

Recurso 119/2021

Resolución 398/2021

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

Sevilla, 21 de octubre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LORCA MARÍN, S.A.** contra la resolución del órgano de contratación, de 22 de enero de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de equipamiento para radioterapia con destino a centros del Servicio Andaluz de Salud” respecto a los lotes 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12, promovido por el Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Familias (Expte. 1001/2020), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de junio de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, consta en el perfil que el anuncio fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea para su publicación el 8 de junio de 2020. El valor estimado del contrato asciende a 1.227.800 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y por las normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

Tras la tramitación del procedimiento, el órgano de contratación dictó, el 22 de enero de 2021, resolución de adjudicación del contrato. Consta en el expediente que la notificación de la adjudicación a la ahora recurrente se efectuó mediante escrito de 24 de febrero de 2021, si bien no aparece en el citado expediente la fecha de su efectiva recepción por el interesado. Asimismo, tampoco se adjunta la publicación de la adjudicación en el perfil.



SEGUNDO. El 17 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, procedente del registro electrónico del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad LORCA MARÍN, S.A. (LORCA, en adelante) contra la adjudicación del contrato respecto a los lotes 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Tribunal.

Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones por plazo de cinco días hábiles a los interesados en el procedimiento con traslado del escrito de recurso, las ha formulado la entidad ANATOMICAL GEOMETRY, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación respecto de los lotes 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible

Aun cuando la recurrente impugna la exclusión de su oferta, el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la consideración de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.



El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

En tal sentido, no puede prosperar el alegato de extemporaneidad formulado por la interesada en este procedimiento, basado en que el recurso se interpone en puridad contra la exclusión, de la cual tuvo conocimiento la recurrente desde que formuló alegaciones frente a la misma.

Según la documentación que se adjunta con el recurso, LORCA formuló alegaciones contra la propuesta de exclusión contenida en el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a criterios de evaluación no automática y no contra un acto de exclusión propiamente dicho adoptado por la mesa de contratación. Siendo ello así, y no constando que se haya notificado fehacientemente a la recurrente decisión alguna sobre la exclusión de su oferta durante el curso de la licitación, hemos de considerar que dicha entidad ha tomado conocimiento de su exclusión a través de la notificación del acto de adjudicación; en consecuencia, el recurso se ha interpuesto en plazo teniendo en cuenta que la notificación de la adjudicación se efectuó mediante escrito de 24 de febrero de 2021 y el recurso se interpuso el 17 de marzo.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

La recurrente solicita la anulación de la adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento previo a la valoración de las proposiciones, a fin de que su oferta sea evaluada. Hemos de señalar que en el escrito de recurso se señala que la oferta fue realizada a los lotes 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12, lo que determina que la pretensión formulada deba quedar circunscrita a la adjudicación de los mismos.

LORCA sustenta el recurso en los siguientes alegatos:

1. Pese a que se emitió informe técnico proponiendo la exclusión de su oferta y frente al mismo formuló escrito de alegaciones, no consta en el procedimiento de adjudicación pronunciamiento expreso de la mesa de contratación ni del órgano de contratación sobre la decisión definitiva adoptada, por lo que, de facto, no puede hablarse de que se haya producido la exclusión.

Aduce que la mesa de contratación ha obviado arbitrariamente adoptar una decisión definitiva sobre la exclusión de su oferta sin tomar en consideración el escrito de alegaciones que formuló frente al informe técnico, y que la resolución de adjudicación del órgano de contratación tampoco hace referencia alguna a la exclusión, por lo que se ha omitido la valoración de su proposición sin una previa decisión motivada de exclusión. Ello, a su juicio, ha viciado de nulidad el acto de adjudicación.

2. En todo caso, la propuesta de exclusión carece de fundamento. Como se desprende del informe técnico,



aquella se encuentra supuestamente fundada en la inclusión en el sobre nº 2 (documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática) de información que es objeto de valoración en el sobre nº 4 (documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática); concretamente, los datos relativos al plazo de duración del período de garantía. En apoyo de este alegato, aduce lo siguiente:

-La exclusión por tal motivo no constituye una regla absoluta, debiendo analizarse caso a caso: el mero hecho de que se haya podido incluir erróneamente información propia del sobre nº 4 en el sobre nº 2 no puede suponer la automática exclusión de la oferta, sino que deberá examinarse la totalidad de las circunstancias concurrentes a efectos de determinar si esa indebida inclusión ha conculcado la imparcialidad y objetividad que deben regir en la valoración de las proposiciones.

-La inclusión de la información relativa al período de garantía en el sobre nº 2 resulta inocua para la licitación y valoración de las ofertas. El plazo de duración de la garantía establecido en las fichas técnicas incluidas en el sobre nº 2 es el previsto por el fabricante y coincide con el mínimo exigido en la normativa de aplicación (dos años según el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), por lo que no ofrece dato alguno sobre la posible inclusión de un plazo adicional a modo de mejora en el Sobre nº 4.

-La supuesta inclusión de información relativa al plazo adicional de garantía, valorado con un máximo de 10 puntos sobre 100, carece de importancia en el cómputo total para que ello pueda determinar la exclusión automática.

Frente a tales alegatos se alza el órgano de contratación esgrimiendo lo siguiente:

-El informe técnico proponiendo la exclusión de la oferta de LORCA fue aprobado por la mesa de contratación, haciendo mención la resolución de adjudicación a dicha sesión de la mesa.

-El periodo de garantía ofertado es un criterio de evaluación automática, habiendo indicado la recurrente en el sobre nº 2 un periodo de garantía superior al mínimo de un año establecido en los pliegos.

-La ponderación del criterio de adjudicación tiene un peso importante que incide en la elección de la entidad adjudicataria, siendo subjetiva e interesada la afirmación de la recurrente en sentido contrario.

Por último, la entidad interesada en sus alegaciones al recurso se pronuncia en términos semejantes a los del órgano de contratación.



SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Para ello hemos de tener en cuenta los siguientes datos de interés que resultan del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación:

-La cláusula 6.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), bajo el título “DOCUMENTACIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA (SOBRES Nº 2, 3 y 4)”, señala que *“La documentación económica y técnica se presentará en sobres cerrados e independientes, identificados conforme dispone la cláusula 6.2.1. Asimismo, cuando se establezcan criterios de valoración evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, así como criterios evaluables mediante un juicio de valor, la documentación técnica se presentará de modo que los aspectos de la misma que permitan su valoración conforme a criterios de evaluación automática figuren de modo separado a aquellos otros que deban ser valorados conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor. En tal caso, se presentarán tres sobres identificados del siguiente modo, Sobre nº 2: “documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática.” Sobre nº 3: “documentación económica: oferta económica” y Sobre nº 4: “documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática.”*

-El apartado 15 del cuadro resumen del PCAP establece un plazo de garantía de 1 año desde la puesta en explotación del equipamiento.

-El Anexo al cuadro resumen del PCAP establece la “Garantía” como criterio de evaluación automática -cuya documentación debe incluirse por los licitadores en el sobre nº 4-. El criterio es ponderado con un máximo de 10 puntos, siendo su tenor el siguiente: *“Se valorará un periodo de garantía superior al mínimo establecido en el PCAP. Obtendrá la máxima puntuación el licitador que oferte el periodo adicional más amplio, y de manera proporcional el resto (...)”*.

-En el informe técnico, de 22 de octubre de 2020, sobre valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor se indica que *“La empresa LORCA MARÍN, S.A. incluye en el sobre nº. 2, para todos los lotes en los que concurre (1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12) información que es objeto de valoración en el sobre nº. 4, tal y como se indica en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su apartado 6.4. y 6.4.2., en particular sobre la duración del periodo de garantía que es superior al mínimo exigido en el punto 15.2. del Cuadro Resumen del PCAP, por lo que debe ser propuesta para exclusión y no objeto de valoración en los lotes en los que concurre”*.

Aunque el órgano de contratación no ha remitido a este Tribunal la oferta de LORCA, es un hecho no controvertido y reconocido por la recurrente que incluyó en el sobre nº 2 las fichas técnicas del fabricante de los productos ofertados en las que se indica un plazo de garantía de dos años.



-En la sesión de la mesa de contratación de 23 de octubre de 2020 se aprueba el informe técnico de 22 de octubre y se reproduce el resumen de puntuaciones de dicho informe. En el citado resumen, la oferta de LORCA aparece con una “E” (Excluido) en los distintos lotes en que licitó. Asimismo, en el acta de la sesión de 28 de octubre se recoge que *“se informa de la puntuación obtenida, por cada una de las empresas, en la valoración de los criterios no automáticos, tal como se recoge en el informe técnico aprobado en su momento y publicado en el perfil de contratante”*.

-En la resolución de adjudicación también se hace mención a la aprobación por la mesa del informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor.

Pues bien, a la vista de estos antecedentes, procede ya abordar el análisis de los distintos motivos.

En un primer alegato, LORCA esgrime que el acto de adjudicación impugnado está viciado de nulidad porque, pese a que formuló alegaciones frente al informe técnico que proponía la exclusión de su oferta, no consta en el procedimiento de adjudicación pronunciamiento expreso de la mesa ni del órgano de contratación sobre la decisión definitiva adoptada, por lo que, de facto, no puede hablarse de que se haya producido la exclusión.

Tal alegato no puede prosperar. La mesa de contratación aprobó el 23 de octubre de 2020 el informe técnico donde se proponía la exclusión de la oferta de la recurrente, y huelga decir que tal aprobación es tanto como la confirmación de la exclusión propuesta o, expresado con otras palabras, la mesa acordó la exclusión de la oferta de LORCA al aprobar el informe técnico de 22 de octubre. El hecho de que no se mencione expresamente en el acta de la mesa el término exclusión no deja lugar a duda alguna sobre la adopción de este acuerdo por dicho órgano, extremo este que asimismo se menciona en la resolución de adjudicación impugnada.

Por otro lado, la falta de pronunciamiento de la mesa sobre las alegaciones de LORCA frente a la propuesta de exclusión contenida en el informe técnico no torna en arbitrario el proceder de la mesa. Lo único que pone de manifiesto es que aquellas alegaciones no fueron tomadas en consideración y que, por tanto, se mantenía la decisión de excluir apoyada en el criterio de la comisión técnica.

En un segundo alegato, LORCA aduce falta de fundamento de la exclusión sobre la base de que la misma no constituye una regla absoluta en estos casos, sin que además se haya desvelado en el sobre 2 información del sobre 4 por cuanto el plazo de garantía mencionado en el primero coincide con el mínimo exigido legalmente.

Tampoco este alegato puede prosperar. Como ya se ha señalado, el apartado 15 del cuadro resumen del PCAP establece un plazo de garantía de 1 año y el anexo al cuadro resumen prevé como criterio de adjudicación de



evaluación automática ofertar un periodo de garantía superior al mínimo establecido en el PCAP. Es un dato no controvertido que en el sobre 2 la recurrente mencionó un plazo de garantía de dos años, por lo que anticipó en el meritado sobre información que solo debía obrar en el sobre 4 y con ello propició que se conociera, con ocasión de la valoración de la oferta con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, aspectos de la misma sujetos a evaluación automática, quebrantando la previsión legal (artículo 146.2 de la LCSP) tendente a garantizar la objetividad e imparcialidad en el proceso de valoración de las ofertas.

En el supuesto analizado, ante la evidencia de los hechos, la exclusión debe operar sin fisuras porque es el propio órgano técnico evaluador quien advierte, cuando está en pleno proceso de valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, que LORCA ha anticipado información del sobre 4 en el sobre 2, y a tales efectos, resulta totalmente indiferente la falta de intencionalidad del licitador o el mero error al cometer esta infracción, pues lo relevante es la consecuencia inevitable de ese proceder inadecuado.

El criterio expuesto constituye doctrina reiterada de este Tribunal. Así en nuestra Resolución 199/2021, de 20 de mayo, reproduciendo parcialmente la Resolución 246/2020, de 9 de julio, señalábamos lo siguiente:

«Asimismo, este Tribunal tiene asentada una doctrina reiterada sobre la cuestión. Entre otras resoluciones, en la 39/2019, de 19 de febrero, señalábamos que:

<<Es sobradamente conocida, por reiterada y constante, la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales acerca de la obligación legal -antes recogida en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) y ahora en el artículo 146.2 de la LCSP- de separar en sobres distintos la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a juicios de valor. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas.

Así, en nuestra Resolución 82/2018, de 28 de marzo, citando la previa 119/2013, de 8 de octubre, se indicaba que “(...) La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas, impidiendo que un conocimiento previo de datos -que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquellos que dependen de un juicio de valor.

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (Resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la



valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores. Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.”

Quiere decirse, pues, que el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

Partiendo de la premisa expuesta, si un licitador infringe aquel mandato, difícilmente podrá repararse, por vía de subsanación, la quiebra de aquellas garantías, por cuanto el conocimiento anticipado que la ley trata de impedir se habrá producido ya de modo inevitable. Como señalamos en la Resolución 218/2018, de 13 de julio, “nos encontramos ante un error insubsanable por su propia naturaleza, en tanto que, desvelado el secreto de las ofertas y conculcado así el artículo 145.2 del TRLCSP, no cabe ya subsanación alguna, puesto que resultan quebrantadas de modo irreparable las garantías de objetividad e imparcialidad que deben regir en el proceso de valoración de las proposiciones y a cuya preservación tiende el artículo 150.2 del TRLCSP.”>>

La consecuencia que se impone ante dicha infracción legal no admite modulación y no puede ser otra que la exclusión del proceso selectivo. Tanto el órgano de contratación como SIEMENS sostienen que la exclusión no opera automáticamente, estando solo justificada cuando quede acreditado la ruptura del secreto de las proposiciones y de la imparcialidad de la Administración en el proceso de valoración.

No obstante, este Tribunal entiende que el postulado legal del artículo 146 es claro y tiene una finalidad concreta que es evitar la contaminación del juicio técnico de la Administración. Por tanto, la conclusión debe ser la contraria: solo cuando quede acreditado que el órgano técnico evaluador no ha alcanzado a conocer los elementos de la oferta evaluables de modo automático que se han anticipado con la parte de la proposición sujeta a juicio de valor, es posible desechar el efecto excluyente de la oferta.»



Por último, ninguna virtualidad tiene el alegato de la recurrente relativo a que el plazo mínimo de garantía de los bienes es de dos años sobre la base de que así lo prevé el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; pues, aparte de la dudosa aplicación de dicho plazo general al supuesto examinado, lo cierto es que el PCAP establece un plazo mínimo de garantía de un año y aquel es ley entre las partes pues no consta que haya sido impugnado. Así las cosas, no puede ahora la recurrente omitir el contenido del pliego que le vincula en cuanto al plazo de garantía, cuando lo ha aceptado incondicionalmente al formular su oferta (art. 139.1 de la LCSP).

Finalmente, en un alegato último, LORCA manifiesta que la supuesta inclusión de información relativa al plazo adicional de garantía carece de importancia para determinar la exclusión automática de su oferta, por cuanto dicho plazo como criterio de adjudicación está ponderado con solo 10 puntos sobre un total de 100 en el cómputo total.

Tal alegación no puede prosperar y no solo porque 10 puntos sobre 100 tienen sin duda alguna relevancia en la adjudicación -téngase en cuenta que en muchísimas licitaciones las ofertas se clasifican atendiendo a diferencias porcentuales mucho menores-, sino porque la automaticidad de la exclusión en este caso obedece, como antes se ha indicado, a la evidencia de los hechos acreditados donde no es posible mitigar el efecto excluyente cuando claramente se ha producido la infracción de anticipar información y tal circunstancia ha sido conocida y puesta de manifiesto por el propio órgano técnico encargado de valorar las ofertas con arreglo a juicios de valor.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser desestimado.

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 **LORCA MARÍN, S.A.** contra la resolución del órgano de contratación, de 22 de enero de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de equipamiento para radioterapia con destino a centros del Servicio Andaluz de Salud” respecto a los lotes 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12, promovido por el Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Familias (Expte. 1001/2020).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación



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. .

NOTIFÍQUESE 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.

