentencia, salvo que así se disponga en sede judicial, sin que conste la interposición de recurso.

Por otro lado la motivación sustento de la Resolución de desistimiento no concreta en qué momento se ha producido la vulneración insubsanable del procedimiento, si antes de dictarse la Resolución 88/2015 o si sucedería con motivo de su ejecución.

Manifiesta IBERMANSA en su escrito de alegaciones que entiende que la retroacción al momento de la exclusión con valoración de todos los licitadores no se ajusta a Derecho. Pero esto no es lo que se acuerda en la Resolución 88/2015. La misma es congruente con el *petitum* del recurso que solicita que “se retrotraigan las actuaciones al momento en que se cometió la nulidad, es decir, a la fase de

calificación del sobre 1, y se continúe con mi representada” y nada dice sobre el resto de licitadoras respecto de las cuales ha continuado el procedimiento.

La retroacción ordenada a efectos de incluir a la UTE excluida no implica la nulidad del resto de actuaciones. Tal como dispone el artículo 64 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.

Como más adelante se expondrá, es criterio del Tribunal que es posible continuar el procedimiento de adjudicación sin necesidad de retrotraer para que todas las actuaciones se hagan de forma simultánea respecto de todas las licitadoras, lo que determinaría la nulidad del procedimiento cuando, como ocurre en este caso, se ha procedido a la apertura de la oferta económica, siendo posible retrotraer individualmente respecto de la licitadora incluida de nuevo en el procedimiento. Tampoco se aprecia impedimento en la valoración separada de una de las ofertas, pues esta no ha de hacerse, como señala el escrito de alegaciones, por comparación con la otra oferta presentada, sino que los criterios de adjudicación se valorarán por relación con los criterios de adjudicación fijados previamente en el PCAP. En cualquier caso, la discrepancia sobre dicho criterio puede ser objeto de recurso contencioso administrativo, pero el contenido de las Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación es directamente ejecutivo.

El desistimiento no es una prerrogativa de la Administración pues el artículo 210 solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos, se trata de una potestad reglada y ha de estar basado en razones objetivas. A diferencia de la renuncia, en el desistimiento no se produce una desaparición sobrevinida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento.

El desistimiento es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previo a la adjudicación que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y es diferente al desistimiento como causa de resolución contractual. Eso impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público, es decir, no es una opción de libre utilización por parte de la Administración sino una solución que únicamente procede cuando supone una infracción de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación.

La Resolución 24/2014, de 5 de febrero, de este Tribunal, realiza un estudio jurídico de las distintas causas que pueden determinar la alteración del orden de apertura y valoración de ofertas.

La citada Resolución 24/2014 parte de reconocer que la normativa reguladora del procedimiento de adjudicación 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 establezca 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.

La citada Resolución 24/2014, analiza como supuesto tercero 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.

Razona la mencionada Resolución 24/2014 que *“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 competencia, 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”.

Por lo general la consecuencia de la estimación del recurso dará lugar a la readmisión al procedimiento del licitador excluido, si bien en ese caso, es decir cuando el procedimiento ha continuado respecto de los demás participantes la valoración de su oferta se efectuará con conocimiento de las de los demás participantes que no fueron excluidos. Por ello el Tribunal considera conveniente que aunque ni la ley ni la normativa reglamentaria prevean nada el respecto, en estos supuestos se proceda a suspender el procedimiento de contratación hasta el momento en que el recurso especial sea resuelto de manera que la disconformidad con la calificación de los requisitos previos se pueda corregir con anterioridad a la apertura de los criterios valorables mediante fórmula.

En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 45/12, de 21 de marzo de 2014, “Informe sobre rectificación de la propuesta de adjudicación de un contrato”, que analiza el supuesto de un procedimiento con varios licitadores. Resultando que solo uno queda en la licitación y todos los demás excluidos se procede a abrir conjuntamente el sobre 2 (criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor) y sobre 3 (criterios valorables de forma automática) considerando que al ser la única empresa que quedaba en el procedimiento, la norma que obliga a abrir en actos públicos distintos y en fases distintas los criterios automáticos y los subjetivos no quedaba vulnerada. Posteriormente respecto de una de las licitadoras excluidas se evidenció que por error no se había comprobado que había aportado correctamente la documentación que le había sido requerida en fase de subsanación. Analiza el informe cómo debe procederse respecto de la plica indebidamente excluida en el contexto de que ambos sobres de la única plica inicialmente admitida fueron abiertos en unidad de acto.

Considera la Junta Consultiva que el error de no haber considerado la documentación subsanadora debe corregirse dictando resolución que ha de contener la orden de retrotraer las actuaciones al momento oportuno para que se proceda en un primer acto público a la apertura del sobre 2 y la valoración de esa parte de la oferta mediante la aplicación de criterios no automáticos y posteriormente en otro acto público debe darse a conocer el resultado de la valoración de esa oferta

y, a continuación, a abrir el sobre 3 procediéndose luego a valorar esa parte de la oferta mediante la aplicación de los criterios automáticos previstos en el pliego.

Argumenta la Junta que a la vista de que la oferta de la única empresa inicialmente admitida fue abierta en su totalidad en unidad de acto infringiendo la norma que obliga a la valoración separada de los criterios subjetivos y de los automáticos ahora ya no es posible ni admisible abrir y evaluar la oferta de la empresa inicialmente excluida y ahora admitida puesto que esta se ha valorado infringiendo la normativa de contratación pública. Es posible, dice, evaluar conforme a lo previsto en la legislación de contratos la oferta de la empresa inicialmente excluida, pero la valoración de la única oferta inicialmente admitida no se ha realizado con sujeción al ordenamiento y no cabe retrotraer el procedimiento a los solos efectos de admitir a la empresa excluida y evaluar en actos diferentes cada parte de su oferta, pues tal corrección no puede realizarse respecto de la otra empresa inicialmente admitida dado que ambos sobres se han abierto en unidad de acto. *A sensu contrario* está admitiendo que si la oferta de la empresa admitida se hubiera realizado en el orden procedimental correcto no implicaría la nulidad del procedimiento y también sería posible la corrección de la indebida exclusión de la otra oferta y su valoración en el orden de separación legalmente previsto.

En consecuencia concluye el citado informe 45/12 que *“siendo imposible subsanar la infracción consistente en haber procedido en unidad de acto a la apertura de los sobres números 2 y 3 de la empresa licitadora nº 2 y a valorar en fases distintas el de cada sobre, de forma que primero se abra el sobre nº 2 y se valore la oferta en él contenida, dependiente de criterios no automáticos antes de abrir y el contenido del sobre nº 3, sujeto a valoración mediante criterios automáticos, lo procedente es acordar el desistimiento del procedimiento de adjudicación en curso por concurrir una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente, y proceder a efectuar una nueva convocatoria del procedimiento de adjudicación de dicho contrato”*.

Por ende y aplicando lo expuesto al caso objeto del recurso, es fundamental recalcar la importancia que tiene el cumplimiento por parte del órgano de contratación de la Resolución 88/2015 que acordó retrotraer y continuar el procedimiento admitiendo a las recurrentes. En el caso que nos ocupa la valoración de los criterios de adjudicación respecto de la empresa admitida se realizó en el orden establecido en la Ley, abriendo el sobre 2 el día 12 de mayo, emitiendo informe técnico el 22, del que se dio lectura en acto público el día 26 de mayo, procediéndose posteriormente a la apertura de la oferta económica. En relación a la empresa excluida cuya admisión procede en cumplimiento de la Resolución 88/2015, también es posible cumplir el orden procedimental de apertura en fases separadas previsto en la normativa de contratación pública. Por ello no concurre el motivo soporte de la Resolución de desistimiento como infracción insubsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación que contempla el artículo 155 del TRLCSP.

Tampoco puede invocarse en fase de recurso, como justificación de la decisión adoptada, porque no consta en la motivación de la Resolución recurrida, que el órgano de contratación tenga prevista una nueva convocatoria a la que se añadirá el Hospital de Fuenlabrada incluyendo su parque de equipos, entre los que abarca el mantenimiento objeto del contrato.

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 M.C.A., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. y doña M.M.A., en nombre y representación de Telematic & Biomedical Services, S.L., contra la Resolución de la

Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas (Hospital Infanta Leonor), de fecha 25 de junio de 2015, por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento de contratación de los servicios de “Mantenimiento de equipos de electromedicina de los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, Sureste, del Henares, Infanta Cristina y del Tajo”, número de expediente: 1/2015, declarando la nulidad de la Resolución de desistimiento, debiendo continuarse el procedimiento.

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.