



Recurso nº 128/2013 C.A. Cantabria 009/2013

Resolución nº 123/2013

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

En Madrid, a 27 de marzo de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. A.J.A. en representación de la mercantil NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA, contra la Resolución del Servicio Cántabro de Salud de 25 de enero de 2013 de clasificación de ofertas y requerimiento de documentación derivado del “Acuerdo Marco de Suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre (por lotes)” del expediente de contratación por procedimiento abierto P.A 2012.2,CC.02.03.0003, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Cántabro de Salud se convocó licitación para el Acuerdo Marco de suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre. La convocatoria de este expediente de contratación se publicó en el DOUE nº 2012/S 151-252769 de fecha de 8 de agosto de 2012; en el BOE nº 197 de 17 de agosto de 2012 y, en el BO de Cantabria nº 164 de 24 de agosto de 2012.

Segundo. La referida convocatoria del Acuerdo marco, para adjudicar por el procedimiento abierto, concretó su objeto en dos lotes y con un valor estimado del contrato de 3.147.650,00 euros. A la licitación referenciada presentó oferta la mercantil recurrente.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los Acuerdos Marco contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante,

TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley. Su celebración fue autorizada por Resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma el 13 de julio de 2012.

Cuarto. En la primera reunión de la Mesa de contratación, celebrada el 3 de octubre de 2012, se procedió a la apertura de los Sobres “A” con la documentación acreditativa de la capacidad para contratar. En el acta nº 1 levantada se relacionan los siete licitadores aceptados y la procedencia de la apertura de los referidos sobres. La Mesa examinó la documentación administrativa y acordó solicitar la subsanación de defectos apreciados en 2 de los 7 licitadores admitidos, concediendo un plazo de subsanación hasta el 8 de octubre de 2012 a las 13:00 horas. Por último, la Mesa acordó la celebración de una nueva reunión el día 10 de octubre de 2012.

Quinto. En la segunda reunión de la mesa de contratación, celebrada el 10 de octubre de 2012 -Acta nº 2-, se estudió la documentación aportada para subsanar los errores sobre la documentación administrativa. Se entendieron subsanados los defectos advertidos y se acordó admitir expresamente en el procedimiento a los siete licitadores relacionados. En esta segunda Mesa, a continuación la presidenta en acto público ordenó la apertura de los Sobres “B”, referidos a la proposición y documentación relativa a aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas de los licitadores admitidos y a la lectura de la denominación de la tira ofertada y del lote al que concurren.

Realizadas estas actuaciones, la presidenta informó a los presentes que la Mesa de contratación recabaría un informe de los asesores técnicos en compras centralizadas del Servicio Cántabro de Salud sobre la documentación contenida en los Sobre “B” y las muestras presentadas por los licitadores, en relación con los criterios de adjudicación no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, establecidos en el PCAP (Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) que rige el contrato. Sobre la base del mismo, la Mesa de contratación formularía la calificación de la puntuación obtenida por cada licitador en los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, y acordaría la relación de los licitadores que hubieran superado el umbral de la primera fase del proceso selectivo establecida en P.A. 2012.2.CC.02.03.0003.

Sexto. Con fecha de 31 de octubre de 2012 la Mesa de contratación levantó el acta nº 3, sobre valoración en privado del informe emitido por los técnicos a las propuestas de los licitadores contenidas en los sobres “B”. El informe emitido por la UTECA data de 29 de octubre de 2012 y fue aprobado por unanimidad por todos los miembros de la Mesa. A continuación, y ya en acto público, se procedió a la lectura del referido informe técnico y se hizo entrega de copia a los representantes de los licitadores presentes en el acto público.

Seguidamente, el acta refleja que la presidenta de la Mesa ordenó la apertura y lectura de los Sobres “C” sobre la proposición económica y sobre los aspectos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas del lote 2.

Los criterios de adjudicación establecidos en el **Apartado M** del Cuadro de Características Específicas del contrato, para esta segunda fase eran los siguientes:

- Oferta económica (precio).....hasta 50 puntos,
- Oferta formativa.....hasta 10 puntos.

Para el lote 2, la oferta económica presentada por los licitadores y reflejada en el acta nº 3 fue la siguiente:

EMPRESA	OFERTA BASE	VARIANTE
MENARINI DIAGNOSTICS, S.A	0,3026	0,3026
BAYER HISPANIA, S.L.	0,32	-----
SANOFI AVENTIS, S.A.	0,31	-----
ABBOTT LABORATORIES, S.A.	0,30	0,30
JOHNSON & JOHNSON, S.A.	0,258	0,2608
ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.	0,30	0,30
NIPRO EUROPE, S.A.	0,25	-----

En relación con el resto de la documentación obrante en los sobres “C”, el acta refleja que la Mesa acordó su remisión a los técnicos de la UTECA para que, una vez valorada, en acto público proceder a la clasificación de las ofertas y la formulación por la Mesa de la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

Adjunto al acta nº 3 de la Mesa de Contratación obra el “Informe de valoración técnica, UTECA, Servicio Cántabro de Salud” emitido y suscrito el 29 de octubre de 2012, en el que valoran los aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (documentación del Sobre “B”). Se trataba de la valoración de la calidad técnica por un total de 39 puntos, distribuidos en el PCAP de la siguiente forma:

- 1. Calidad técnica del producto29 puntos
- 2. Calidad del servicio.....10 puntos

En este informe técnico de 29 de octubre de 2012, se detallan las puntuaciones obtenidas por cada una de las empresas concurrentes y, en lo tocante al lote 2, concluye afirmando que *“todas las empresas con los productos presentados, optan a ser adjudicatarios teniendo en cuenta las características técnicas solicitadas en el concurso y superar el umbral mínimo establecido en el pliego de condiciones administrativas particulares (10 puntos)”*.

Séptimo. El 21 de noviembre de 2012 se reunió de nuevo la Mesa de contratación para proceder en acto público a la formulación de la propuesta de adjudicación cuyos resultados se documentan en el acta nº 4. En ésta, quedan clasificadas las proposiciones por orden decreciente teniendo en cuenta las valoraciones obtenidas en:

- Puntuación técnica,
- Servicio postventa,
- Oferta formativa y
- Puntuación económica.

Tras la clasificación dada a cada una de las empresas concurrentes, la Mesa, en la referida Acta nº 4, acordó por unanimidad proponer al órgano de contratación a las siguientes seis empresas, para el lote nº 2.

La clasificación de las proposiciones quedó determinada y aprobada por la Mesa con el siguiente tenor:

CLASIFICACIÓN DE LAS PROPOSICIONES Y PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN:

EMPRESA	OFERTAS	PUNT. TECNICA	SERVICIO POSTVENTA	OFERTA FORMATIVA	PUNT. ECONOMICA	PUNT. TOTAL
JOHNSON & JOHNSON, S.A.	ONE TOUCH VERIO PRO 02218101	19,5	10	5,853	48,89	84,24
JOHNSON & JOHNSON, S.A.	ONE TOUCH ULTRA 2 02029805	18	10	5,853	49,42	83,27
ABBOTT LABORATORIES, S.A.	FREESTYLE OPTIUM 298759D	18	10	10	42,50	80,50
ABBOTT LABORATORIES, S.A.	FREESTYLE LITE 170819B	17	10	10	42,50	79,50
ROCHE DIAGNOSTIC, S.L.	ACCU-CHEK AVIVA 0598731037	20	10	3,264	42,50	75,76
ROCHE DIAGNOSTIC, S.L.	ACCU-CHEK COMPACT 05599415036	18,50	10	3,264	42,50	74,26
NIPRO EUROPE, S.A.	TRUE RESULT	15	5,33	0	51,00	71,33
MENARINI DIAGNOSTIC, S.A.	GLUCOMEN LX SENSOR 42204	18	10	0,616	42,13	70,75
SANOFI AVENTIS, S.A.	IBG STAR	19	10	0,26	41,13	70,39
MENARINI DIAGNOSTIC, S.A.	GLUCOCARD+METE R SENSOR 36670	17	10	0,616	42,13	69,75
BAYER HISPANIA, S.L.	CONTOUR TEXT (25); 84191370 (25); 84191389 (50); 84191397 (100)		9,33	2,561	39,84	67,73

BAYER HISPANIA, S.L.	BREZE, 2 8133841 (50); 81330884 (100)	11	9,33	2,561	39,84	62,73
----------------------	---------------------------------------	----	------	-------	-------	-------

De conformidad con esta clasificación de las empresas, la Mesa de contratación concluyó el acta nº 4 proponiendo al órgano de contratación, para el lote nº 2, las siguientes empresas (máximo de seis suministradoras).

EMPRESA	NIF
JOHNSON & JOHNSON, S.A.	A-28218675
ABBOTT LABORATORIES, S.A.	A-08099681
ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.	B-61503355
NIPRO EUROPE, S.A.	W-0021332B
MENARINI DIAGNOSTIC, S.A.	A-08534638
SANOFI AVENTIS, S.A.	A-08163586

Octavo. Con fecha de 23 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el registro del Servicio Cántabro de Salud un escrito presentado por la representante de la licitadora MENARINI DIAGNOSTIC, S.A., por el que se instaba la revisión de las puntuaciones, en especial en lo relativo a la motivación de la oferta formativa de todos los licitadores para el lote nº 2.

Del mismo modo, la representante de BAYER HISPANIA, S.L. y con el mismo registro de entrada de 23 de noviembre, formuló varios reparos mostrando su disconformidad con las valoraciones dadas a las ofertas técnicas presentadas e instando su revisión.

Posteriormente por medio de alegaciones SANOFI AVENTIS, S.A se opuso igualmente a las valoraciones técnicas.

Noveno. El 19 de diciembre de 2012 previa convocatoria de la Mesa de contratación se levantó el acta nº 5. La finalidad de dicha convocatoria fue la valoración de las alegaciones presentadas. El acta nº 5 refleja que, la Presidenta de la Mesa procedió a la lectura de las alegaciones y a la lectura del informe elaborado por la Unidad Técnica del Servicio de Contratación sobre el contenido de aquellas y “*que han dado lugar a una nueva valoración con el resultado que explica el vocal técnico de la Mesa y cuyo resultado se transcribe a continuación (...):*”

EMPRESA	OFERTAS	GLUCOMETRO	PUNT. TECNICA	SERVICIO POSTVENTA	OFERTA FORMATIVA	PUNT. ECONOMICA	PUNT. TOTAL
JOHNSON & JOHNSON, SA	ONE TOUCH VERIO 02218101	ONE TOUCH VERIO	18,13	10,00	5,853	48,89	82,87
ABBOT LABORATORIES, SA	FREESTYLE OPTIMUM 298759D	FREESTYLE OPTIMUM	20,30	10,00	10	42,52	82,80
ABBOT LABORATORIES, SA	FREESTYLE LITE 2029805	FREESTYLE LITE	20,30	10,00	10	42,50	82,80
JOHNSON&JOHNSON SA	ONE TOUCH ULTRA 02029805	ONE TOUCH ULTRA 2	17,04	10,00	5,853	49,42	82,31
ROCHE DIAGNOSTIC.SL	ACCU-CHEK 05987431037	ACCU-CHEK AVIVA ACCU-CHEK AVIVA NANO ACCU-CHEK EXPERT	18,49	10,00	3,264	42,50	74,25
ROCHE DIAGNOSTIC, SL	ACCU-CHEK COMPACT 05599415036	ACCU-CHEK COMPACT	18,49	10,00	3,264	42,50	74,25
BAYER HISPANIA, SA	CONTOUR NEXT 84191370 (25); 8419389 (50); 84191397 (100)	CONTOUR NEXT USB, CONTOUR XT	20,66	9,33	2,561	39,84	72,39
MENARINI DIAGNOSTICS,SA	GLUCOMEN LX SENSOR 42204	GLUCOMEN LX SENSOR	18,49	10,00	0,970	42,13	71,59
SANOFI AVENTIS, SA	BG STAR	BG STAR iBG STAR	19,58	10,00	0,260	41,13	70,97
NIPRO EUROPE, SA	TRUE RESULT	TRUE RESULT	14,14	5,33	0,000	51,00	70,47
MENARINI DIAGNOSTICS, SA	GLUCOCARDG SENSOR 36670	GLUCOCARDG + METER	15,59	10,00	0,973	42,13	68,69
BAYER HISPANIA, SL	BREEZE 2 8133841 (50) 81330884	BREZEZE 2	15,59	9,33	2,561	39,84	67,32

Este resultado supuso un cambio en la clasificación de las empresas y propuesta de adjudicación inicialmente realizada por la Mesa de Contratación el día 21 de noviembre

de 2012, por lo que el acta nº 5 concluyó exigiendo la emisión de un informe previo a la adjudicación del contrato, por parte del Director Gerente del organismo, que emitió la Mesa de contratación del Servicio Cántabro de Salud de acuerdo con las previsiones de la normativa contractual, para fundamentar en esa Resolución las razones que han llevado a proponer la estimación de alguna de las alegaciones formuladas por las empresa SANOFI-AVENTIS S.A, y BAYER HISPANIA S.L frente a la propuesta de adjudicación formulada en el expediente P.A. 2012.2.CC 02.03,0003, para el suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre.

Décimo. Obra en el expediente (folios 335 a 341) el informe emitido por la Mesa de contratación del Servicio Cántabro de Salud sobre las alegaciones formuladas por las licitadoras. En el referido informe se estimaron parcialmente las alegaciones de BAYER HISPANIA, S.L, y de SANOFI AVENTIS, S.A, y en consecuencia la Mesa formuló una nueva propuesta de adjudicación. A saber quedaban seleccionados los siguientes suministradores para el lote 2 (máximo de seis):

EMPRESA
JOHNSON & JOHNSON, S.A
ABBOT LABORATORIES, S.A
ROCHE DIAGNOSTICS, S.L
BAYER HISPANICA, S.L
MENARINI DIAGNOSTICS, S.A
SANOFI AVENTIS, S.A

Undécimo. Con fecha de 25 de enero de 2013 a raíz del informe emitido por la Mesa, el órgano de contratación (Servicio Cántabro de Salud) dictó la Resolución de clasificación de ofertas y requerimiento de documentación del procedimiento abierto del Acuerdo Marco de suministro de tiras reactivas para determinación de glucosa en sangre. Del dispositivo de la Resolución se colige que la ahora recurrente, NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA, no ha sido seleccionada ante los cambios de valoración realizados

tras la estimación parcial de las alegaciones de las licitadoras concurrentes, anteriormente citada.

Duodécimo. Contra dicha exclusión el representante de la empresa licitadora anunció el 14 de febrero de 2013 al órgano de contratación, su intención de acudir en recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El 20 de febrero se formaliza en plazo el recurso especial ante este Tribunal y se insta la adopción de medidas cautelares, en concreto, la suspensión del procedimiento de contratación.

Decimotercero. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Decimocuarto. Con fecha de 6 de marzo de 2013, este Tribunal decreta la medida provisional de suspensión al abrigo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, previa audiencia al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 13 de diciembre de 2012.

Segundo. La empresa NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA concurrió a la licitación del procedimiento abierto del Acuerdo Marco de suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la Resolución del Director Gerente del SCS de clasificación de ofertas del Acuerdo Marco, de la que resulta la exclusión de la licitación de la empresa recurrente de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, susceptible por tanto de recurso especial de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP, y se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su recurso en los siguientes motivos:

1. Sobre la modificación a la baja de la valoración técnica obtenida por NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA en un primer momento, a pesar de no haberse presentado a instancia de parte escrito de alegaciones ni revisión frente a su valoración. En efecto funda este alegato la representante de la recurrente en que el órgano de contratación ha modificado a la baja su valoración inicial pues ha pasado de tener una valoración de 71,33 puntos, lo que le permitía ser una de las seis empresas seleccionadas en el Acuerdo Marco, a 70,47 puntos en la Resolución que ahora se impugna de 25 de enero de 2013 y que la deja fuera de las seleccionadas. A juicio de la recurrente, la diferencia estriba en que NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA pasa de tener una valoración técnica de **20,555 puntos** (15,225 en la puntuación técnica + 5,33 en el servicio postventa) dada en el informe de valoración técnica de 29 de octubre de 2012, a **19,47 puntos** (14,14 en la puntuación técnica + 5,33 en el servicio postventa) concedida en la Resolución de 25 de enero de 2013, objeto del presente recurso especial.
2. La falta de motivación en la modificación a la baja de la valoración técnica obtenida por NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA. En este sentido, la recurrente afirma que la Resolución de 25 de enero de 2013 dictada por el órgano de contratación, no motiva en modo alguno la causa de modificar a la baja la valoración técnica obtenida por NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA en el informe de valoración técnica de 29 de octubre de 2012, y por ende su puntuación total. A su juicio, la referida Resolución se limita a referirse a un acuerdo de la

Mesa de contratación de 19 de diciembre de 2012, al que NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA no ha tenido acceso, por lo que considera que la falta de motivación le genera una indudable indefensión, viniendo a solicitar la anulabilidad de la actuación administrativa. En sus considerandos jurídicos afirma que existe una total y absoluta falta de motivación ya que no se explicita ni tan siquiera indiciariamente, porque el órgano de contratación ha reducido a NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA su puntuación, sobre todo habida cuenta que hay un informe de valoración técnica de 29 de octubre de 2012 que le otorga una valoración técnica, que a posterior, se reduce sin sustento en un documento técnico de la misma naturaleza.

3. Vinculación por la evaluación dada por el grupo de expertos en su informe de 29 de octubre de 2012. Estima la recurrente que la Resolución de 25 de enero de 2013 al modificar a la baja su puntuación técnica desconociendo su motivación, primero la mesa y después el órgano de contratación contradice sus propios actos contraviniendo lo dispuesto en los artículos 150.2 y 160 del TRLCSP.
4. A mayor abundamiento la licitadora recurrente estima que existe un error en la valoración de la oferta formativa presentada, dado que se le puntuó como cero indicando que no se ha presentado, cuando consta que dicha oferta fue presentada, por lo que viene ahora a instar que se le puntúe la referida oferta formativa.
5. Por último, alega la imposibilidad de acceder al expediente de contratación, en concreto al acta nº 5 de la Mesa de contratación e informes de valoración posteriores a la fecha de 29 de octubre de 2012.

En virtud de tales alegaciones la mercantil que ha formalizado este recurso suplica que se declare la nulidad de pleno Derecho de la Resolución impugnada o subsidiariamente su anulabilidad, y en su lugar se ordene dictar una nueva donde se indique que la valoración de NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA es de 20,55 puntos, se valore la oferta formativa, y *“se dé a NIPRO una puntuación total de, al menos, 71,33 puntos”*.

Quinto. El órgano de contratación, en el informe emitido el 25 de febrero de 2013, expone que el recurso debe ser desestimado por los siguientes motivos:

1. Por lo que concierne a la modificación a la baja de la valoración otorgada a NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA, estima que ésta es consecuencia de los escritos de alegaciones presentados por las empresas SANOFI AVENTIS, S.A y BAYER HISPANIA, S.L. Justifica el órgano de contratación la necesidad de proceder a una nueva valoración de tales criterios y que afecta no sólo a las empresas citadas sino a la totalidad de los licitadores, suponiendo una modificación en la valoración inicialmente efectuada.
2. En relación con la falta de motivación en la modificación a la baja de la valoración dada a NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA, el órgano de contratación se remite sin más al informe incorporado al acta nº 5 de la Mesa de contratación de fecha de 19 de diciembre de 2012. Considera que el referido informe fue emitido al amparo de lo establecido en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre.
3. En cuanto a la vinculación de la valoración emitida por el grupo de expertos en el informe de 29 de octubre de 2012, reitera los argumentos anteriores y afirma que el procedimiento se ha ajustado en todos sus términos a las prescripciones legales y a los criterios fijados en el PCAP y en el de Prescripciones Técnicas.
4. Niega rotundamente que haya existido error en la valoración de la oferta formativa presentada por NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA. En este sentido, el informe aclara que la documentación relativa a la formación, considerada en el PCAP como aspecto valorable mediante la mera aplicación de fórmulas, debía ser incluido en el sobre C, siendo adjuntado por la empresa recurrente en el sobre B. A juicio del órgano de contratación este hecho no advertido por la Mesa habría determinado por sí la exclusión del licitador. En todo caso, insiste en que no se

pudo valorar la oferta formativa pues NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA se limitó a la disposición para impartir cursos de una determinada duración y asistencia, sin referencia alguna a su contenido, estableciendo el PCAP unos claros criterios de adjudicación, debiendo los cursos proyectados reunir unos requisitos mínimos tanto de duración y asistencia, como de contenido relacionado con la diabetes mellitus.

5. Sobre la imposibilidad de acceder al expediente, en especial al acta nº 5 de la Mesa de contratación e informes de valoración posteriores al 29 de octubre de 2012, niega que se le haya provocado indefensión a la empresa recurrente, pues considera que la tramitación del expediente se ha ajustado a las prescripciones legales, pudiendo, en todo caso, ser objeto de los correspondientes recursos en ellas previstos (sic).

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes y de forma previa al análisis de la documentación administrativa de la licitación así como de las alegaciones esgrimidas por la parte recurrente, hemos de definir los contornos jurídicos de la figura que ahora nos ocupa, un Acuerdo Marco destinado a la selección de los contratistas con los que se celebran los contratos derivados de suministros basados en aquel. La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, sobre los acuerdos marco expresa cuanto sigue:

- Considerando (11): "Procede establecer **una definición comunitaria de los acuerdos marco** así como normas específicas aplicables a los acuerdos marco adjudicados en relación con los contratos sometidos a la presente Directiva. Con arreglo a dichas normas, cuando un poder adjudicador celebre, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva, un acuerdo marco relativo, en particular, a la publicidad, los plazos y las condiciones para la presentación de ofertas, podrá suscribir contratos basados en dicho acuerdo marco durante la vigencia del mismo bien aplicando las condiciones establecidas en el acuerdo marco, bien, si no se han fijado todas las condiciones por anticipado en dicho acuerdo marco, volviendo a convocar una licitación entre las partes en el acuerdo

marco sobre las condiciones no fijadas. La nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato. Por estos mismos motivos, debe limitarse la duración máxima de los **acuerdos marco** que no podrá ser superior a cuatro años, salvo en casos debidamente justificados por los poderes adjudicadores.

- Considerando (16): "Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos **la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco**, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva."

De esta forma el artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE definió en el apartado 5º los acuerdos marco, con el siguiente tenor: *"Un acuerdo marco es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas"*.

Esta normativa comunitaria se recoge fielmente en los preceptos del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en sus **artículos 196 a 198**. Según establece el artículo 196.1º TRLCSP, los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de **fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado**, e indica que esta figura se ha de canalizar cumpliendo los siguientes elementos reglados:

- No se puede utilizar para vulnerar la libre competencia, ya sea, porque se utiliza este instrumento:

- de **forma abusiva** o
 - de **modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.**
-
- Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, **al menos, de tres**, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

 - La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de **cuatro años**, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 198 TRLCSP, en la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, las partes no podrán en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco. En definitiva, se han de respetar las condiciones estipuladas en el PCAP rector del Acuerdo marco.

Lo cierto es que en el presente supuesto el Acuerdo marco va dirigido a la selección de las empresas suministradoras de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre, dividido en dos lotes y de acuerdo con el procedimiento abierto. Como tal procedimiento de concurrencia competitiva su documentación administrativa, en concreto tanto el PCAP – su cuadro de características específicas – como el Pliego de Prescripciones Técnicas han de ser en todo caso, respetuosos con los principios de publicidad, igualdad y concurrencia pues pesa expresamente sobre éstos la prohibición de falsear, restringir o vulnerar la libertad de competencia.

El PCAP que rige el procedimiento para la selección de los suministradores y su cuadro de características específicas constituyen *lex contractus* como ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal en varias y reiteradas Resoluciones (vgr. Resolución 47/2012), por lo que todo el procedimiento administrativo inspirado en los principios propios de la

concurrencia competitiva ha de ser respetuoso con las cláusulas previstas en el mentado pliego.

Pues bien, con la eficacia jurídica vinculante del PCAP, hemos de tener en cuenta que en el procedimiento para la selección de los suministradores, se distinguen dos fases. A saber: la primera, propia de la valoración de la oferta técnica (**Apartado L.2: “Aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: 39 puntos”**) con 29 puntos para la calidad técnica del producto + 10 puntos para la calidad del servicio, bajo un umbral pues el referido apartado literalmente exige que *“Para poder pasar a la fase de computación final la puntuación mínima a obtener en esta fase de evaluación técnica ha de ser de 10 puntos”*. Y la segunda fase, la valoración de los criterios de adjudicación debidamente relacionados y ponderados en el **Apartado M** del cuadro de características específicas del PCAP. **“Aspectos de la oferta cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: 61 puntos”**, con 51 puntos para la oferta económica + 10 para la oferta formativa.

Por consiguiente, la especificidad del caso exige que previamente se haya de superar en la primera fase de evaluación de la calidad técnica del suministro ofertado un umbral de 10 puntos. De esta suerte, para garantizar la puridad de la discrecionalidad técnica en una recta valoración de la oferta técnica, pues se trata de aspectos no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, esto es, dependientes de un juicio de valor, el propio cuadro de características previene que, *“La valoración de estos criterios se efectuará en base al **informe de evaluación técnica** que se realizará sobre las muestras y documentación técnica aportada. La puntuación técnica final de cada producto (39 puntos) será estimada por una asesor técnico de compras centralizadas del SCS en base a la valoración de un comité técnico y a una valoración científico técnica siguiendo las pautas de evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías sanitarias (Instituto de la Salud Carlos III)”*.

Adjunto al acta nº 3 de la Mesa de Contratación obra el **“Informe de valoración técnica, UTECA, Servicio Cántabro de Salud”** emitido y suscrito el 29 de octubre de 2012, en el que se valoran los aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de

fórmulas (documentación del Sobre "B"), y de forma debidamente motivada se evalúan cada uno de los ítems relacionados en el apartado L.2 del cuadro de características del PCAP con pleno respeto a lo preceptuado en el artículo 150.2 del TRLCSP. De este informe técnico, debidamente motivado se advierte que la empresa recurrente ha obtenido un total de 20,555 puntos, segregados de la siguiente forma:

- Oferta técnica: 15,225
- Servicio postventa: 5,33

Si bien, es cierto que las propuestas de adjudicación no vinculan al órgano de contratación (artículo 160.2º del TRLCSP), en el presente no se trata de elevar al órgano una propuesta de adjudicación sino una propuesta de clasificación de ofertas, donde la evaluación técnica de la UTECA goza de una presunción de legalidad y de acierto únicamente destruible mediante prueba en contrario y previa emisión por dicha unidad de otro informe técnico, ausente en el expediente de contratación elevado a este Tribunal; sin que la voluntad de las empresas concurrentes en una fase posterior de alegaciones pueda provocar una alteración sustancial en las valoraciones emitidas por los técnicos amparadas en juicios de discrecionalidad técnica.

Sobre el tema en cuestión, es decir, sobre la discrecionalidad técnica, este Tribunal en reiterados casos, sirvan de ejemplos las Resoluciones nº 295/2011 y 80/2012 ha expresado que, *“como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por este Tribunal sino que este análisis debe ser limitado de forma exclusiva a aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal deberá respetar los resultados de dicha valoración.*

Pues bien, la impugnación de la recurrente en cuanto se refiere a la existencia de hipotéticos errores en la valoración y puntuación de la oferta técnica presentada por ella incide directamente en la discrecionalidad técnica de la valoración sin afectar a sus aspectos formales sin que, examinados los argumentos de contrario del informe del órgano de contratación, se haya apreciado por este Tribunal arbitrariedad, discriminación, omisiones o errores materiales en la valoración de la oferta técnica”.

En el supuesto planteado, lo cierto es que del informe técnico aprobado por unanimidad por la Mesa de 29 de octubre de 2012 y que motiva la ponderación de cada uno de los ítems a valorar en la calidad técnica ofertada por las licitadoras, se ve sustituido en el acta nº 5 por otro cuadro de valoraciones que adolece de la falta de motivación técnica expuesta y exigida por este Tribunal, por lo que en efecto, es causante y generadora de indefensión en la licitadora, ahora recurrente, dado que no puede llegar a conocer qué razones se han tenido en cuenta para aminorar su oferta técnica de 15,255 a 14,14 puntos.

En este sentido este Tribunal no puede compartir los dos primeros argumentos con los que el órgano de contratación refuta la argumentación del recurrente para impugnar la Resolución de 25 de enero de 2013, dado que ésta se funda en un supuesto informe técnico de nueva valoración sobre la que se basa la Resolución de clasificación de ofertas, ante la ausencia de motivación y ante una actuación contraria a sus propios actos generada por una cláusula del PACP incorrecta en la selección de suministradores propia de un acuerdo marco seguido por el procedimiento abierto, pues ha generado un trámite de alegaciones para las empresas que adultera sustancialmente los principios y la tramitación del procedimiento de contratación pública.

Séptimo. En la **cláusula V** del PCAP hallamos parte de la incorrecta forma de proceder por la Mesa de contratación que puede acarrear la nulidad de las actuaciones seguidas en el procedimiento abierto del presente Acuerdo Marco para la selección de suministradores de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre. En concreto, en su **apartado 6 “Mesa de contratación y procedimiento de adjudicación”**

en el que se pautan los hitos que ha de seguir la mesa de contratación para seleccionar a las licitadoras y formular al órgano la debida clasificación de las empresas.

El apartado sobre el que funda su actuación la quinta reunión de la Mesa expresa que: “5. *En acto público y previa convocatoria de los licitadores a través del tablón de anuncio y/o del perfil de contratante del Servicio Cántabro de Salud, la mesa de contratación formulará propuesta de adjudicación a la proposición que resulte económicamente más ventajosa, una vez ponderados los criterios de valoración, invitando en ese mismo acto a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo el informe de la Mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato*”.

Este apartado del PCAP pretende ahora el órgano de contratación justificarlo al amparo del artículo 87 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001. El referido precepto reglamentario dispone que “*determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.*” Y de una forma un tanto mimética se reproduce el precepto en el contenido de la cláusula V.6.5 del PCAP.

El sistema de exposición de observaciones o reservas regulado en la norma examinada es el desarrollo reglamentario de una normativa de contratación ya derogada, *la Ley 13/1995*, de Contratos de las Administraciones Públicas. Asimismo, hemos de tener en

cuenta que la Ley 34/2010 ya modificó la regulación del recurso especial en materia de contratación atribuyendo su resolución a un órgano independiente.

A mayor abundamiento, de acuerdo con la Disposición Derogatoria única del TLCSP “*quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente ley*”. Habiéndose establecido en el TRLCSP un régimen de impugnación que responde a la exigencia de las Directivas de la Unión Europea de que se instaure un medio de resolución de controversias rápido y eficaz ante un órgano independiente, con anterioridad a la perfección del contrato, el recurso especial no es compatible con un sistema que atribuye al órgano de contratación la resolución de reclamaciones que pueden afectar a actos susceptibles del recurso, y en cuanto incompatible con la regulación del recurso, **ha de considerarse tácitamente derogado** (artículo 2.2 del Código Civil).

Menos aún se acomodaría con el recurso especial considerar aplicable un procedimiento más complejo, que exigiría, en primer término, formular una reclamación contra el acuerdo de la Mesa de contratación ante el órgano de contratación y, una vez resuelta esta reclamación, en su caso, interponer el verdadero recurso, como si de una carga previa de éste se tratase.

Tal como establece el artículo 40.1 del TRLCSP, contra los actos enumerados en el apartado 2 procede la interposición del recurso especial en materia de contratación y los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, serán susceptibles de los recursos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por lo tanto, puede concluirse que el sistema de recursos previsto en el TRLCSP establece que contra los actos enumerados en el apartado 2 de su artículo 40, únicamente cabe interponer el citado recurso especial, excluyendo otros recursos administrativos, cuya resolución corresponde a un órgano independiente, en este caso,

ante el presente Tribunal en virtud del convenio suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el Gobierno de Cantabria.

Contra los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del artículo 40.1 del TRLCSP procederá la interposición de los recursos administrativos ordinarios y los defectos de tramitación no susceptibles de recurso únicamente podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

Por lo tanto, estimamos que la fase de alegaciones concedida a las empresas licitadoras, tras el conocimiento público de sus proposiciones económicas y técnicas, que han generado que la Mesa cambie de criterio y modifique la clasificación de las empresas y la propuesta de adjudicación resulta contraria a Derecho, pues por una vía indirecta se han alterado sustancialmente las valoraciones debidamente motivadas en el informe técnico de la UTECA de 29 de octubre de 2012 y que la propia Mesa ya había aprobado por unanimidad de todos sus miembros, lo cual, nos recuerda la teoría de los “actos propios”, esto es, “*venire contra factum proprium, non licet*”.

Como afirmábamos anteriormente, el artículo 150.2 del TRLCSP establece la obligación de que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de todo ello. En este sentido, hemos de recordar que nos hallamos ante un proceso de licitación que se desarrolla en dos fases. La primera la de apertura de los Sobres “B” para la evaluación de la oferta técnica “**Apartado L.2: “Aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: (39 puntos)”**” y la segunda, para la apertura de los Sobres “C” para la evaluación de las proposiciones económicas y técnicas cuantificables automáticamente “**Apartado M. Criterios de adjudicación. Aspectos de la oferta cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: (61 puntos)”**”.

Como vemos el PCAP establece con claridad meridiana que los Sobres “C” que contienen las proposiciones económicas y técnicas evaluables de forma automática se abrirán – como así se hizo por la Mesa de contratación – una vez se haya procedido a la evaluación de la documentación de los Sobres “B”, de hecho se leyó el informe y se entregó copia a los comparecientes cuando se convocó la mesa de apertura de los Sobres “C”. Esto responde, como cabe entender fácilmente, a la necesidad de observar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores que han concurrido al Acuerdo marco como posibles suministradores del lote 2.

Son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150.2 del TRLCSP disponga 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”*, y que, en su ejecución, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro, el artículo 26 imponga 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”*.

De esta forma, hemos de traer a colación Resoluciones de este Tribunal como la nº 47/2012 y la nº 266/2012, *“El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como el ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia del TJCE de 25 de abril de 1995, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de*

adjudicación de contratos públicos (Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros)”.

A esta exigencia responde que los artículos 145 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, de acuerdo con la documentación que obra en el expediente remitido al Tribunal, la Mesa de contratación ya ha procedido a abrir los Sobres “C” de las licitadoras que superaron la fase primera de evaluación técnica, esto es, los aspectos de la oferta no cuantificables de forma automática, y que incluso se ha efectuado la valoración de los criterios cuantificables automáticamente (Apartado M). Así el acta nº 4 de 21 de noviembre de 2012 recoge los resultados de la valoración de la oferta económica y de la formativa que, unida a la evaluación de los criterios dependientes de juicio de valor, evaluados por la UTECA y aprobados por unanimidad de los miembros de la Mesa (acta nº 3), procede en acto público a la formulación de la clasificación de las empresas y la propuesta de adjudicación que elevará al órgano de contratación.

La tramitación de las alegaciones de las licitadoras presentadas según expresa el órgano de contratación al amparo de la Cláusula V.6.5 del PCAP y del artículo 87 del Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1995, supone una alteración de las normas procedimentales amén de una infracción manifiesta de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP, pues con ello se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas y hechas públicas y, tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 TRLCSP.

En este mismo sentido cabe citar la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial que se presentó en el marco de unos litigios entre la Agencia eslovaca de contratación pública y varias empresas excluidas de una licitación de servicio de cobro de peajes. Dicha sentencia, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala, entre otras cuestiones, que “en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, **permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo**, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”.

Por todo ello, en las condiciones actuales, y sin entrar en el análisis de las demás alegaciones de la recurrente, no cabe otra alternativa que anular el procedimiento de licitación del Acuerdo marco para el suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre (por lotes), debiendo convocarse uno nuevo en el que todos los licitadores dispongan de igualdad de trato en el examen y valoración de sus proposiciones.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. A.J.A. en representación de la mercantil NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA., contra la Resolución del Servicio Cántabro de Salud de 25 de enero de 2013 de clasificación de ofertas y requerimiento de documentación derivado del “*Acuerdo Marco de Suministro de tiras reactivas para la determinación de glucosa en sangre (por lotes)*”, y anular el procedimiento de licitación por los motivos expuestos en los fundamentos precedentes.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.