



Recurso 506/2019. C.A. de Cantabria 19/2019

Resolución nº 607/2019

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

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. M.A.L. en representación de FRESENIUS KABI ESPAÑA, SAU contra la resolución de adjudicación del procedimiento de contratación del Acuerdo Marco para el Suministro de Fluidoterapia para las Gerencias del Servicio Cántabro de Salud, por procedimiento abierto; Expediente A.M.P.A SCS 2017/140; el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El procedimiento de adjudicación ha sido publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 15 de diciembre de 2017, y fue enviado a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el día 12 de diciembre de 2017. Asimismo, el anuncio de licitación fue publicado el día 26 de diciembre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado y el día 27 de diciembre de 2017 en el Boletín Oficial de Cantabria. El día 15 de enero de 2018 se publica un sucinto anuncio de la licitación en el Perfil del Contratante.

Segundo. El procedimiento para la adjudicación del acuerdo marco queda sujeto al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, según la cual: *“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”*.

La Disposición final decimosexta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre dispone la entrada en vigor de la misma a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2017; en consecuencia, la LCSP entró en vigor el 9 de marzo de 2018. Toda vez que los anuncios de licitación



tuvieron lugar antes de esta fecha, la norma aplicable al procedimiento de contratación ha de ser el TRLCSP, así como el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tercero. El Tribunal dio traslado para alegaciones al recurso el día 7 de mayo de 2019. Han presentado alegaciones las empresas GRIFOLS MOVACO, S.A., el 13 de mayo de 2019 y BAXTER, S.L., el día 15 de mayo de 2019.

GRIFOLS MOVACO, SA pone de relieve en sus alegaciones la necesidad de limitar la legitimación de FRESENIUS KABI ESPAÑA, SAU para recurrir sólo a aquellos lotes en los que presentó oferta.

BAXTER, SL alega la falta de legitimación de FRESENIUS KABI ESPAÑA, SAU para aquellos lotes en los que BAXTER fue la única oferta. Asimismo, BAXTER se opone a la invalidez del acuerdo de adjudicación estimando que no se ha llegado a justificar la infracción de los principios que rigen la contratación tal como pretende la recurrente.

Cuarto. Interpuesto el recurso el 26 de febrero de 2019 contra el acuerdo de adjudicación, se produce la suspensión automática del procedimiento de adjudicación por efecto *ex lege*, de conformidad con el artículo 53 de la LCSP, sin embargo, la suspensión fue alzada por Resolución de 14 de mayo de 2019, de la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, de 21 de febrero de 2014, BOE de 11 de marzo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para el conocimiento y resolución del recurso administrativo especial en materia de contratación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se extiende a la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el marco del convenio previsto en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, concretado en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria publicado en el BOE el día 13 de noviembre de 2012, prorrogado por resolución de fecha 2 de febrero de 2016.

Segundo. El acuerdo de adjudicación del procedimiento de contratación es susceptible de ser recurrido, conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP, y el artículo 41.1.a) del Texto

Refundido de la Ley de Contratos aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por ser el acto de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la LCSP pero dictado después de que esta norma entrara en vigor; de conformidad con el criterio establecido por este Tribunal en la Resolución nº 437/2018 de 27 de abril de 2018 (Recurso 336/2018 - Región de Murcia 35/2018), en aplicación de la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 4 de la LCSP.

Tercero. La empresa FRESENIUS está legitimada para recurrir, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, toda vez que participó en el procedimiento de adjudicación de algunos de los lotes y la estimación del recurso supondría la revisión de la adjudicación y una posibilidad de obtener la adjudicación del contrato. No obstante, el alcance de la impugnación sólo puede referirse a los lotes en los que la recurrente presentó una oferta, tal y como advierte en sus alegaciones la entidad GRIFOLS MOVACO, S.A. En consecuencia, la legitimación de la recurrente queda limitada a los Lotes a los que la recurrente presentó una propuesta, así: 4, 6, 7, 10, 12, 17, 18, 21, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 33, 35, 37, 39, 41, 42, 48, 49, 55, 59, 61, 62, 63, 64 y 65. Si bien debe advertirse que respecto de los Lotes 10 y 12 el Órgano de Contratación ha desistido del contrato, por lo que la recurrente también carecería de legitimación respecto de estos.

Cuarto. El recurso se interpuso el día 26 de abril de 2019 en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda. En el expediente no consta la fecha de notificación ni publicación de la resolución de adjudicación de 4 de abril de 2019. El recurrente reconoce que la resolución recurrida fue publicada en día 8 de abril de 2019 en el Perfil del Contratante, por lo que podemos dar por cumplido el requisito de plazo para la interposición del recurso.

Quinto. El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 160.1 del TRLCSP, que garantiza el carácter público de la sesión de apertura de las ofertas de los licitadores como instrumento de los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, así como la libre competencia.

El artículo 160.1 del TRLCSP dispone que:

“1. El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores



en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 150. 2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta. La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.

El artículo 83.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al tratar de la apertura de las proposiciones dispone que:

- “1. Una vez realizadas las actuaciones previstas en los dos artículos anteriores, el acto público de apertura de las proposiciones se celebrará en el lugar y día que previamente se haya señalado.*
- 2. Comenzará el acto de apertura de proposiciones dándose lectura al anuncio del contrato y procediéndose seguidamente al recuento de las proposiciones presentadas y a su confrontación con los datos que figuren en los certificados extendidos por los jefes de las oficinas receptoras de las mismas, hecho lo cual se dará conocimiento al público del número de proposiciones recibidas y nombre de los licitadores, dando ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados.*
- 3. En caso de discrepancias entre las proposiciones que obren en poder de la mesa y las que como presentadas se deduzcan de las certificaciones de que dispone la misma, o que se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas, se suspenderá el acto y se realizarán urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido, volviéndose a anunciar, en su caso, nuevamente en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que se fije en los pliegos la*

reanudación del acto público una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma”.

El artículo 22.1.c) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, al tratar de las funciones de la Mesa de Contratación, prevé: *“Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.”*

El régimen expuesto prevé la celebración de un acto público para la apertura de las proposiciones, particularmente el artículo 160.1 del TRLCSP se refiere a este acto para la apertura de la oferta económica. Para garantizar la celebración de este acto público resulta necesario que el órgano de contratación, que tramita el procedimiento de adjudicación, dé conocimiento del día y lugar en que ha de celebrarse el acto público, tal y como dispone el artículo 83.1 del RLCAP. Con este fin en el anuncio de la licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 15 de febrero de 2017 se indicó que la apertura de las plicas tendría lugar el día 07/02/2018 a las 09:20 en la Sede del Servicio Cántabro de Salud. Avda. Cardenal Herrera Oria, s/n. 39011 Santander (Cantabria).

El mismo artículo 83 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permite también la publicación en el tablón de anuncios del órgano de contratación o bien otro medio para comunicar la fecha de reanudación del acto público con motivo de alguna incidencia que impida la celebración en el día inicialmente previsto. Con este objeto el PCAP en su cláusula 7.2 dispone que: *“Una vez subsanado el documento, la Mesa de Contratación, en día y hora señalados en el anuncio publicado en el perfil del contratante del Servicio de Contratación y Compras de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Justicia, en acto público, procederá a la apertura del sobre B. En caso de que se establezcan fases de valoración se presentarán tantos sobres independientes como fases determinadas consten en el cuadro de características específicas del contrato.”*

De acuerdo con el PCAP el Órgano de Contratación podrá utilizar el Perfil del Contratante del Servicio de Contratación y Compras de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Justicia para comunicar el día y hora en que tendrá lugar el acto público de apertura de las proposiciones, tanto si se han presentado en dos sobre como si se utiliza

un solo sobre. Además, en el anuncio de licitación publicado en el DOUE se anuncia la fecha de la apertura del primero de los Sobres, en el que se contiene la oferta de las licitadoras respecto de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.

1) De acuerdo con las Actas de la Mesa de Contratación que obran en el expediente, el día 31 de enero de 2018 tuvo lugar la Mesa en la que se procedió a la apertura de los sobres en los que contenía la documentación administrativa, o los documentos previstos en el artículo 146 del TRLCSP. En esta misma reunión se convoca a una nueva sesión el día 7 de febrero de 2018 con objeto de proceder a la apertura del sobre B, en que se contienen los criterios de valoración dependientes de un juicio de valor.

2) De acuerdo con el Acta de la Mesa de Contratación, se celebró la sesión el día 7 de febrero de 2018, se procedió a la apertura del Sobre B de las propuestas presentadas, comprobando los lotes para los que cada empresa había presentado oferta, acordando requerir un informe técnico para la valoración de la documentación y las muestras presentadas en el Sobre B por los licitadores admitidos, de acuerdo con los criterios de valoración no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas previstos en el apartado L del cuadro de características específicas del contrato que forma parte del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rige el procedimiento.

La calificación y puntuación obtenida por los licitadores en esta primera fase del procedimiento de adjudicación será acordada por la Mesa de contratación, sobre la base de los informes técnicos recabados y comunicada por la Mesa, en sesión pública, con carácter previo a la apertura de las ofertas económicas.

Asimismo, se acuerda en esta Mesa que se publicará en el Perfil del Contratante del Servicio Cántabro de Salud con antelación suficiente, la fecha de la Sesión pública de la Mesa de Contratación en la que los citados acuerdos serán puestos en conocimiento de los interesados.

3) El día 28 de febrero de 2018 se celebra una sesión privada de la Mesa de Contratación para valorar el informe técnico de las propuestas sobre los criterios de valoración dependientes de un juicio de valor. La Mesa de Contratación asume el contenido del informe técnico y conviene en convocar una nueva Mesa, en sesión pública, el día 7 de marzo para la apertura del Sobre C, con la documentación relativa a aspectos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

No obstante, la Mesa de Contratación celebró una sesión privada el día 6 de marzo de 2018 para el análisis de alegaciones que presentó la empresa FRESENIUS en relación con la valoración del Informe Técnico de 28 de febrero de 2017 que fue publicado en el Perfil del Contratante el día 1 de marzo de 2018. A la vista de las alegaciones de FRESENIUS la Mesa de Contratación acordó desconvocar la mesa prevista para el día siguiente, 7 de marzo de 2018, para la apertura del sobre C y solicitar a los servicios técnicos el estudio de las alegaciones a fin de proceder a ratificarse en la valoración recogida en el Informe Técnico de 28 de febrero de 2017 o, en su caso, proceda a realizar una nueva valoración. Asimismo, se acuerda por la Mesa que el informe de valoración se publicará en el Perfil del Contratante del Servicio Cántabro de Salud con antelación suficiente, la fecha de la sesión pública de la Mesa de Contratación en la que los acuerdos serán puestos en conocimiento de los interesados.

A continuación, la Mesa de Contratación celebró varias reuniones los días 19 de septiembre de 2018, 17 de octubre de 2018 y el 4 de febrero de 2019

El día 8 de febrero de 2019 se celebra una nueva sesión de la Mesa de Contratación en la que se procedió a la apertura del Sobre C de las propuestas en que se contenían las ofertas referidas a los criterios objetivos de valoración. En el acta se refleja que al acto no acudió ninguna licitadora procediéndose a la apertura del Sobre C de las propuestas. Asimismo, se acordó proponer desistir del procedimiento de contratación de los Lotes 3, 10, 12 y 13 por resultar imposible aplicar los criterios descritos en el pliego que hacen imposible que ninguna de las ofertas presentadas supere el umbral mínimo.

Por último, la Mesa de Contratación se reúne por última vez el 27 de febrero de 2019 para hacer la propuesta de adjudicación al Órgano de Contratación.

En el Perfil del Contratante del Servicio Cántabro de Salud consta que el alta en éste de las actas de la Mesa se produjo el día 27 de febrero de 2019. Asimismo, se advierte que en ninguna de las actas se hace referencia a la convocatoria de la Mesa de Contratación que tuvo lugar el día 8 de febrero de 2019. Además, estas actas fueron publicadas una vez concluida el procedimiento de valoración de las ofertas, el 27 de febrero de 2019. En relación con las Mesas del expediente 2017-2-00-02-0140 el Tribunal ha podido comprobar que se publicó en el Perfil del Contratante DEL Servicio Cántabro de Salud (<http://aplicacionesweb.cantabria.es/perfilcontratante/auth/calmesa/verMesas/201720002>

0140) las siguientes reuniones: a) 17/01/18, a las 9:20; desconvocada; b) 7/01/18; 10:00 Comprob. Subs. y Apertura Criterios Su; c) 7/03/18- 9:50 desconvocada.

Por otro lado, en el Perfil del Contratante del Servicio Cántabro de Salud no se ha podido comprobar ninguna convocatoria para la celebración de la Mesa de Contratación del día 8 de febrero de 2019 que anunciara ésta con antelación suficiente para permitir a los licitadores acudir al acto público. El Tribunal ha podido comprobar que en la dirección <https://aplicacionesweb.cantabria.es/calmesa/verMesaPortal.do?idMesa=7947>, se contiene el Calendario de Mesas de Contratación del Gobierno de Cantabria en el que se incluye la Mesa de Contratación del día 8 de febrero de 2019, si bien no se acredita la fecha en la cual ha sido publicada esta convocatoria, hecho que justificaría la comunicación con plazo suficiente a los licitadores para acudir al acto de apertura pública de las propuestas económicas.

El Tribunal ha accedido al Perfil del Contratante del Gobierno de Cantabria, conforme las indicaciones que el Informe del Órgano de Contratación al recurso hace, pero si bien consta la referencia a la Mesa de Contratación celebrada el día 8 de febrero de 2019 no ha sido posible comprobar la fecha de publicación de esta convocatoria que permita acreditar que lo fue con anterioridad suficiente a su celebración, tal y como exige el artículo 83 del RLCAP y denuncia el recurso de FRESENIUS. se hubiera puesto en conocimiento de los licitadores el lugar, la fecha y la hora para la celebración del acto público de apertura de las ofertas.

En definitiva, el Tribunal no ha podido comprobar ni en el Perfil del Contratante del Servicio Cántabro de Salud, ni en la aplicación del Gobierno de Cantabria en la que se publican las Mesas de Contratación, ni en el expediente remitido por el Órgano de Contratación la fecha en la que ha tenido lugar la comunicación de la celebración de la Mesa de Contratación del día 8 de febrero de 2019. Asimismo, resulta del Acta de la Mesa de Contratación del día 8 de febrero de 2019 que a esta sesión de la Mesa de Contratación no acudieron ninguno de los licitadores interesados. Ni siquiera el Informe del Órgano de Contratación al recurso ha podido señalar la fecha de publicación del anuncio de la convocatoria de la Mesa de Contratación del controvertida, más allá de afirmar que fue publicada en el Perfil del Contratante del Gobierno de Cantabria.



Estos hechos llevan a dudar del cumplimiento de las condiciones que permiten asegurar la participación o la asistencia de los licitadores al acto público de apertura de los Sobres que contienen las propuestas económicas, siendo una obligación exigible al Órgano de Contratación de conformidad con la cláusula 7 del PCAP que rige la licitación, el artículo 83 del RLCAP y el artículo 160 del TRLCSP, tal y como advierte el recurso. La norma exige que se dé conocimiento con antelación suficiente de la fecha y lugar donde debe procederse a la apertura de los Sobres de las ofertas que contiene los criterios de valoración económica, circunstancia que debe quedar acreditada en el expediente administrativo, como cualquier acto de comunicación necesario e instrumental para garantizar los derechos de los interesados.

La publicidad del acto de apertura de las propuestas económicas de los licitadores se configura como un requisito instrumental en garantía del principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y transparencia, que asegura el secreto de las ofertas presentadas hasta el momento en que pueden ser conocidas todas al mismo tiempo. No obstante, no resulta necesario acreditar la infracción efectiva de los principios de la contratación enunciados para declarar la invalidez del acuerdo de adjudicación, por infracción del artículo 160 del TRLCSP, del artículo 83 del RLCAP y del propio PCAP y que ocasionaría un vicio de nulidad, siendo tan sólo una infracción de la norma y por tanto un vicio de anulabilidad del acto.

La anulación del acuerdo de adjudicación lleva consigo la necesidad de retrotraer el procedimiento al momento anterior a la infracción, no obstante, este momento sería el que permitiría la publicación de la convocatoria de la Mesa en que se abrirían las ofertas evaluables mediante criterios no dependientes de fórmulas, toda vez que estas ofertas han sido ya desveladas, la retroacción carecería de eficacia por lo que no puede corregirse la infracción sino mediante una nueva licitación de los Lotes en los que ha participado la empresa FRESENIUS.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.M.A.L. en representación de FRESENIUS KABI ESPAÑA, SAU contra la resolución de adjudicación del procedimiento de contratación del Acuerdo Marco para el Suministro de Fluidoterapia para las Gerencias del Servicio Cántabro de Salud, sobre los Lotes 4, 6, 7, 10, 12, 17, 18, 21, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 33, 35, 37, 39, 41, 42, 48, 49, 55, 59, 61, 62, 63, 64 y 65, anulando la licitación por infracción del artículo 160 del TRLCSP y 83.1 del RLCAP, toda vez que no se ha acreditado que se comunicara la convocatoria del acto público para la apertura de los sobre de las propuestas en los que se contienen los criterios de valoración.

Segundo. No se aprecia temeridad o mala fe en el recurrente a los efectos del artículo 58 del LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.