RE 046/2013

Acuerdo 34/2013, de 5 de julio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por IZASA HOSPITAL S.A.U. contra la resolución por la que se adjudica el contrato, en el procedimiento de licitación del suministro de otro material sanitario para el Servicio de Urología del Hospital Universitario «Miguel Servet» de Zaragoza, promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Resolución de 26 de febrero de 2013, del Gerente del Sector Zaragoza II, se convocó por procedimiento abierto, tramitación simplificada, al amparo del artículo 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público en Aragón (en adelante Ley 3/2011), la contratación del «suministro de otro material sanitario para el Servicio de Urología del Hospital Universitario "Miguel Servet" de Zaragoza», con un valor estimado de 109 874,69 euros, IVA excluido.

Con fecha 27 de febrero de 2013 se publicó el anuncio de licitación en el Perfil de contratante.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos la recurrente. La Comisión de evaluación

constituida al efecto, en reunión celebrada el día 14 de marzo de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre nº 1), presentada por los licitadores, según se recoge en el acta correspondiente. En la misma sesión se procedió a la apertura del Sobre nº 2 «*Propuesta sujeta a evaluación previa*», en sesión pública, sin comparecientes.

TERCERO.- En sesión pública, celebrada el 9 de mayo de 2013, la Comisión de evaluación da cuenta del resultado final de la calificación de la documentación administrativa, pone a disposición de los asistentes el informe del resultado de la valoración del Sobre nº 2 de los licitadores, «*Propuesta sujeta a evaluación previa*», y acuerda la remisión posterior del listado de proposiciones económicas admitidas. En este acto se acuerda excluir a doce licitadores, por no superar la fase de evaluación previa, entre ellos, la recurrente. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la reunión de la Comisión de evaluación.

La Comisión de evaluación se reúne nuevamente, en sesión pública, el 16 de mayo de 2013, para dar cuenta del resultado de la evaluación previa y para la apertura del Sobre nº 3, «*Oferta económica*», de los licitadores admitidos, dando lectura pública de las proposiciones económicas. En la misma sesión, y a la vista de los informe técnicos emitidos, se acuerda elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a favor de diversos adjudicatarios, entre ellos, a los efectos del presente recurso, la «*aguja automática para biopsia tejido blando de 186 y 250 mm. longitud*» (código material nº 17026, en adelante posición nº 17026) a COLOPLAST PRODUCTOS MEDICOS, S.A.

(en adelante COLOPLAST), por un importe unitario de 17,80 euros (IVA excluido).

CUARTO.- Por Resolución de 28 de mayo de 2013, del Gerente del Sector Zaragoza II, se acordó la adjudicación del contrato a los distintos adjudicatarios. A los efectos del presente recurso, la adjudicación de la posición nº 17026 fue notificada a IZASA con fecha 3 de junio de 2013. La notificación a los licitadores de la adjudicación, contenía únicamente la descripción del material ofertado y las puntuaciones asignadas a los adjudicatarios en cada una de las posiciones, pero no la determinación de las características y ventajas de la proposición del adjudicatario, determinantes de su selección, en relación con los otros licitadores. En concreto, a IZASA, respecto de su oferta a la posición nº 17026 se le notificó una puntuación de 0,00 puntos, derivada de la expresión «*NO PASA*» en el apartado de valoración sometida a juicio de valor.

QUINTO.- El representante de IZASA, dirige el 3 de junio de 2013, al Departamento de Contratación del Hospital «Miguel Servet», una solicitud de acceso a las ofertas presentadas y a la valoración técnica de las mismas. La Jefe del Servicio de Suministros del Hospital, mediante escrito de 11 de junio de 2013, responde a la solicitud remitiendo un cuadro en el que se recogen, además de la descripción de los productos ofertados en la posición, los «*comentarios*» sobre los mismos.

SEXTO.- Con fecha 14 de junio de 2013, Dª Cristina Colomina Pascual, en nombre y representación de IZASA, interpone en el Registro del Hospital, recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de la posición nº 17026 del contrato.

El licitador recurrente anunció, previamente el 13 de junio de 2013 al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El 20 de junio de 2013, tiene entrada en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, el expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente.

El día 24 de junio de 2013 el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso a los restantes interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

SÉPTIMO.- El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente:

1) Discrepa la recurrente de la procedencia de la interposición del recurso especial en materia de contratación en el procedimiento, por entender que no se incluye entre los susceptibles del mismo, en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 40 y ss. TRLCSP. Consideran que el recurso procedente hubiera sido el de reposición. Ello no obstante, en atención al PCAP y al pie de recurso concedido, han interpuesto el recurso especial.

2) Tras recordar que en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) la descripción del producto a ofertar como posición nº 17026 es la siguiente: *«AGUJA AUTOMATICA PARA BIOPSIA TEJIDO BLANDO DE 186 Y 250 MM DE LONGITUD. NICHO MUESTRA DE 20 MM. EXTREMO DISTAL BISEL ESTANDAR. CANULA*

C/DOBLE GRADUADO ECONGENITO EN CM. UTILIZABLE C/INTRODUCTOR COAXIAL. MANGO LIGERO ERGONOMICO. DOBLE OPCIÓN DE DISPARO. ESTERIL », consideran que el producto de COLOPLAST no cumple, en concreto, dos características del PPT: el nicho de la muestra es de 19 mm. y no de 20 mm. y tampoco dispone de sistema automático con doble opción de penetración. Por el contrario, el producto ofertado por IZASA cumple con todos los requerimientos del PPT.

3) Manifiestan que la resolución de adjudicación incorpora un cuadro en el que se indica en su producto la expresión «*NO PASA*» en la «*puntuación subjetiva*» y en la «*objetiva*» se incluye un espacio en blanco. En el documento recibido ante el requerimiento formulado al Hospital el 3 de junio se señalaba «*Calidad: NO PASA; Comentarios: complejidad de manejo. Las muestras obtenidas, en ocasiones no satisfactorias. En biopsias de saturación necesidad de cambio de pistola con el consiguiente perjuicio para el paciente y el incremento de gasto*». A este respecto, consideran que las biopsias por saturación solo se realizan en muy escasas ocasiones, lo que determina que el PPT especifique que se requieren agujas de biopsia para tejido blando. En ningún momento se ha indicado qué puntuación se les ha otorgado en la valoración del Sobre nº 2 (para a partir de ahí no valorar la oferta del Sobre nº 3 si no se alcanzan los 20 puntos exigidos en el PCAP para continuar en el procedimiento). No entienden, además, los comentarios negativos, cuando es este producto el que se ha estado suministrando al Hospital en los últimos años.

Por todo lo alegado, solicitan se declare la nulidad de la resolución recurrida, se excluya a COLOPLAST de la posición por no cumplir el producto los requerimientos del PPT, se anule el documento de valoración, y se emita un nuevo informe técnico de valoración del Sobre nº 2 en el que se indique la puntuación obtenida por IZASA en la posición nº 17026 y, en el caso de que la misma sea inferior a 20 puntos, se declare la misma como desierta. Solicitan además la suspensión del procedimiento de adjudicación de la posición hasta la resolución del recurso.

OCTAVO.- El 28 de junio de 2013, Dª Josefa Martínez Bautista, en representación de COLOPLAST presenta ante este Tribunal, escrito en el que alega, frente al recurso, lo siguiente:

Se muestra disconforme con la afirmación de la recurrente de que su producto no cumple con las previsiones del PPT. En concreto afirman que su material posee una muestra de biopsia de 19 mm. considerada estándar para todas las biopsias de tejido blandos, la diferencia de 1 mm. no constituye, a su juicio, ningún problema técnico. Adjuntan ficha técnica del producto en la que se comprueba el cumplimiento de la doble opción de disparo y, en cuanto al carácter estéril, la muestra presentada garantiza esta cualidad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa IZASA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es inferior a la regulación armonizada, pero superior a los 100 000 euros. Al respecto, a la vista de la alegación del recurrente, se debe recordar que en Aragón se ha ampliado el ámbito de este recurso especial por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que da nueva redacción al artículo 17 de la Ley 3/2011, relativo a la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, modificando el apartado 2.a) del mismo, que queda redactado en el sentido de declarar al Tribunal competente para:

«*Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como para los contratos de obras de valor estimado superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros*».

El acto es, por tanto, susceptible de recurso especial ante este Tribunal administrativo, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

Respecto a la medida cautelar solicitada, hay que recordar que la misma es automática por imperativo legal (ex artículo 45 TRLCSP), manteniéndose la misma hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo del asunto, y con respeto del principio de congruencia, resulta necesario formular ciertas consideraciones sobre la documentación aportada por el órgano gestor del expediente de contratación, en el procedimiento de recurso.

En primer lugar, se incorpora al expediente un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares propio de un contrato ordinario de suministros tramitado por procedimiento abierto, tramitación simplificada, aprobado para regir licitaciones, con y sin lotes, pero con adjudicatarios únicos. Sin embargo, del expediente contractual se concluye que se trata de un contrato de suministros por precios unitarios, en la modalidad recogida en el artículo 9.3. a) TRLCSP, es decir, un acuerdo marco con diversos adjudicatarios en las distintas posiciones.

En segundo lugar, y como ya ha indicado este Tribunal en anteriores Acuerdos (entre otros, Acuerdo 25/2013, de 21 de mayo de 2013), la calidad, como criterio de valoración de las ofertas, es admisible si se objetiva, es decir debe indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que podrán recaer, indicando cómo será baremada cada una, permitiendo que las empresas licitadoras formulen sus propuestas conociendo los aspectos que serán merecedores de una mayor o menor valoración, requisito éste que no se cumple en el expediente en cuestión, por lo que se produce un grado de discrecionalidad y de subjetividad en la valoración de las ofertas por la Comisión de evaluación o por los técnicos, contrario a la ley.

Este hecho se agrava si, como se ha señalado, el «*informe técnico*» está constituido únicamente por un cuadro en el que en ocho licitadores en

la posición se consigna la expresión «*NO PASA*» en el criterio «*calidad*» y, a uno de ellos (COLOPLAST) se le asignan 40 puntos, sin mayor explicación. En el expediente se incluye además otro cuadro —cuyo contenido fue trasladado a la recurrente en el trámite de vista del expediente, y no con la notificación de adjudicación— en el que se incluyen los «*comentarios*» que justifican, en cada caso, la puntuación de 15 puntos atribuida a todos los licitadores, menos a uno. Como viene declarando este Tribunal desde su Acuerdo 3/2011, *«ponderar es determinar el valor de una proposición y asignar, a cada una de las mismas, un valor distinto en función de sus características —una vez examinadas y comparadas con detenimiento—, y de forma objetiva y razonada, considerando, imparcialmente, los aspectos contrapuestos de las ofertas. La ponderación es imprescindible en la aplicación de los criterios de valoración, pues determina, a la postre, el resultado de la adjudicación»*.

En coherencia con lo que acaba de afirmarse respecto de los requisitos de los criterios de adjudicación y su aplicación, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de calidad sobre las establecidas en los Pliegos son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar, e incurre en causa de anulación de todo el procedimiento. La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 97/2013 ha consolidado esta interpretación:

«Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, tal y como hemos recogido en nuestra resolución 65/2013 de 6 de febrero, es obligado declarar también la nulidad del proceso de

licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria)».

Por último, en los documentos de valoración de la Comisión de evaluación incorporados al expediente remitido a este Tribunal —que no identifican ni su autor o autores—, es donde se encuentra el origen de la puntuación asignada a los licitadores en el criterio *«calidad, valor técnico y características»,* ya que los cuadros trasladadas a los licitadores junto con la propuesta de adjudicación se limitan a señalar la puntuación total y parcial obtenida por el adjudicatario en cada producto al que concurre, y a consignar la expresión «*NO PASA*» en los restantes, pero sin detallar los motivos de la atribución de la valoración.

El artículo 151 TRLCSP, en cuanto a la notificación de la adjudicación, exige que se practique a todos los licitadores, comunicando, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido, como ya se advirtiera en nuestros Acuerdo 03/2011 y 023/2011, relativos también a contratos del ámbito sanitario.

La motivación que se contiene en la notificación de la adjudicación —en contra de lo que mantiene el órgano de contratación en su informe al recurso— no se ajusta a las exigencias legales de dicha obligación, y nada tiene que ver con el margen de discrecionalidad del que gozan los poderes adjudicadores para la fijación de los criterios de adjudicación. Como bien afirma el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *«En la aplicación de los criterios de adjudicación*

de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisible por carecer de motivación. Una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP».

TERCERO.- Las cuestiones de fondo planteadas en el recurso son la determinación de si la oferta seleccionada en la posición nº 17026 incumple los requerimientos del PPT de la licitación, y si la exclusión de la oferta de la recurrente, por la aplicación de los criterios subjetivos, al no superar el umbral mínimo fijado en el pliego, es contraria a derecho.

La resolución de esta pretensión requiere analizar si las actuaciones del órgano y la Comisión de evaluación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, al PCAP, que junto con el PPT, constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

El TACPA, en el Acuerdo 23/2011 de 3 de octubre, advirtió que «*La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración*». En todo caso, como señala este Acuerdo, la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de

adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 150 TRLCSP, es una infracción grave —calificable como vicio de nulidad de pleno derecho— que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 TRLCSP, el de garantizar los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «*los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia*».

En el expediente se constata que en la valoración subjetiva del criterio de calidad, con la previsión de un umbral mínimo cuya no superación conlleva la exclusión, solo una empresa ha alcanzado ese nivel —con la máxima puntuación, cuarenta puntos—, y que el resto de licitadores ha resultado excluido al alcanzar todos una misma puntuación, inferior al umbral exigido, de quince puntos. El resultado de esta valoración, bajo la cobertura de la discrecionalidad técnica, ha desvirtuado todo el procedimiento y sus principios, pues no resulta racional la aplicación del criterio que esconde una clara contratación directa al margen de las reglas de la licitación, quebrando el principio de igualdad de trato y de oferta económicamente más ventajosa. En la práctica, se ha convertido este procedimiento abierto en un procedimiento negociado sin publicidad con un único proveedor, en evidente fraude legal.

Además, como se ha señalado, la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 28 de mayo de 2013 por la que se adjudicó el contrato carece de motivación y en la documentación,

del expediente remitido, tampoco aparece suficientemente justificada la misma.

Por ello, existe vicio de nulidad de pleno derecho y debe declararse la invalidez del procedimiento de licitación, en lo referente a la posición recurrida...

CUARTO.- Alega también la recurrente que la empresa adjudicataria debió ser excluida por incumplir las especificaciones técnicas, en tanto el tamaño de su producto de 19 mm. no cumple con la exigencia de que sea de 20 mm. Argumenta el órgano de contratación en su informe al recurso, y la alegante, que tal diferencia no tiene efectos prácticos y que por ello se justifica una aplicación no rigorista de las especificaciones técnicas, que conducen a la no exclusión indebida de la oferta.

Para ello, este Tribunal debe comenzar recordando que, como ya ha venido declarando desde su Acuerdo 01/2011, el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de *«no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».*

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. La regulación legal de las prescripciones técnicas se contiene en los artículos 116 y 117 TRLCSP,

refiriéndose a aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato, singularmente en el caso de los contratos de suministro se refieren a los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los estándares mínimos que debe reunir dicho producto, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Estas prescripciones técnicas contenidas en los pliegos son las únicas a las que deben atenerse los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar.

Sentado este principio, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas en el PPT se convierte en una cuestión de interpretación de las normas jurídicas —pues los pliegos configuran, como se ha dicho, la ley del contrato— y de prueba, respecto de la cual es necesario comprobar si la oferta presentada por COLOPLAST en la mencionada posición se ajusta a lo establecido por el mismo.

Este Tribunal, desde su Acuerdo 3/2011, de 7 de abril, tiene sentado y establecido que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, «*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*». Y conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual, el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio, es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

En el PPT aparece la precisión de dimensiones del producto sin la coletilla «*aproximadamente*» que figura en otras licitaciones, de lo que se puede inferir que el tamaño fijado es una exigencia a cumplir en el producto a ofertar, lo que permite concluir la inadmisión de tamaños distintos, aunque sean aproximados. El principio de igualdad de trato y el respeto a la regla de que el pliego es *lex contractus* obliga e entender incumplida la referida especificación técnica.

Por ello, la no exclusión por este motivo de la adjudicataria, a la vista de las previsiones del PPT y la naturaleza del procedimiento, obligan igualmente a estimar esta pretensión del recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Dª Cristina Colomina Pascual, en nombre y representación de IZASA HOSPITAL S.L.U, contra la resolución de la Gerencia del Sector Zaragoza II, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, por la que se adjudicó la posición nº 17026 del contrato, en el procedimiento de licitación del suministro de otro material sanitario para el Servicio de Urología para el Hospital Universitario «Miguel Servet» de Zaragoza, promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II, del

Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, anulando el procedimiento de licitación en lo que se refiere a esta posición.

SEGUNDO.- La Gerencia del Sector Zaragoza II, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.