

Recurso 88/2020

Resolución 315/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 24 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDICAL SIMULATOR, S.L.** contra el acuerdo, de 5 de febrero de 2020, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de material para la formación en Urgencias y Emergencias Sanitarias de los profesionales del SAS. Cofinanciado con Fondo Social Europeo con el 80%. Programa Operativo FSE Andalucía 2007/2013”, respecto de los Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 14 y 15 (Expte. 1001/13 – CCA. 6821LGU), promovido por el Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de junio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



Posteriormente, y tras una serie de vicisitudes relacionadas con determinados recursos contencioso administrativos y la resolución de los mismos, mediante resolución de 22 de febrero de 2019 el órgano de contratación acuerda la reanudación del procedimiento de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 4.728.490,91 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento para los lotes referenciados se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por 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), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Con fecha 18 de diciembre de 2020, se emite informe de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios evaluables mediante juicio de valor por la comisión técnica encargada al efecto, en el que entre otras cuestiones se propone la exclusión de la oferta de la entidad MEDICAL SIMULATOR, S.L. (en adelante MEDICAL SIMULATOR) del procedimiento de licitación y respecto de los lotes citados en el encabezamiento.

Posteriormente, en acta de 24 de enero de 2020 la mesa de contratación, tras reproducir el citado informe técnico de 18 de diciembre de 2019, declara en lo que aquí interesa que *«A la vista del contenido del Informe Técnico, los miembros de la Mesa de Contratación acuerdan su aprobación en los términos del mismo»*, y por tanto la exclusión de la oferta de la ahora recurrente.



El 5 de febrero de 2020, según consta en acta al efecto, la mesa de contratación se reúne con el siguiente orden del día: «*Comunicación de personas licitadoras y del resultado de la calificación de la documentación del sobre 1. Comunicación del resultado de la evaluación de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación no automáticos. Apertura de los sobres relativos a la proposición económica y documentación técnica para su valoración conforme a los criterios de adjudicación automáticos (sobres 3 y 4). Lectura de ofertas económicas.*».

No obstante, respecto del apartado del orden del día, comunicación del resultado de la evaluación de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación no automáticos, consta en el acta lo siguiente: «*Se inicia el acto público con la lectura por parte de la Presidenta del anuncio de la contratación y se comunica al público asistente la puntuación contenida en el Informe Técnico realizado y obtenida por los licitadores conforme a la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, publicado en el perfil del contratante*». Acto seguido, según consta, la mesa procede a la apertura de los sobres 3 y 4 de las ofertas que continúan en el procedimiento de licitación, sin que entre las mismas se encuentre la entidad MEDICAL SIMULATOR.

CUARTO. El 2 de marzo de 2020 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada entidad MEDICAL SIMULATOR, según manifiesta, contra el acta de 5 de febrero de de 2020 (publicada en el perfil del contratante el 12 del mismo mes), aprobada por la mesa de contratación.

Por la Secretaría del Tribunal, el 4 de marzo de 2020, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada dicha documentación en este Tribunal el 11 de marzo de 2020.

QUINTO. Por Resolución de este Tribunal, de 13 de marzo de 2020, se adopta la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de



22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

SÉPTIMO. Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 8 de julio de 2020, se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en el plazo referido las presentadas por la entidad DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. (en adelante DMH).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente -MEDICAL SIMULATOR- para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, respecto de los Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 14 y 15.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la oferta de la licitación adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles.*

Dicho plazo se computará:



c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, en lo que aquí interesa, consta en el perfil de contratante la publicación el 24 de enero de 2020 del informe técnico de 18 de diciembre de 2019 y del acta de la mesa de contratación de 21 de enero de 2020, así como del acta de la sesión de la mesa de contratación de 5 de febrero de 2020 publicada el 12 de febrero en dicho perfil.

En este sentido, no consta que la exclusión de su oferta le haya sido efectivamente remitida y notificada a la ahora recurrente. Sin embargo, según manifiesta en su escrito de recurso tuvo conocimiento de su exclusión, tras la publicación el 12 de febrero del acta de la mesa de contratación de 5 de febrero.

En consecuencia, al haberse presentado el escrito de recurso el 2 de marzo de 2020 en el registro de este Tribunal, computando desde dicha fecha de 12 de febrero, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente interpone el citado recurso contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la mesa de contratación, solicitando que, con estimación del mismo, se declare su nulidad y se ordene la celebración de una nueva reunión de la mesa de contratación en la que se proceda a una nueva evaluación de las ofertas registradas en plazo, incluida la suya, con comunicación del resultado de la evaluación conforme a los criterios de adjudicación no automáticos y a la apertura de los sobres relativos a la proposición económica y documentación técnica para su valoración conforme a los criterios de adjudicación automáticos (sobres 3 y 4) con lectura de ofertas económicas.

Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, los motivos por los que la oferta de la ahora recurrente ha sido excluida de la licitación se contienen en el informe técnico, de 18 de diciembre de 2019, de valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a un juicio de valor. Su tenor es el siguiente, respecto a los lotes a los que licita. Se reproduce el texto común para todos los lotes y acto seguido se especifica lo particular de cada uno.



«La oferta presentada por la empresa MEDICAL SIMULATOR S.L. ha incluido en el Sobre nº 2, de documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática, la información relativa a la ampliación de la garantía, ofreciendo un período de garantía de (...), no debiendo hacerlo en esta fase, al tratarse de un criterio de evaluación automática que debe valorarse con la documentación técnica contenida en el Sobre nº 4, por lo que se propone que esta empresa sea excluida del procedimiento.».

Lotes										
1	2	3	4	5	6	7	10	11	14	15
6 años	6 años	72 meses	6 años	24 meses	6 años	72 meses	48 mese	48 meses	12 meses	36 meses

Contra la exclusión de su oferta, se alza la entidad MEDICAL SIMULATOR afirmando, en síntesis, que ha sido apartada de la licitación en todos los lotes en los que ha presentado oferta por la mera comisión de un error consistente en incluir en el sobre 2, de documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática, la información relativa a la ampliación de la garantía que debe valorarse con la documentación técnica contenida en el sobre 4, debiendo reseñarse que tal información, la relativa a la ampliación de la garantía, no se omite en el sobre 4, sino que también se incluye en él. Además señala que dicha exclusión lo ha sido incluso en los lotes a los que licitaba en solitario (5, 11, 14 y 15).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso solicita que por los motivos alegados en el mismo se desestime el recurso interpuesto. Para reforzar sus alegaciones, reproduce parte de determinadas resoluciones de este Tribunal y en concreto la 319/2019, de 2 de octubre.

Por su parte, DMH como entidad interesada en su escrito de alegaciones al recurso expone en síntesis que se ha producido una anticipación de la información relativa a la oferta que ha de conllevar inexcusablemente la exclusión del licitador MEDICAL SIMULATOR, pues de lo contrario se quebrantaría lo dispuesto en los pliegos y en la normativa aplicable en materia de contratación a la documentación y los datos que deben incluirse en cada sobre; se infringiría la norma sobre separación de actos de apertura de sobres y se vulneraría, con ello, el secreto de la oferta, conculcando manifiestamente los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia, así como los de igualdad y no discriminación de licitadores.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar el fondo de la controversia que se circunscribe a determinar si la recurrente con ocasión de la documentación aportada en el sobre 2 adelantó



información susceptible de valoración en el sobre 4, de criterios cuantificables como de aplicación automática, o por el contrario dicha información carece de relevancia para la valoración de la oferta contenida en dicho sobre 2, de criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor.

Al respecto, el último párrafo del artículo 150.2 del TRLCSP dispone que *«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 determinarán 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.»*.

Asimismo, el artículo 26, del Real Decreto 817/2009, dispone 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 aquéllos.»*.

En este sentido, como ya ha manifestado este Tribunal en otras ocasiones (vg. Resoluciones 82/2018, de 28 de marzo y 319/2019, de 2 de octubre), dichas cautelas legales persiguen garantizar la imparcialidad en el procedimiento de valoración de las ofertas, impidiendo que un conocimiento previo de datos que deben ser valorados con arreglo a criterios de aplicación automática puedan influir en la evaluación previa de aquellos criterios que dependen de un juicio de valor, y además garantizar que si ese previo conocimiento afecta a una sola de las licitadoras pueda implicar un trato desigual a favor de esta en perjuicio de las demás licitadoras que presentaron correctamente su oferta.

Por su parte, el anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en lo que aquí interesa, establece respecto del criterio de aplicación automática «Ampliación de la garantía», cuya oferta ha de aportarse en el sobre 4, y para cada uno de los lotes lo siguiente:

«Se calculará la puntuación de este apartado en función de los meses de garantía suplementaria a los doce meses exigidos. En cualquier caso, la puntuación máxima a obtener en este criterio de valoración será el indicado en cada uno de los Lotes (5, 10, 15 o 20 puntos).

Si se oferta un periodo de garantía suplementaria igual o inferior a 24 meses, la puntuación será:



$$\text{Puntuación} = (P_{\text{max}} / 96) \times T_{\text{sup}}$$

Si se oferta un periodo de garantía suplementaria superior a 24 meses, la puntuación será:

$$\text{Puntuación} = (P_{\text{max}} / 48) \times (T_{\text{sup}} - 12)$$

Siendo:

P_{max} = La puntuación máxima de este criterio en el Lote correspondiente.

T_{sup} = Número de meses suplementarios a los doce meses exigidos. No se computan periodos inferiores a un mes.».

De acuerdo con lo expuesto, procede analizar si la documentación aportada por la recurrente en el sobre 2 suponía, como indica el informe técnico y asume la mesa de contratación, un adelanto de información que debía incluirse en el sobre 3.

Pues bien, sobre esta cuestión como ya viene reconociendo este Tribunal en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 28 de marzo, 177/2018, de 14 de junio y 196/2019 y 197/2019, ambas de 22 de junio, y mas recientemente 275/2019, de 6 de septiembre y 319/2019, de 2 de octubre), y el resto de Órganos de recursos contractuales, «*lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadores y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP-actual 139.2 de la LCSP-.*».

En definitiva, la quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad así como del principio de igualdad y no discriminación se produce cuando dentro del sobre de documentación justificativa de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, se incorpore documentación, información o referencia que permita al órgano evaluador el conocimiento de elementos que deberían ser valorados después en el sobre de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática.

En este sentido el informe técnico de 18 de diciembre de 2019, en virtud del cual la mesa de contratación acuerda la exclusión de la recurrente, dispone como se ha expuesto que «*La oferta presentada por la empresa MEDICAL SIMULATOR S.L. ha incluido en el Sobre nº 2, de documentación técnica para su valoración conforme a*



criterios de evaluación no automática, la información relativa a la ampliación de la garantía, ofreciendo un período de garantía de (...), no debiendo hacerlo en esta fase, al tratarse de un criterio de evaluación automática que debe valorarse con la documentación técnica contenida en el Sobre nº 4, por lo que se propone que esta empresa sea excluida del procedimiento.». En este sentido, lo ofertado como plazo de garantía en dicho sobre 2 es lo siguiente para los lotes a los que ha presentado:

Lotes										
1	2	3	4	5	6	7	10	11	14	15
6 años	6 años	72 meses	6 años	24 meses	6 años	72 meses	48 mese	48 meses	12 meses	36 meses

Al respecto, en el escrito de recurso la recurrente no cuestiona que haya ofertado dentro del sobre 2 los plazos de garantía expuestos en el párrafo anterior. En este sentido se limita a manifestar que dicha actuación ha sido originada como la “mera comisión de un error”. Sin embargo, dicha actuación, a juicio de este Tribunal, ha propiciado el conocimiento anticipado por el órgano evaluador de datos de su oferta que aún debían permanecer secretos, en concreto el plazo de garantía de la oferta, de tal forma que la simple resta a dicho plazo de doce meses de garantía exigida en los pliegos y la posterior aplicación de la fórmula, arrojaría la puntuación que alcanzaría su oferta en el criterio “ampliación de la garantía”, dato que en ese momento de la licitación se desconoce respecto de otras licitadoras, siendo esa información suficiente para poder influir en la fase de valoración previa, y ello con independencia del hecho de que se pueda o no determinar en ese momento la concreta puntuación atribuida a la recurrente respecto al citado criterio de evaluación automática, y sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que las garantías legales de objetividad e imparcialidad se vean vulneradas.

En este sentido, es indiferente que dicha circunstancia se haya producido por MEDICAL SIMULATOR en la redacción de su oferta de forma voluntaria o involuntaria, pues lo cierto es que ha propiciado el conocimiento anticipado por el órgano evaluador de datos de su oferta que aún debían permanecer secretos, con vulneración de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 150.2 del TRLCSP y en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009. Y ello con independencia de que tal causa de exclusión no se haya recogido expresamente en los pliegos, como pretende la recurrente, pues como establece la cláusula 1.1 del PCAP, relativa al régimen jurídico del contrato, «Será de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (...)».



En consecuencia, se ha producido una infracción de lo establecido en el último párrafo del artículo 150.2 del TRLCSP y en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, lo que determina que la mesa de contratación actuó correctamente al excluir la oferta de la recurrente, ya que lo contrario implicaría no solo una vulneración del secreto de las ofertas sino también un trato desigual con respecto, entre otras, a la entidad interesada -DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U.- que presentó correctamente su documentación.

Por último, ha de analizarse la apreciación que hace la recurrente en la que indica que la “*exclusión lo ha sido incluso en los lotes a los que licitaba en solitario (5, 11, 14 y 15)*”. En este sentido, ha de ponerse de manifiesto que el recurso no desarrolla dicha afirmación, solo indica que se le ha excluido incluso de aquellos lotes en los que era la única licitadora.

Pues bien, qué duda cabe que en este caso la vulneración del principio de igualdad de trato es más difusa. Sin embargo, no ocurre así con el secreto de la oferta y las garantías legales de objetividad e imparcialidad que sí se ven vulneradas, y ello es así, aun cuando solo haya una única entidad licitadora pues tal actuación de la ahora recurrente ha propiciado el conocimiento anticipado por el órgano evaluador de datos de su oferta que aún debían permanecer secretos, siendo esa información suficiente para poder influir en la fase de valoración previa, y sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser.

Dicha circunstancia es aún más patente en el supuesto examinado, en el que era necesario obtener una mínima puntuación en la fase de valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor (60% de la puntuación máxima en cada uno de los lotes), pudiendo dicho conocimiento de la oferta influir, de manera positiva o negativa, en la citada valoración.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas procede desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDICAL SIMULATOR, S.L.** contra el acuerdo, de 5 de febrero de 2020, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de material para la formación en Urgencias y Emergencias Sanitarias de los profesionales del SAS. Cofinanciado con Fondo Social Europeo con el 80%. Programa Operativo FSE Andalucía 2007/2013”, respecto de los Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 14 y 15 (Expte. 1001/13 – CCA. 6821LGU), promovido por el Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Familias.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 13 de marzo de 2020.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

