

**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 doña C.C.P., en nombre y representación de Werfen España, S.A.U., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe, de fecha 26 de junio de 2015, por la que se acuerda la adjudicación del lote 10 del contrato denominado “Suministro de Reactivos para técnicas varias de bioquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, expediente (BIQ) PAPC 2014-1-30, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 18, 26 y 29 de diciembre de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE, el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 1.087.128,07 euros, dividido en 15 lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron al lote 10, la empresa Werfen España, S.A.U., aunque en los cuadros de valoración se la denomina Izasa, S.A., y Radiometer Ibérica S.L.

El día 4 de mayo de 2015 se dicta Resolución de adjudicación del lote 10 del contrato a Werfen España, S.A.U.

El 27 de mayo de 2015, Radiometer Ibérica, S.L. presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato y su exclusión.

El recurso fue estimado por Resolución 81/2015, de 10 de junio, en la que se acordó anular la adjudicación recaída, *“debiendo retrotraer las actuaciones al momento previo a la exclusión y admitiendo la proposición de Radiometer Ibérica, S.L., al procedimiento de licitación que deberá continuar hasta la realización de una nueva adjudicación a la oferta que cumpliendo los requisitos técnicos resulte mejor clasificada”*.

Tercero.- En ejecución de la mencionada Resolución se procedió a la admisión de la oferta de Radiometer Ibérica S.L., y tras los trámites oportunos se dicta nueva Resolución de adjudicación con fecha 26 de junio de 2015, del lote 10 a favor de Radiometer Ibérica S.L., al ser la empresa que había obtenido la mejor puntuación.

La Resolución de adjudicación fue publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid con fecha 30 de junio.

Cuarto.- El 17 de julio de 2015, Werfen España, S.A.U. presenta ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato, de conformidad con el artículo 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, en adelante TRLCSP. El recurso fue anunciado ese mismo día al órgano de contratación.

El Tribunal Central envió el recurso a este Tribunal, donde tuvo entrada con fecha 22 de julio de 2015.

En el recurso se solicita que se declare la nulidad del procedimiento de contratación del lote número 10, por vulneración de los principios de igualdad, transparencia y no discriminación ya que el órgano de contratación conocía la oferta de la recurrente en el momento de la apertura de la proposición de la empresa ahora adjudicataria por lo que se habrían vulnerado las disposiciones que imponen la apertura de los sobres que contienen documentación sujeta a juicio de valor y de los que contienen documentación sujeta a criterios automáticos, en momentos distintos en el tiempo.

Además, alega falta de motivación de la Resolución de adjudicación ya que no se han justificado las puntuaciones otorgadas a las licitadoras, en aplicación de los criterios puntuables mediante juicio de valor.

Quinto.- Con fecha 23 de julio de 2015 se remite a este Tribunal el expediente administrativo, aportando el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Se concedió a la empresa adjudicataria trámite de audiencia, sin que haya presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de Werfen Ibérica S.A.U., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“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 la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 1.087.128,07 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así, se tuvo conocimiento de de la Resolución de adjudicación el 30 de junio de 2015, por lo que el recurso presentado el día 17 de julio se interpuso en plazo.

Quinto.- El recurso sostiene, en primer lugar, que la retroacción del procedimiento supone una vulneración de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato que rigen la contratación pública, al incumplirse las disposiciones relativas a la presentación de las proposiciones, el orden de apertura y valoración de ofertas.

Cita en apoyo de sus tesis el Informe 12/2013 de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El órgano de contratación manifiesta que ha actuado según la Resolución 81/2015, retro trayendo las actuaciones al momento previo a la exclusión de Radiometer Ibérica, S.L., admitiendo dicha proposición e informando de todas las actuaciones realizadas a las empresas interesadas.

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. Parte de reconocer que 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.

Ahora bien, se argumenta que 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.

Dicha 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 y sostiene 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*

critérios 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 este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 45/12, de 21 de marzo de 2014, que admite “a sensu contrario” que si la apertura de la oferta de una 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, la actuación del órgano de contratación ha sido correcta y procede desestimar el recurso por este motivo.

Sexto.- Como segundo motivo de recurso se alega la falta de motivación de la Resolución de adjudicación que además no le ha sido notificada y que ha conocido únicamente por su publicación en el Perfil de Contratante.

Considera la recurrente que el cuadro de valoración *“que acompaña a la Resolución como motivación de la adjudicación a favor de Radiometer Ibérica, S.L., no aparece completo en cuanto a la transcripción de los criterios de valoración que dependen de un juicio de valor, pues falta finalizar la frase del punto 3 con la descripción de lo que se valora y la puntuación máxima (así, 3- Calidad del aparato y/o sistema (simplicidad, manipulación, prestaciones, conexiones, funcionamiento, mantenimiento, resistencia, características técnicas y mejoras).... hasta 11 puntos).*

Dicho lo anterior, y como claramente se concluye tras observar el cuadro de referencia, en ningún momento se ha justificado cómo se ha obtenido las puntuaciones de 20 y 18 puntos otorgadas respectivamente a Izasa, S.A. (actual Werfen España, S.A.U.) y Radiometer Ibérica, S.L., infringiéndose de forma clara el artículo 151.4 TRLCSP. No se sabe qué puntuación se les ha otorgado por cada subcriterio (ni mucho menos el porqué de dicha puntuación) ni tampoco ni siquiera ninguna referencia o explicación del otorgamiento de 20 y 18 puntos”.

El órgano de contratación en su informe alega que *“La adjudicación del lote nº 10 del expediente PAPC 2014-1-30 sería siempre para la empresa Radiometer Ibérica, S.A., aun cuando la valoración técnica de la oferta presentada por esta empresa hubiese sido de 0 puntos”*.

En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

Por lo tanto, la motivación de la adjudicación está en estrecha relación con la posibilidad de plantear un recurso fundado y de obtener un beneficio con la resolución del mismo.

En el caso planteado, vemos que efectivamente la Resolución de adjudicación no se notificó en debida forma a la recurrente, ya que la publicación en el Perfil no exime de llevar a cabo una notificación específica y motivada de acuerdo con lo previsto en el artículo 151.4 del TRLCSP, no siendo, por otro lado, una “modificación de la Resolución de adjudicación”, como se indica, sino una nueva Resolución.

Además, la propia Resolución tampoco contiene una motivación adecuada de la asignación de puntuaciones de acuerdo con los criterios sometidos a juicio de valor, lo que llevaría a la retroacción de las actuaciones para adoptar una nueva

Resolución debidamente motivada con el contenido exigido por el artículo citado. Sin embargo en este caso, como indica el órgano de contratación, la motivación del acto y su posible impugnación no podría nunca acarrear una distinta adjudicación.

La recurrente ha obtenido la máxima puntuación en los criterios sometidos a juicio de valor, 20 puntos y 14,54 puntos, sobre un máximo de 80, en los criterios sometidos a fórmula (precio). La adjudicataria, obtuvo 18 puntos en el primer apartado y 80 en el precio, al haber ofertado la mayor baja.

En consecuencia, la interposición de un recurso basado en una valoración correctamente motivada, solo podría modificar, en su caso, los puntos otorgados mediante juicio de valor, y la adjudicación resultante no variaría en ningún caso, ya que la aplicación de la puntuación automática obtenida es suficiente para clasificar a Radiometer Ibérica, S.L., en primer lugar.

Esta circunstancia implica además, la falta de legitimación del recurrente que ningún beneficio podría obtener de la hipotética estimación del recurso.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse también por este motivo.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por doña C.C.P., en nombre y representación de Werfen España, S.A.U., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe, de fecha 26 de junio de 2015, por la que se

acuerda la adjudicación del lote 10 del contrato denominado “Suministro de Reactivos para técnicas varias de bioquímica para el Hospital Universitario de Getafe” expediente (BIQ) PAPC 2014-1-30.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento producida en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

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

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