

**RECURSO 132/2022
RESOLUCIÓN 151/2022**

Resolución 151/2022, de 29 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Fujifilm Europe GMBH, Sucursal España, frente a la adjudicación del contrato de suministro, instalación y puesta en funcionamiento de un equipo de mamografía digital con destino a la unidad de cribado mamográfico situada en Atención Primaria de Salamanca (expte. 2022-0-10 (2020012497)).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución de 16 de mayo de 2022, del gerente del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca (CAUSA), se aprueba el expediente, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y el gasto, para la contratación, por procedimiento abierto, del suministro, instalación y puesta en funcionamiento de un equipo de mamografía digital con destino a la unidad de cribado mamográfico situada en Atención Primaria de Salamanca. El contrato tiene un valor estimado de 179.000 euros.

Una vez tramitado el procedimiento de contratación, por Resolución del gerente del CAUSA de 11 de agosto de 2022 se adjudica el contrato a APR 1998, S.L., por importe de 168.000 euros (más 35.280,00 euros en concepto de IVA).

Segundo.- El 30 de agosto D. yyy, en nombre y representación de Fujifilm Europe GMBH, Sucursal España, presenta en el registro de este Tribunal un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato. Alega que la oferta de la adjudicataria incluyó en el sobre 2 ("Criterios de juicio de valor") datos relacionados con los criterios evaluables automáticamente, vulnerando el secreto de las proposiciones, por lo que debió ser excluida de la licitación.

Tercero.- Incorporado al registro de expedientes el recurso presentado, con el número 132/2022, tras ser requerido el órgano de contratación, se ha recibido en este Tribunal el expediente y dos informes de dicho órgano de 6 y 7 de septiembre de 2022.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia a los demás licitadores, la adjudicataria (APR Salud, S.L.) ha presentado alegaciones en las que solicita la desestimación del recurso, al afirmar que presentó su oferta conforme a lo exigido en los pliegos, tapando información con el fin de evitar su conocimiento antes de la apertura del sobre 3. Apunta que la recurrente ha manipulado y modificado su oferta, y afirma que en todo caso la Mesa de contratación no tuvo conocimiento de dicha información y que, subsidiariamente, de haberla conocido carecería de relevancia para el resultado del procedimiento.

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El procedimiento del recurso especial se ha tramitado conforme a lo previsto en el capítulo V, título I, del libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

3º.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso especial y está acreditada su representación, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, susceptible,

por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44, apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

4º.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que en uno de los documentos referidos a especificaciones técnicas del mamógrafo incluido por la adjudicataria en el sobre 2 (criterios de juicio de valor) "se podía acceder a distintos datos relacionados con los criterios objetivos y por tanto evaluables automáticamente". En concreto, cita el documento de la oferta denominado "4.1. uMammo 890i Datasheet CE ESP". Afirma que la adjudicataria "colocó en esas partes del documento un recuadro denominado 'SOBRE 3'. Sin embargo, estos recuadros podían desplazarse y mostrar información que en ningún caso está permitido revelar en ese sobre".

La resolución del recurso exige partir de la reiterada jurisprudencia y doctrina que afirman que los pliegos de la licitación constituyen la ley del contrato, y de que, conforme al artículo 139.1 de la LCSP, "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)".

El apartado 2 del mismo precepto establece que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones.

El artículo 157. de la LCSP, sobre la presentación de las proposiciones, señala que "1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición.

»Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.

» 2. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”.

Estas previsiones normativas revelan la voluntad legal de separar en dos momentos diferentes la valoración de la documentación administrativa y la de las ofertas.

En consonancia con ello, la cláusula 16.1.1 del cuadro de características del PCAP, “Criterios de juicio de valor”, establece que “La inclusión en los sobres de documentación administrativa general y de criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor de documentación que esté relacionada con los criterios evaluables mediante fórmulas dará lugar a la exclusión de la proposición del procedimiento de adjudicación por vulnerar el carácter secreto que han de tener las proposiciones”. En el mismo sentido, la cláusula 21.1.2 (“Proposición”) establece en su apartado 1 (relativo a la información que debe incluirse en el sobre comprensivo de los criterios de juicio de valor) que “es requisito inexcusable que esta información no contenga ninguna referencia a los datos que se soliciten en el sobre de ‘Criterios evaluables mediante fórmulas’ ya que dará lugar a la exclusión del procedimiento. Eliminando por tanto todos aquellos valores concretos de los parámetros que se incluyen como criterios objetivos”.

En la Resolución 43/2022, de 24 de marzo, de este Tribunal, se cita el informe 2/2019, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que señala que “La regla del secreto de las proposiciones establecida en la legislación de contratos públicos no es un objetivo en sí mismo sino que pretende, de un lado, evitar posibles manipulaciones de las ofertas entre su presentación por el licitador y la apertura en acto público con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación y, de otro lado, evitar que el conocimiento anticipado antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas pueda

suponer una ventaja competitiva para quienes la presentan dentro de plazo pero con conocimiento de las ya presentadas. Además, cuando el procedimiento contiene criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, el secreto y el orden de apertura tienden a garantizar la objetividad en la valoración de estos criterios con carácter previo a los sujetos a una fórmula, de manera que el conocimiento de la puntuación obtenida en éstos no pueda influir en la valoración de los criterios subjetivos”.

La jurisprudencia, en general (por todas, Sentencia de 6 de noviembre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional), rechaza un criterio automático para excluir a los licitadores en el caso de inclusión en los sobres A y B (nº 1 y nº 2) de documentos correspondientes al sobre C (nº 3). Sin embargo, se admite dicha exclusión si se comprueba que se ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas.

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, su Resolución nº 574/2019, en la que se expone la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre la materia) admite que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, y asume la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas, recogida, entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 y de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 (anteriormente mencionada).

Así pues, en relación con la “contaminación” de sobres -inclusión de información correspondiente a uno de los sobres en otro-, no puede hablarse de una posición única, sino que depende de las circunstancias del caso concreto, por lo que debe valorarse, en síntesis, la información suministrada y su influencia en la decisión del órgano de contratación.

En este caso, este Tribunal ha podido constatar que, en efecto, en el documento “4.1. uMammo 890i Datasheet CE ESP”, antes citado, al pinchar el recuadro “sobre 3”, este puede desplazarse y deja al descubierto información relativa a los criterios evaluables de forma automática que debe contenerse en el sobre 3.

Sin embargo, frente a las alegaciones de la recurrente, el informe del jefe de Sección de Radiofísica y Protección Radiológica del CAUSA, emitido el 6 de septiembre de 2022 en relación con el recurso, afirma que "Este servicio no visualizó en ningún momento esa información contenida `detrás` de esos recuadros, ya que para ello había que manipular el documento moviendo dichos recuadros que ocultaban la información, y nos limitamos a leer la información necesaria para hacer la valoración técnica de la oferta y por tanto, procedimos a la evaluación de las ofertas técnicas sin manipular ningún archivo.

»Dado que en ningún momento detectamos que se podía desplazar dicho recuadro y ver la información que contenía detrás, no se ha tenido en cuenta información restringida para hacer la valoración.

»No se ha producido ninguna revelación de información del sobre 3, ni esa supuesta revelación ha afectado en ningún caso a las valoraciones realizadas".

Ello se ratifica por el gerente del CAUSA, que, en su informe de 7 de septiembre de 2022, alega que "es indiscutible que la adjudicataria APR colocó en determinadas partes del documento un recuadro denominado "SOBRE 3", con la clara intención de ocultar dicha información referida a criterios evaluables automáticamente (sobre 3), pero en ningún momento, se han manipulado por parte de los técnicos encargados de realizar los informes de valoración, ni por el órgano de contratación estos recuadros.

»Hasta que no tuvo acceso al expediente FUJIFILM, no hemos tenido constancia que estos recuadros podían desplazarse y mostrar información, por lo que no se han manipulado estas casillas para tener acceso a la información contenida y que ocultaba. Por tanto, no se ha tenido en cuenta dicha circunstancia a la hora de hacer la valoración.

»Esto no ha afectado a la objetividad de la mesa de contratación, ni afecta a los principios de igualdad entre licitadores, ni al secreto de las proposiciones, concurrencia, transparencia y objetividad del órgano de contratación que debe regir en el procedimiento de adjudicación.

»El órgano de contratación ha actuado conforme a derecho en la tramitación del expediente de contratación, así como en la valoración de las ofertas presentadas por las entidades licitadoras, aplicando los criterios fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y elaborando los informes técnicos correspondientes en virtud de los cuales la Mesa de Contratación ha adoptado sus decisiones, habiéndose realizado de manera plenamente motivada y fundamentada en aras a la obtención de unas conclusiones sustentadas en un análisis minucioso y detallado de las propuestas técnicas presentadas.

»Es claro que la intencionalidad de APR al presentar la oferta es la de cumplir con la legalidad, no revelando información del sobre 3, ocultando los datos que sirven para ser valorados en el sobre 3, es por ello que puso los recuadros ocultando esa información.

»Hemos de decir que la utilización de esos recuadros que ocultan determinada información en un documento es una práctica muy habitual que realizan las empresas para ocultar determinados datos de un documento.

»Creemos que la proposición de la mercantil adjudicataria se ha ajustado en todo caso a lo dispuesto en los pliegos. La proposición se atuvo a los requisitos exigidos en los pliegos, con lo que manifestamos que el recurso debe ser desestimado.

»En tales condiciones, no podemos decir que se haya producido un desvelo anticipado de la oferta, porque no hemos tenido constancia de ello, por lo que tampoco puede admitirse que se haya hecho una valoración de los elementos dependientes de un juicio de valor teniendo en cuenta esta información que son objeto de valoración objetiva o automática”.

Y añade: “Consideramos que la adjudicataria en aras de cumplir con la legalidad, ha ocultado datos que se iban a valorar en el sobre de fórmulas, y que, por tanto, ha actuado correctamente. Que, debido a un error, no bloquearon esos recuadros que ocultaban la información. A nadie se le ocurrió desplazar esos recuadros, sólo cuando la recurrente a través del

acceso presencial al expediente manipuló esos recuadros se supo que se revelaba esa información. Incluso se comprobó que no en todos los ordenadores se tiene acceso a esa información ya que en algunos casos ese recuadro sí aparece bloqueado y no se puede desplazar.

»Aun así todo esto no ha impedido al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva, ya que los datos no se han tenido en cuenta, porque no han sido visualizados, y por tanto, no ha habido tal contaminación. No ha influido en la objetividad de los técnicos para valorar las ofertas presentadas”.

Lo anterior permite presumir que la Mesa de contratación valoró las ofertas sin acceder, ni por tanto conocer, la información “tapada” por el recuadro “sobre 3” que se contenía en la oferta, y por ello sin que se produjera infracción del secreto de las proposiciones.

Por otra parte, no está acreditado que se haya producido la alegada vulneración del secreto de las ofertas.

Es más, la afirmación del jefe de Sección de Radiofísica y Protección Radiológica del CAUSA de que “nos limitamos a leer la información necesaria para hacer la valoración técnica de la oferta y por tanto, procedimos a la evaluación de las ofertas técnicas sin manipular ningún archivo”; y la del gerente del CAUSA de que “la utilización de esos recuadros que ocultan determinada información en un documento es una práctica muy habitual que realizan las empresas para ocultar determinados datos de un documento”, llevan a este Tribunal a presumir, ante la ausencia de indicios probatorios en sentido contrario, que la actuación de la mesa de contratación, al valorar los criterios sujetos a juicio de valor, se limitó a su lectura, conforme a la práctica habitual, y se realizó de forma objetiva y sin conocimiento previo de la información “tapada” propia de los criterios evaluables de forma automática.

Lo anterior se ve reforzado aún más por las consideraciones recogidas en el informe del gerente del CAUSA sobre el resultado de la valoración de los criterios subjetivos, al señalar que “la recurrente obtiene una puntuación en criterios evaluables mediante juicios de valor de 34 puntos, mientras que la adjudicataria obtiene 36,5 puntos”; y aclara “que en la mayoría de los

criterios que se evalúan mediante juicios de valor, la recurrente ha obtenido mayor puntuación, como se puede comprobar en el informe, evidenciando de esta manera por tanto que la eventual contaminación de sobre aducida por la recurrente no le ha afectado en la puntuación puesto que sólo en dos de los seis criterios que se valoraban ha obtenido una superior puntuación la adjudicataria”.

Añade, por otra parte, que, tal y como resulta de los informes, “en la valoración de los criterios evaluables automáticamente, la diferencia de puntuación final se debe a que la recurrente no obtiene puntuación en dos de los tres criterios que se evalúan mediante fórmulas”. Por ello, concluye afirmando que “El órgano de contratación y la Mesa han actuado siempre adaptando su conducta y comportamiento a la naturaleza de las funciones de responsabilidad que ejercen con estricta sujeción a la legalidad y a los principios generales de la contratación pública recogidos en los artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP, relativos a la no discriminación, igualdad de trato, transparencia, publicidad, proporcionalidad y libre competencia, garantizando la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos en la ley y los pliegos”.

En definitiva, las particulares circunstancias concurrentes en este caso, ante la falta de indicios probatorios que permitan alcanzar otra conclusión, llevan a este Tribunal a concluir que la Mesa de contratación no accedió ni tuvo conocimiento previo de la información a la que se refiere el recurrente y que su actuación se realizó sin vulneración del secreto de las ofertas. Admitir otra conclusión, sin pruebas o datos que lo avalen, sería tanto como presumir culpabilidad en la actuación de los empleados públicos. Y ello no es admisible.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Fujifilm Europe GMBH, Sucursal España, frente a la adjudicación del contrato de suministro, instalación y puesta en funcionamiento de un equipo de mamografía digital con destino a la unidad de cribado mamográfico situada en Atención Primaria de Salamanca (expte. 2022-0-10 (2020012497)).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).