

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

En Madrid, a 31 de agosto de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Lorca Marín, S.A. (en adelante LORCA), contra la resolución de 29 de junio de 2023 del Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja, San José y Santa Adela por la que se acuerda la adjudicación de los lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 y 18 del contrato de “Suministro de suturas manuales con destino al Hospital Central de la Cruz Roja”, expediente A/SUM-005733/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de marzo de 2023, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 338.629,63 euros y un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- El 18 de abril de 2023 tuvo lugar la mesa de contratación para la apertura de la documentación administrativa, sobre nº 1.

El 21 de abril de 2023 tuvo lugar la mesa de contratación para la comprobación de subsanación de documentación administrativa y la apertura de sobre nº 3, de proposiciones económicas y documentación relativa a los criterios de adjudicación cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

Con fecha 7 de junio de 2023 tiene lugar la mesa de contratación para la comprobación del informe técnico emitido por el Responsable de Recursos Materiales del Hospital, de fecha 23 de mayo de 2023, publicada en el perfil del contratante con fecha 13 de junio de 2023.

El 14 de junio de 2023 se recibe correo electrónico de la empresa LORCA solicitando revisión de documentación. En su contestación se les indica que se dará acceso el día 22 de junio al informe técnico del expediente y a la documentación técnica de las empresas que no han sido excluidas, salvo la parte que sea confidencial de las mismas. El 22 de junio de 2023 a las 9 horas se dio acceso al expediente al representante de la empresa.

Con fecha 28 de junio de 2023, la mesa de contratación realiza la propuesta de adjudicación del contrato, una vez recibida la documentación requerida a las empresas admitidas con mayor puntuación al aplicar los criterios de adjudicación.

El 29 de junio de 2023 se dicta la resolución de adjudicación del expediente, y se publica en el perfil del contratante el 30 de junio de 2023. Se notifica a todos los licitadores con fecha 4 de julio de 2023.

Tercero.- El 19 de julio de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por LORCA, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia por la infundada e indebida valoración de los

criterios evaluables automáticamente mediante la aplicación de fórmulas en lo relativo a los lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 y 18.

Cuarto.- El 27 de julio de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 y 18 por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Sexto.- La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, presentando escrito B. Braun Surgical, S.A. (en adelante Braun) con fecha 11 de agosto de julio de 2023, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador participante en la licitación con un interés legítimo, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación se adoptó el 29 de junio, siendo notificado el 4 de julio e interpuesto el recurso el 19 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1- El procedimiento de adjudicación debe ser anulado como consecuencia de los vicios formales en que ha incurrido en su tramitación el órgano de contratación y la vulneración de principios que han de regir toda licitación pública.
- 2- Indebida aplicación de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.
 - 1- Respecto al primer motivo del recurso, hay que señalar que es coincidente con el planteado por la misma empresa y respecto al mismo procedimiento de licitación en el recurso 275/2023, que se resolvió mediante resolución 294/2023, de 20 de julio, siendo el motivo desestimado.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo de recurso en aplicación de la doctrina de cosa juzgada administrativa.

2- Respecto al segundo motivo, alega la indebida aplicación de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

En el apartado 8.2 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece:

“8.2. Criterio/s cualitativos:

Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: SOBRE Nº 3

Descripción del criterio Ponderación hasta 40 puntos

Lotes 02-15

Fuerza de tracción para separar la aguja del hilo medida Newtons ().*

Mayor fuerza de tracción 20.

Valores entre la mayor y menor fuerza de tracción 10.

Menor fuerza de tracción 0.

Fácil acceso a la extracción del hilo del segundo blister para evitar anudados no deseados 20.

Lotes 16-17-18-19-20

Resistencia a la tracción del hilo medida en Newtons ().*

Mayor fuerza de tracción 40.

Valores entre la mayor y menor fuerza de tracción en % 20.

Menor fuerza de tracción 0”.

Alega que en los lotes 2 a 15, en atención a la fuerza de tracción para separar la aguja del hilo (medida en Newtons), se han de otorgar 20 puntos a la oferta que presente “Mayor fuerza de tracción”, 10 puntos a los licitadores que oferten “Valores entre la mayor y menor fuerza de tracción” y 0 puntos a la oferta que presente “Menor fuerza de tracción”.

En supuestos como los de los lotes 2, 7 ó 9, en el que se han presentado dos empresas, el pliego de cláusulas administrativas particulares especifica que “la de mayor tracción tendrá máxima puntuación y la segunda la siguiente puntuación y, si no tiene adecuada fuerza de tracción, cero”.

Así pues, en el caso de un lote en el que solo se hayan presentado dos ofertas, necesariamente una de las ofertas (la de mayor tracción) tendrá 20 puntos y la otra 10 ó 0 puntos, en función de si tiene o no una adecuada fuerza de tracción.

De esta manera, tal y como se encuentran configurada en estos lotes la valoración de los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmula, solo uno de los licitadores puede tener la puntuación máxima (40 puntos), resultado de sumar los 20 puntos por la mayor fuerza de tracción y los 20 puntos por el fácil acceso a la extracción del hilo del segundo blíster para evitar anudados no deseados. No obstante lo anterior, en los lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 se ha atribuido la misma puntuación (40 puntos) a todos los licitadores que no han sido excluidos.

En todos estos lotes se produce un doble y hasta triple empate entre los licitadores en lo atinente a la puntuación de los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmula, teniendo todos ellos la puntuación máxima; situación que, a la vista de la configuración de la valoración de dichos criterios en los pliegos rectores de la licitación, no resulta posible.

En cuanto a los lotes 16 a 20, la valoración de la resistencia a la tracción del hilo (medida en Newtons) se ha de efectuar otorgando 40 puntos a la oferta que presente *“Mayor fuerza de tracción”*, 20 puntos a los licitadores que oferten *“Valores entre la mayor y menor fuerza de tracción en %”* y 0 puntos a la oferta que presente *“Menor fuerza de tracción”*.

En los casos como el lote 18 en el que se han presentado dos empresas, el pliego de cláusulas administrativas particulares explicita que *“la de mayor tracción tendrá máxima puntuación y la segunda la siguiente puntuación y, si no tiene adecuada fuerza de tracción, cero”*.

Así pues, en el caso de un lote en el que solo se hayan presentado dos ofertas,

necesariamente una de las ofertas (la de mayor tracción) tendrá 40 puntos y la otra 20 ó 0, puntos en función de si tiene o no una adecuada fuerza de tracción. De esta manera, tal y como se encuentran configurada en estos lotes la valoración de los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmula, solo uno de los licitadores puede tener la puntuación máxima (40 puntos) y los demás 20 ó 0 puntos. No obstante lo anterior, en el lote 18 del expediente de contratación se ha atribuido la misma puntuación (40 puntos) a todos los licitadores.

Concluye su alegato solicitando al Tribunal que acuerde la anulación del acuerdo de adjudicación en lo atinente a los lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 y 18 como consecuencia de la errónea aplicación, valoración y puntuación de los criterios evaluables de forma automática.

Por su parte, el órgano de contratación remite informe técnico en el que se hace constar:

“LOTE 2:

Ambas empresas licitadoras a este lote presentan una mínima diferencia en los valores de tracción por lo que se opta puntuar al máximo a ambas.

LOTE 3:

Se presentan 4 empresas a licitación de las cuales 2 se puntúan con el máximo por lo anteriormente expresado y las otras 2 en relación a sus fuerzas de tracción con menores puntuaciones.

LOTE 4:

Igual que en el lote 3 se presentan 4 empresas a licitación de las cuales 3 tienen una muy similar fuerza de tracción por lo que se opta puntuar al máximo a las 3.

LOTE 5:

Se presentan 3 empresas con una fuerza de tracción a la ruptura muy similar por lo que se opta puntuar al máximo a las 3.

LOTE 6:

Igual que lote 5 presentan resistencia a la tracción muy similar por lo que se opta puntuar al máximo a las 3.

LOTE 7:

Ambas empresas licitadoras presentan fuerzas de tracción muy similares por lo que se opta a puntuar a ambas al máximo dada la calidad de ambas.

LOTE 8:

Se presentan 3 empresas quedando una fuera de concurso por presentar una hebra de menor longitud a la requerida. De nuevo las empresas admitidas presentan una fuerza de tracción a la ruptura muy similar por lo que se opta a puntuar a ambas al máximo.

LOTE 9:

Ambas empresas presentan fuerzas de tracción a la ruptura muy similares por lo que se opta a puntuar al máximo a ambas por calidad de los materiales.

LOTE 11:

Se presentan 3 empresas de las cuales una queda fuera por no cumplir al presentar una longitud de hebra menor a la requerida. Se puntúa de nuevo al máximo por calidad de materiales y similar fuerza de tracción de ambas.

LOTE 12:

Se presentan 4 empresas de las cuales una queda fuera de concurso por presentar una longitud de hebra menor a la requerida. Se vuelve a puntuar al máximo a las otras 3 por calidad de material y características técnicas.

LOTE 13:

Se presentan 4 empresas una de ellas con unas características técnicas inferiores a lo solicitado, las otras 3 en memorias de calidades y fuerza de tracción muy similares por lo que se puntúan al máximo.

LOTE 18:

Se puntúan ambas empresas por igual por presentar estándares de calidad y de fuerza de tracción muy similares”.

Por su parte, Braun alega que revisadas las aperturas de las proposiciones económicas y los criterios evaluables de forma automática pueden ver que el sobre 3 con todos sus documentos se abrieron en el mismo momento y que se tuvo que evaluar los criterios automáticos como las bajas temerarias en otra sesión, pero esto

no provoca que se pudieran alterar contenidos ni haber un quebrantamiento del principio de transparencia, objetividad e imparcialidad. Si en una vista no ha dado tiempo a poder evaluar la documentación de un sobre es normal que en otra sesión se continúe con las valoraciones oportunas. No se considera, a su juicio, que se haya actuado de forma incorrecta.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la valoración de las ofertas en los criterios de adjudicación objeto de controversia se ha realizado conforme a lo dispuesto en los pliegos.

Procede destacar en primer lugar, que nos encontramos ante criterios de adjudicación sujetos a cifras o porcentajes. En este sentido, se establece que, para los lotes 2 al 15, la fuerza de tracción para separar la aguja del hilo se valorará la mayor fuerza de tracción con 20 puntos, valores entre la mayor y menor fuerza de tracción con 10 y menor fuerza de tracción con 0.

En sentido semejante, para el lote 18, la resistencia a la tracción del hilo medida, se valorará la mayor fuerza de tracción con 40 puntos, entre la mayor y menor fuerza de tracción en % con 20 y la menor fuerza de tracción 0.

Por tanto, los pliegos establecen un criterio comparativo a la hora de establecer la valoración de las ofertas, de modo que, salvo en el caso de que la fuerza de tracción para separar la aguja del hilo (lotes 2 al 15) o que la resistencia de tracción (lote 18) sean idénticas, en ningún caso las ofertas pueden tener la misma valoración como en el caso que nos ocupa.

El órgano de contratación, en su informe justifica las valoraciones iguales basándose en que la fuerza de tracción o la resistencia de tracción son similares, sin que este concepto sea compatible con la valoración de un criterio sujeto a cifras o porcentajes, al introducir un aspecto subjetivo.

En ningún caso, en los pliegos se habla de otorgar la misma puntuación a valores similares, sino que se otorgará la máxima puntuación a la oferta que presente la mayor fuerza o resistencia, aun cuando la diferencia respecto a las demás sea mínima.

Por otro lado, tampoco constan las mediciones de las ofertas de los licitadores para los distintos lotes.

Procede traer a colación la consolidada doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan por igual a los licitadores y al órgano de contratación.

Por su parte, el artículo 139 de la LCSP establece que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

Por tanto, procede la estimación del recurso, anulando la adjudicación de los lotes recurridos, con retroacción de actuaciones al momento previo a la valoración de las ofertas de los lotes impugnados, para que se realice la valoración de las ofertas conforme a los pliegos, otorgando la máxima puntuación a la mejor oferta y a las demás conforme a la previsión recogida en el apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Lorca Marín, S.A., contra la resolución de 29 de junio de 2023 del Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja, San José y Santa Adela por la que se acuerda la adjudicación de los lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 y 18 del contrato de “Suministro de suturas manuales con destino al Hospital Central de la Cruz Roja”, expediente A/SUM-005733/2023, con retroacción de actuaciones en los términos recogidos en el fundamento de derecho quinto.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para los lotes recurridos.

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 59 de la LCSP.