



Recurso nº 1091/2015

Resolución nº 1108/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 04 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso presentado por D. I. S. R., en nombre y representación de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, GEHC) contra la adjudicación del contrato de “*Suministro de un mamógrafo y un arco quirúrgico*” con destino al Hospital Comarcal del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Melilla, el Tribunal, en sesión el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por resolución de 20 de febrero de 2015 se acordó el inicio del expediente de contratación para el suministro de un mamógrafo y un arco quirúrgico con destino al Hospital Comarcal del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Melilla.

Segundo. El anuncio de licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el 13 de marzo de 2015, el 18 de ese mismo mes en el DOUE y el 27 de marzo en el BOE.

Tercero. Presentaron oferta INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES, S.A., IRE RAYOS X, S.A., GEHC, PHILIPS IBÉRICA, S.A. y EMSOR, S.A. Tras la apertura del sobre nº 1 fueron admitidos todos los licitadores. Por el contrario, se observaron diversas deficiencias en la documentación presentada en el sobre nº 2. Otorgado el oportuno plazo, todas las empresas procedieron a subsanar las deficiencias, excepto IRE que resultó excluida.

Cuarto. El 1 de septiembre, en sesión pública, la mesa de contratación da lectura a los resultados de la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor. Por parte de GEHC se solicita que la mesa revise la documentación técnica de EMSOR, S.A. porque



considera que puede incluir datos susceptibles de valoración mediante criterios cuantificables de forma automática, lo que supondría su exclusión. Tras esta petición, la mesa acuerda, por unanimidad, revisar la documentación presentada por todos los licitadores con el fin de verificar si en alguno de los documentos incluidos en el sobre 2 se han introducido criterios evaluables de forma automática.

Quinto. A continuación se procede a la apertura y lectura del sobre 3. Antes de asignar la puntuación correspondiente a las proposiciones, se procede a examinar de nuevo los sobres número 2 de todos los licitadores con la finalidad antes expresada. La mesa, según el acta nº 6 que consta en el expediente administrativo, comprueba que la documentación de tres empresas (GEHC, EMSOR, S.A. e INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES, S.A.) contenía informaciones relativas a criterios de evaluación automática, pero no se consideró que las descripciones técnicas supongan una vulneración del secreto de las proposiciones, ya que, a juicio de la mesa, se trata de funcionalidades técnicas relevantes incorporables al equipo y no una oferta de la empresa al órgano de contratación. Por ello se procedió a asignar las puntuaciones totales, procediendo la Mesa por unanimidad a proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato, en el lote 1 a EMSOR, S.A., el 24 de septiembre.

Sexto. Dicha resolución fue notificada a GEHC el 8 de octubre. El 22 de ese mismo mes, formula recurso especial en materia de contratación.

Séptimo. El órgano de contratación ha presentado informe al recurso, solicitando la desestimación del mismo. En el mismo sentido, ha presentado alegaciones EMSOR, S.A. PHILIPS IBÉRICA, S.A. presenta también un escrito solicitando que se acuerde continuar el expediente de contratación en lo que al lote 2 se refiere, dado que el recurso afecta solamente al lote 1.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP), y en el artículo 22.1.1º del



Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. El acuerdo impugnado se notificó el 8 de octubre interponiéndose el recurso el día 22, por lo que está dentro del plazo de quince días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero. Con respecto al cumplimiento del requisito de legitimación en la interposición del presente recurso, no existe duda de que el recurrente lo cumple, pues impugna la adjudicación de un lote al que había presentado una oferta.

Cuarto. En cuanto a la cuestión planteada, la recurrente considera que la oferta de la empresa adjudicataria debió ser excluida pues incluyó dentro del sobre 2, relativo a los criterios evaluables según un juicio de valor, datos que correspondían al sobre 3, es decir, evaluables mediante fórmulas. En concreto señala que en relación con el equipo ofertado, EMSOR, S.A. indicó en el sobre 2:

“las opciones siguientes se incluirán o no según lo presentado en el sobre 3. La presentación aquí como opcionales no implica que se hayan o no incluido en el presente alcance del suministro (...)

12.7 OPCIONAL de Mamografía con Contraste”

Y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el apartado 10.1 se valora entre los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, la posibilidad de realizar mamografía con contraste (se otorgaba 5 puntos a la proposición que oferte esta prestación y 0 puntos a la que no la incluya). Considera la recurrente que los 5 puntos se otorgan siempre que el equipo cuente con la posibilidad de realizar la mamografía de contraste con independencia de que esta funcionalidad se incluya o no en la configuración actual del equipo ofertado.

Por su parte, el órgano de contratación considera que el objeto del lote 1 es un mamógrafo digital con unas características técnicas mínimas comunes definidas en el pliego de



prescripciones técnicas y otras específicas que han de ser descritas en la documentación contenida en el sobre 2. Añade que existen determinados aspectos técnicos que se valoran de forma automática, y los licitadores, según el pliego, han de incorporar en el citado sobre 2, además de los datos objeto de valoración mediante criterios dependientes de un juicio de valor, “la ficha técnica de cada uno de los bienes ofertados, fotografías, catálogos, propuesta de asistencia técnica y la documentación acreditativa de que el material ofertado cumple los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia de productos sanitarios y seguridad y salud, así como la concesión del marcado CE”, sin que únicamente “con relación a la propuesta de asistencia técnica y mantenimiento de los bienes”, puedan incluirse los datos relativos a estos aspectos que son valorados mediante criterios cuantificables de forma automática (apartado 9.3 del cuadro de características). Concluye señalando que la simple mención de una de las funcionalidades del mamógrafo susceptible de valoración automática, no supone una violación del secreto de las proposiciones siempre que la misma se plantee como una funcionalidad técnica incorporable al equipo. La infracción sólo se habría producido en caso de que se hubiera ofertado anticipadamente un equipo con las opciones técnicas valorables mediante la asignación automática de puntos. Concluye indicando que, de admitirse la tesis de la recurrente, su oferta también debió ser excluida pues incluyó datos referidos a mamografías de contraste o inclusión de biopsia en vacío, elementos también susceptibles de valoración automática, de acuerdo con el apartado 10.1 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Quinto. El pliego de cláusulas administrativas en el punto 10.1 regula los criterios evaluables mediante juicios de valor. En dicho apartado se incluye la “valoración funcional de los productos” y se aclara que “se valorará (sic) las mayores prestaciones del bien, facilidad de utilización, seguridad de resultados, formación del usuario y el contenido de la garantía y la asistencia técnica”. Por su parte, en lo que se refiere a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, el Pliego de Cláusulas Administrativas contiene el siguiente cuadro:



10. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN		
Criterios evaluables mediante la aplicación de formulas	Valoración	
	Lote 1	Lote 2
Precio (diferencia entre el precio ofertado y el valor del bien a entregar como parte del precio)..... (La valoración de este apartado se realizará aplicando la fórmula de proporción inversa a que se refiere la cláusula 10.2.2)	0-50	0-50
Inclusión de sistema de biopsia de vacío (Se asignará 20 puntos a la proposición que oferte el sistema de biopsia de vacío y 0 puntos a la que no incluya esta prestación)	0-20	
Plazo de garantía..... (La valoración de este apartado se realizará aplicando la fórmula de proporción directa a que se refiere la cláusula 10.2.2. No se otorgará ningún punto a las ofertas que no aumenten el plazo de garantía mínimo de veinticuatro meses)	0-10	0-10
Posibilidad de realizar mamografía con contraste (Se otorgará 5 puntos a la proposición que oferte esta prestación y 0 puntos a la que no la incluya)	0-5	
Incorporación de CAD a la estación de trabajo (Se otorgará 5 puntos a la proposición que oferte esta prestación y 0 puntos a la que no la incluya)	0-5	

Según se desprende del informe del órgano de contratación, varios licitadores, incluyendo el adjudicatario y el recurrente, incluyeron en el sobre 2 algún dato que sería objeto de valoración mediante la aplicación de fórmulas. Es necesario, por tanto, resolver qué efecto hay que dar a este hecho. No es aceptable el criterio del recurrente en el sentido de que el apartado relativo a la mamografía de contraste era distinto del resto, de forma que sólo con mencionar la posibilidad de esta prestación se estaba anticipando un dato que otorgaría los 5 puntos previstos, con independencia de que esa prestación se incluyese efectivamente. Del pliego resulta que se otorgan 5 puntos a la proposición que oferte esta prestación y 0 puntos a la que no la incluya. Tampoco puede acogerse el argumento que introduce el órgano de contratación en su informe, de que si la documentación de EMSOR, S.A. vulnera el secreto de las proposiciones, de igual forma lo hace la de la recurrente, pues si ello fuera así, no provocaría la desestimación del recurso, sino la anulación del proceso de licitación.

Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos



licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011).

Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011).

En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres



podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: *"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato."*

Séptimo. Partiendo de lo dicho anteriormente, hay que tener en cuenta que el punto 9.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Documentos que deben incluirse en el sobre 2) establece: "Los licitadores incluirán en este sobre la documentación técnica e información explicativa que puedan servir para valorar los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, y, específicamente, la ficha técnica de cada una de los bienes ofertados, fotografías, catálogos, propuesta de asistencia técnica y la documentación acreditativa que el material ofertado cumplen los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia de productos sanitarios y seguridad y salud, así como de la concesión del marcado CE.

Añadiendo que: "Con relación a la propuesta de asistencia técnica y mantenimiento de los bienes, no podrán incluirse los datos relativos a estos aspectos que son valorados mediante criterios cuantificables de forma automática."



Es decir, el propio pliego, con técnica poco afortunada, exigía de los licitadores que incluyeran en el sobre 2 la ficha técnica, fotografías y catálogos de los bienes, documentos en los que es inevitable que aparezcan directa o indirectamente, algunos de los datos que luego iban a ser valorados mediante la aplicación de fórmulas. Consciente de ello, el pliego únicamente prohíbe que se incluyan en el sobre 2 datos ajenos a los aparatos propiamente dichos, como son la propuesta de asistencia técnica y mantenimiento (además, lógicamente del precio).

Así las cosas, la introducción en el sobre 2 de algún elemento evaluable mediante la aplicación del fórmulas no sólo no vulneraba el pliego (excepto en lo relativo a asistencia técnica y mantenimiento), sino que era una exigencia del mismo. Es más, el propio adjudicatario, en su oferta, y con el fin de no plantear problemas, señaló que *“las opciones siguientes se incluirán o no según lo presentado en el sobre 3. La presentación aquí como opcionales no implica que se hayan o no incluido en el presente alcance del suministro (...)”*.

No podemos entender que la inclusión de la oferta relativa al contraste reúna los requisitos necesarios para considerar que se ha producido una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Además de lo ya indicado sobre la regulación del pliego y la forma de presentación de la oferta del adjudicatario, hay que tener en cuenta el limitado peso que en el cálculo de la puntuación total tiene la referida prestación, ya que apenas aporta cinco puntos sobre cien posibles, frente a los veinte que aporta el sistema de biopsia (dato incluido por la recurrente), y en particular, frente a los cincuenta puntos que supone la oferta económica, que era el principal criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas. Ello supone que difícilmente, siendo una obligación accesoria y de puntuación muy limitada, haya podido menoscabarse la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores a la que se refieren las resoluciones referidas.

La conclusión definitiva es que aún considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. I. S. R., en nombre y representación de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “*Suministro de un mamógrafo y un arco quirúrgico*” con destino al Hospital Comarcal del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Melilla.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.