



Recurso nº 1232/2018 C. Valenciana 278/2018

Resolución nº 1217/2018

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. J. L., en nombre y representación de la mercantil QILU PHARMA SPAIN, S.L., contra el informe de valoración elaborado por el comité de expertos adoptado en la licitación convocada por la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad y Salud Pública en lo referente a los lotes 21, 22 y 23, para la licitación del *“Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos antineoplásicos con varias indicaciones”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad y Salud Pública de la Comunidad Valenciana ha tramitado el procedimiento para la licitación del *“Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos antineoplásicos con varias indicaciones”*, expediente: 43/2018.

El contrato se divide en treinta y ocho lotes. El valor estimado del contrato es de 36.614.672,63 euros, IVA excluido.

Segundo. Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) y en el Boletín Oficial del Estado el día 9 de marzo de 2018, y en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana el 4 de abril de 2018.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP en adelante),



aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Cuarto. Según documento emitido por el órgano de contratación concurrieron al procedimiento de contratación las siguientes empresas:

ACCORD HEALTHCARE S.L.U.

FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.

QILU PHARMA SPAIN, S.L.

TEVA PHARMA, S.L.U.

Quinto. En la presente licitación es objeto de recurso el acuerdo de valoración adoptado por el comité de expertos de fecha 31 de mayo de 2018 por el que se valoró la oferta de la recurrente con 0 puntos con la justificación de “documentación insuficiente” y que fue motivo de la posterior exclusión por la mesa de contratación, según acta de la mesa de contratación de 2 de julio de 2018.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Por la Secretaría del Tribunal se dio plazo al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos lo haya verificado así.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y



Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. Nos encontramos ante un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada para el suministro de determinados productos, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.b) de la LCSP.

A su vez, es objeto del recurso el acuerdo de valoración por el que se otorgan 0 puntos a la oferta del recurrente en los lotes 21, 22 y 23, el cual dio lugar a su exclusión por la mesa de contratación en la sesión de 2 de julio de 2018, al no llegar al umbral mínimo de puntuación establecido por los pliegos, por lo que se trata de un acto susceptible de impugnación conforme al apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, el recurrente ha sido partícipe en el procedimiento de licitación por lo que ostenta un interés concreto y preciso conforme al artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso. El acto de exclusión se produjo el día 2 de julio de 2018, y el recurso se interpuso el día 12 de ese mismo mes.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso, el órgano de contratación indica en su informe al recurso de contratación lo siguiente:

“El acta de la Mesa de contratación impugnada propone la exclusión de la entidad QILU PHARMA SPAIN, sobre la base de la valoración realizada por el Comité de expertos y cuyo informe se incorpora a aquélla.



En efecto, según dicho informe, los productos presentados por la citada mercantil reciben una valoración de "cero" puntos motivando la misma con la descripción "documentación insuficiente".

La empresa alega en su escrito que aportó toda la documentación solicitada en los pliegos por el órgano de contratación.

Apreciado el error por parte del Comité de Valoración, este órgano de contratación no puede sino asumirlo y declarar la improcedencia de dicha valoración y la necesidad de proceder a una nueva valoración sobre la base de la documentación aportada por la empresa."

En cuanto al allanamiento del órgano de contratación, este Tribunal, en numerosas resoluciones, entre otras las números 294/2012, 409/2015, 831/2015, 882/2015 y 7/2016, ha señalado: *"Al respecto, hay que advertir que, aunque esta forma de terminación del procedimiento no se contempla expresamente en el TRLCSP, que se limita en el artículo 47.2 a decir que en su resolución el Tribunal deberá "decidir motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado", resulta aplicable en estos procedimientos, por su similitud con el supuesto analizado, la regulación del allanamiento en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa -tal como se ha resuelto por este Tribunal en supuestos similares como en la Resolución 104/2013 o la más reciente 105/2015, de 30 de enero, regulación que en su artículo 75 prevé expresamente la posibilidad de que "Los demandados podrán allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo anterior", añadiendo en su párrafo segundo que "Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá en el plazo común de diez días dictando luego la sentencia que estime ajustada a derecho".*

No se aprecia que del allanamiento del órgano de contratación derive ninguna infracción del ordenamiento jurídico, por lo que procede la estimación del recurso. No obstante, debe ponerse de manifiesto que la consecuencia de la estimación del recurso no puede ser la



mera retroacción del procedimiento para valorar la oferta de la recurrente conservando el resto de actuaciones realizadas, pues se ha roto la confidencialidad de las proposiciones al haber sido abiertas las ofertas económicas de las demás licitadoras cuando no se había aun examinado la oferta técnica de la recurrente. Ello nos lleva necesariamente a declarar la nulidad de todo el procedimiento a fin de salvaguardar la igualdad y concurrencia entre partes.

Este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente en supuestos similares al presente, véase al efecto la Resolución 425/2016, de 3 de junio, en la que dijimos:

“Así, para decidir si procede únicamente la retroacción de las actuaciones al momento del requerimiento de subsanación, o debe anularse íntegramente el procedimiento, debe analizarse si se ve comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los licitadores. En efecto, como pone de manifiesto la Resolución 279/2016, 15 de abril, “a este respecto, debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la retroacción de actuaciones al momento de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor conocida la valoración de los criterios evaluables mediante fórmula, como es el caso que aquí se plantea. Así, como se ha señalado en anteriores Resoluciones (155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero, 673/2015, de 17 de julio, y 225/2016, de 1 de abril), “la exigencia de respetar el principio de confidencialidad, y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre concurrencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas automáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP que señala 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. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”. En el mismo sentido, el artículo 27 del 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 (RD 817/2009), dispone 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” y, de manera consecuente, el artículo 30.2 del mismo Reglamento establece que “en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”.

Sobre el principio de confidencialidad y su conexión con la igualdad y la seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 30 de abril de 2014, Asunto T637/2011, afirmó que se puede “(...) considerar garantizada la confidencialidad de las ofertas [por] que la comisión de apertura de las ofertas [se] halle en dos sobres sellados intactos. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una oferta. Por consiguiente, la demandante no puede alegar fundadamente que tal obligación viola el principio de proporcionalidad (...)” De igual modo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, recurso de casación 520/2007, se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones, diciendo que “se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior.”

De la citada doctrina jurisprudencial se ha hecho eco este Tribunal en sus resoluciones. Así, por todas las Resoluciones 225/2016, de 1 de abril, 441/2015, de 14 de mayo, 688/2014, de 23 de septiembre, así como el Dictamen del Consejo de Estado 670/2013”. En el Dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013, se informa del siguiente modo: “Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya



cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato”.

De lo expuesto se desprende que en los procedimientos en los que se establezcan criterios de valoración objetiva o mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, deberán cuantificarse con posterioridad a la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor. Y ello viene motivado por la necesidad de garantizar que los criterios sometidos a juicio de valor no puedan verse condicionados por la previa valoración de los elementos objetivos. En tal caso se correría el riesgo de permitir al órgano de contratación otorgar una mayor o menor puntuación a estos criterios subjetivos para acomodar la puntuación total a la luz de la puntuación obtenida en la valoración de los criterios sujetos a fórmula matemática. De este modo, la ley separa en dos sobres la documentación a valorar según un juicio de valor y la documentación a valorar según un juicio de valor, respectivamente. La documentación de uno y otro sobre no puede estar mezclada y solo una vez emitida la valoración del sobre referido a la documentación sujeta a juicio de valor, se procede a la valoración de la documentación evaluable mediante fórmulas. La Ley de Contratos del Sector Público, pretende enervar precisamente este hecho, a saber: que conociendo la puntuación objetiva se pueda ver condicionada la puntuación subjetiva (con la dificultad que conlleva el control de este criterio), de tal suerte que pueda dirigirse la adjudicación en uno u otro sentido, en función del interés del órgano de contratación en que el contrato se adjudique a una empresa u otra. Ello comprometería gravemente la imparcialidad de éste y suscitaría reclamaciones fundamentadas esencialmente en haber otorgado mayor puntuación a estos criterios subjetivos para favorecer a unos u otros licitadores, y viéndose estos criterios



subjetivos revestidos de mayor discrecionalidad técnica que los objetivos que, en puridad, son elementos reglados y más fácilmente fiscalizables por los órganos de control.

Por todo ello, al no haber respetado la mesa de contratación una regla esencial del procedimiento, la relativa a la valoración de los criterios subjetivos con anterioridad a los sometidos a fórmula matemática, y resultando imposible la retroacción de las actuaciones, al verse ya comprometida la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación, procede decretar la nulidad del procedimiento, sin perjuicio que por el órgano de contratación se proceda a la convocatoria de nueva licitación.

Debe por lo tanto decretarse la nulidad del procedimiento en los lotes 21, 22 y 23, en los que la recurrente fue excluida, no resultando posible la retroacción de actuaciones toda vez que QUILU PHARMA SPAIN SL no ha sido valorada en los criterios sometidos a un juicio de valor y ya se han hecho públicas las ofertas evaluables mediante criterios automáticos, por lo que se podría ver comprometida la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación.

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. J. J. L., en nombre y representación de la mercantil QILU PHARMA SPAIN, S.L., contra el informe de valoración elaborado por el comité de expertos adoptado en la licitación convocada por la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad y Salud Pública en lo referente a los lotes 21, 22 y 23, para la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos antineoplásicos con varias indicaciones”, anulando el procedimiento de licitación en dichos lotes.

Segundo. 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 58 de la 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 la Comunidad Valenciana, 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.