

Barcelona, 13 d'abril de 2023

**Resolució núm.:** 249/2023 (recurs N-2022-0243)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per C.G.M., en nom i representació de l'empresa VISCOBASIC, SL, contra l'exclusió d'aquesta empresa del lot 1 de l'acord marc de subministrament de substituïts de teixits tous per als centres de l'Institut Català de la Salut i els centres adherits (HC - Hospital de Cerdanya i GSS - Gestió de Serveis Sanitaris (HUSM i comarcal del Pallars), licitat per l'INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT (expedient CS/CC00/1101297076/22/AMUP), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** En data 13 de maig de 2022 es va publicar l'anunci de licitació de l'acord marc de referència en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S192.

En data 16 de maig de 2022 també es va publicar en el perfil de contractant de l'INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT (en endavant, ICS o òrgan de contractació), allotjat en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (PPT), entre altra documentació contractual.

**SEGON.** En data 7 de juny de 2022 va tenir lloc la sessió de la mesa de contractació d'obertura dels sobres 2 bis de les proposicions (documentació relativa als criteris avaluable mitjançant judici de valor), en la qual aquest òrgan va excloure a dues empreses, entre elles VISCOBASIC, SL (d'ara endavant, VISCOBASIC), pel fet d'haver introduït en el camp "oferta presentada" informació relacionada amb l'oferta econòmica que calia incloure en el sobre 3 de la proposició i ser coneguda en darrer terme.

El 8 de juny de 2022 es va posar a disposició de VISCOBASIC, que la va acceptar en la mateixa data, la notificació electrònica de l'acta que conté aquesta decisió d'exclusió.

**TERCER.** En data 15 de juny de 2022, VISCOBASIC va presentar al registre electrònic del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra l'esmentat acte d'exclusió d'aquesta empresa del lot 1 de l'acord marc de referència.

En síntesi, la recurrent manifesta que, reconeixent l'error comès en la preparació del sobre 2 bis de la seva oferta, que contravenia el PPT i la clàusula 10.1.2 del PCAP, no tenia cap intenció ni mala fe d'infringir els plecs, motiu pel qual considera que la seva oferta no hauria de ser exclosa i se li hauria d'atorgar la possibilitat de presentar la documentació de forma correcta. D'estimar-se la seva sol·licitud, i ateses les característiques delimitades del producte i per tal d'evitar que la licitació quedi deserta, entén que això no causaria cap perjudici ni greuge comparatiu a cap altra empresa.

Per aquest motiu, sol·licita al Tribunal *[sic]*:

- Que tingui en compte les al·legacions efectuades per aquesta part i retrotraguí les actuacions concedint un nou termini per poder presentar la documentació correctament.
- Substituir l'esmentat acte per un altre, en virtut del qual, previs els tràmits procedents, es retrotraguin les actuacions possibilitant aquesta part a la deguda presentació de la documentació requerida.

**QUART.** El mateix dia de la d'interposició del recurs, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar-lo a l'òrgan de contractació i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i l'informe corresponent, d'acord amb la normativa d'aplicació.

**CINQUÈ.** La documentació requerida a l'òrgan de contractació va tenir entrada al Tribunal en data 28 de juny de 2022.

En l'informe, l'ICS s'oposa al recurs i en sol·licita la desestimació, en síntesi, portant a col·lació, d'una banda, la doctrina relativa a la diligència que han de tenir les empreses licitadores en la confecció de les seves ofertes i l'assumpció de les conseqüències jurídiques

del seu incompliment, i, de l'altra, la doctrina relativa a la contaminació documental, respecte la qual reitera la correcta actuació de la mesa de contractació pel que fa l'exclusió de l'empresa VISCOBASIC del lot 1.

**SISÈ.** Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, l'empresa A2C SUMINISTROS HOSPITALARIOS, SL (en endavant, A2C SH) va fer ús del tràmit presentant un escrit en virtut del qual s'oposa al recurs i en sol·licita la desestimació i la imposició de multa per temeritat en la seva interposició, per manca de fonamentació.

En síntesi, sosté, d'una banda, que els plecs que regeixen la licitació, que constitueixen *lex inter partes*, eren clars respecte la manera de presentar les ofertes, i, de l'altra, que el fet que la recurrent hagi inclòs en el sobre 2 bis informació que havia d'incloure's en el sobre 3 ha vulnerat el principi d'igualtat de tracte, no-discriminació i objectivitat en la valoració de les proposicions.

## **FONAMENTS JURÍDICS**

**PRIMER.** Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 46 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer (LCSP), la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013).

**SEGON.** L'acord marc sotmès a examen es licita per un poder adjudicador, ve qualificat en el PCAP com acord marc de subministraments amb un únic proveïdor i té un valor estimat de 8.068.287,19 euros, dividit en onze lots, dels quals el lot 1 afectat pel recurs relatiu a la "Malla absorbible sintètica" té un valor estimat d'1.030.488,82 euros.

D'acord amb aquestes dades, s'està davant un contracte susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

**TERCER.** El recurs es dirigeix contra la decisió de la mesa de contractació per la qual s'exclou a l'empresa VISCOBASIC del lot 1 de l'acord marc, que és un acte expressament previst per l'article 44.2 b) de la LCSP com a objecte del recurs especial en matèria de contractació.

**QUART.** El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

**CINQUÈ.** El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

**SISÈ.** D'acord amb les al·legacions de les parts exposades en els antecedents de fet d'aquesta resolució, l'empresa VISCOBASIC reconeix en el recurs haver comès un error en la confecció de la seva oferta, en haver inclòs en el sobre 2 bis, concretament en l'Annex C relatiu als criteris subjectes a judici de valor, un import de la seva oferta econòmica que havia d'incloure's en el sobre 3, motiu pel qual sol·licita que se li atorgui la possibilitat de tornar a presentar la documentació correctament.

Doncs bé, resulta un fet no controvertit el motiu d'exclusió de l'empresa VISCOBASIC i, en l'exercici de la funció estrictament revisora del Tribunal, correspon analitzar, per tant, si aquesta exclusió adoptada per la mesa de contractació ha estat ajustada a dret.

Per analitzar aquesta qüestió, valgui recordar, en primer lloc, que, efectivament, tal com resulta d'una doctrina consolidada, el fet d'avançar en el sobre de la proposició relatiu als aspectes de les ofertes a valorar segons els criteris dependents d'un judici de valor (en aquesta licitació, el sobre 2 bis) elements que són propis del sobre relatiu a l'oferta econòmica

(aquí el sobre 3) i la resta d'aspectes a valorar segons els criteris d'avaluació automàtica (en aquest cas, el sobre 2) constitueix un motiu d'incompliment de les regles de separació de la documentació a incloure en cadascun dels sobres de la proposició que no resulten fútils ni capritxoses, sinó que la normativa de contractació pública així ho exigeix ex articles 139 i 157 de la LCSP i articles 26, 27 i 30.2 del Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, als efectes de preservar el secret de les proposicions, l'objectivitat i imparcialitat de les valoracions subjectes a un judici de valor i, en definitiva, la igualtat de tracte de les empreses licitadores i la transparència del procediment (entre moltes altres, les resolucions 57/2023, 283/2022, 137/2021, 260/2020, 201/2020, 104/2020, 5/2020, 311/2019, 299/2019, 228/2018, 83//2018, 177/2017, 2/2017, 124/2016, 76/2016, 9/2016, 189/2014 i 102/2014 d'aquest Tribunal, 425/2016, 326/2014, 634/2013, 27/2013, 67/2012, 147/2011 i 146/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 47/2014, 34/2014, 38/2013, 34/2013 i 8/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, 10/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, i 59/2012, 52/2012, 51/2012, 50/2012 i 9/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Ara bé, la doctrina que inicialment entenia que la simple equivocació en la documentació inclosa en els sobres corresponents comportava l'exclusió directa ha estat modulada i matisada pels diferents tribunals i òrgans resolutoris del recurs especial, en el sentit que no qualsevol equivocació pressuposa l'exclusió de l'empresa licitadora afectada, ja que s'haurà de provar la "contaminació" que ha provocat i la seva afectació quant al manteniment del secret de les ofertes i a l'objectivitat de la valoració i el tractament igualitari de les empreses licitadores.

En aquests casos, la doctrina està mantenint la manca d'automatisme de l'efecte excloent com a conseqüència del compliment defectuós dels requisits formals de presentació de les ofertes, ja que és necessari que la informació sigui rellevant en el sentit de poder tenir un efecte en el resultat final de la valoració.

Adicionalment, en aquest cas, cal partir de la premissa que els plecs, en no haver estat impugnats en temps i forma i declarades nul·les les seves clàusules i prescripcions, van esdevenir *lex inter partes* i, com a tal llei del contracte, vinculants per a totes les parts: tant per a les empreses licitadores, que els van acceptar incondicionadament en presentar-se a la licitació conformement amb el que disposa l'article 139.1 de la LCSP, com també per a l'òrgan

de contractació, qui no pot desvincular-se'n en el decurs del procediment i ha de vetllar per adjudicar el contracte a qui compleixi les condicions establertes, com a lògic corol·lari de la garantia dels principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència que proclamen els articles 1 i 132 de la LCSP (entre moltes altres, les resolucions 217/2023, 56/2022, 142/2021, 23/2021, 104/2020, 169/2019, 218/2018, 107/2018, 99/2018, 32/2018, 102/2017, 91/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 166/2016, 125/2016, 118/2016, 78/2016, 67/2016 i 52/2016 d'aquest Tribunal, que recullen i citen alhora el bagatge doctrinal i jurisprudencial fins aleshores).

En el cas examinat, resulta necessari comprovar quines regles marcaven els plecs respecte de la documentació que calia incloure en els diferents sobres de la proposició i contrastar-les amb la documentació presentada per l'empresa recurrent.

Així, d'una banda, l'apartat 12 del quadre de característiques del contracte (QC) preveia el contingut dels sobres següent:

#### 12. Contingut del/s sobre/s

Documentació a incloure en sobre núm. 1:

☒ DEUC

Annexes:

Documentació a incloure en sobre núm. 2 bis:

☒ Sí ☐ No

Relació de documents: (Lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7)

- Annex C – Fitxa criteris subjectes a judici de valor
- Annex D3 - Fitxa Criteris Addicionals Judici de Valor

Requeriments obligatoris per a productes sanitaris:

- L'acreditació que els productes disposen del marcat de conformitat CE: Sí
- Declaració que tots els productes licitats compleixen el previst a l'apartat 13 de l'Annex I del Reial Decret 1591/2009, de 16 d'octubre, pel qual es regulen els productes sanitaris, amb l'etiquetatge i la documentació que ho acrediti (en referència a les dades proporcionades pel fabricant): Sí

Documentació a incloure en sobre núm. 2:

☒ Sí ☐ No

Relació de documents:

- Fitxa tècnica electrònica individual del producte, ANNEX D1 – Model i Guia de la fitxa tècnica electrònica individual, pàgina 1 i 2
- Llista-resum, Model i Guia, ANNEX D2 de les fitxes presentades a la licitació
- Fitxa tècnica pròpia del producte/empresa licitadora o Product Data

Relació de documents específics avaluables de forma automàtica no PREU:

Altra documentació:

- Fitxa tècnica dels criteris addicionals - ANNEX D4

**Requeriments obligatoris per a productes sanitaris:**

- L'acreditació que els productes disposen del marcat de conformitat CE: Sí
- Declaració que tots els productes licitats compleixen el previst a l'apartat 13 de l'Annex I del Reial Decret 1591/2009, de 16 d'octubre, pel qual es regulen els productes sanitaris, amb l'etiquetatge i la documentació que ho acrediti (en referència a les dades proporcionades pel fabricant): Sí

**Documentació a incloure en sobre núm. 3:**

☒ Sí ☐ No

**Relació de documents:**

- Annex 7 PCAP – Model d'oferta econòmica

Així mateix, la clàusula 10.1.2 del PCAP, en seu de la documentació a incloure en el sobre 2 bis, advertia el següent:

**Documentació del SOBRE núm. 2 bis**

D'acord amb l'article 150 de la LCSP, en cas de que en els criteris d'adjudicació establerts a l'annex 4 hi constin criteris que no puguin valorar-se mitjançant xifres o percentatges obtinguts mitjançant la mera aplicació de les fórmules establertes al plec, caldrà presentar en un sobre a part (sobre 2 bis) l'oferta tècnica relativa als aspectes no avaluables automàticament mitjançant criteris objectius, és a dir, els aspectes que es valoraran mitjançant un judici de valor.

En cas que s'hagi de presentar la documentació tècnica en un model determinat, aquest s'inclou com a annex 6.

Els continguts, característiques i requisits d'aquesta oferta tècnica es detallen en el plec de prescripcions tècniques que acompanya aquest plec.

La inclusió en el sobre 2 bis de l'oferta econòmica o la inclusió de qualsevol informació de caràcter rellevant del sobre 2 comportarà l'exclusió del licitador, quan es vulneri el secret de les ofertes o el deure de no tenir coneixement del contingut de la documentació relativa als criteris de valoració objectiva abans de la relativa als criteris de valoració subjectiva.

Aquest advertiment també es realitzava en l'apartat 3 del PPT, el qual, en seu de l'oferta tècnica a presentar, i pel que fa el sobre 2 bis, establia que seria motiu de desestimació de l'oferta l'incompliment del requeriment que la informació continguda en aquest sobre no contingui cap informació sol·licitada en els sobres següents i que desvetlli el secret de l'oferta.

Doncs bé, d'una banda, de l'anàlisi del conjunt de previsions dels plecs transcrits que regeixen la licitació, s'observa que les empreses licitadores havien de presentar quatre sobres (sobre 1, 2 bis, 2 i 3) i, en concret, respecte del sobre 2 bis, havien de presentar els Annexes C i D3 relatius als criteris subjectes a un judici de valor, i amb relació al sobre 3, havien de presentar l'Annex 7 en el qual s'havien d'incloure els materials del lot corresponent i els corresponents

preus unitaris. Així mateix, tampoc consta en l'expedient que cap empresa sol·licités aclariments respecte la interpretació dels plecs en aquest aspecte.

Per altra banda, de l'anàlisi de la proposta presentada per l'empresa VISCOBASIC s'observa que, efectivament, com va detectar la mesa de contractació i la mateixa empresa reconeix, va introduir en el sobre 2 bis, concretament, en el camp "oferta presentada" de l'Annex C relatiu a la "Fitxa criteris subjectes a judici de valor", l'import de l'article relacionat amb l'oferta econòmica a incloure en l'Annex 7 del sobre 3, tal com es mostra a continuació:

| Lot | Partida | Desc. Partida | Pos. | Material | Desc. Material                                                                                                                                                                                                                | Quantitat | UM  | Referencia | Marca   | Model            | Forma Pres | Codi Europeu EAN | Caducitat | Oferta presentada |
|-----|---------|---------------|------|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|-----|------------|---------|------------------|------------|------------------|-----------|-------------------|
| 1   | 0       |               | 1540 | 20137355 | Malla absorbible sintètica per a retorc<br>o reconstrucció de teixits tous(mama),<br>de poli-4-hidroxibutirato (P4HB),<br>monofilament (S20) i monocapa.<br>Mides: Oval 6.4 (+/-1) x 18(+/-1)cm.<br>Estèril. Lliure de làtex. | 1         | UNI | CESH03     | GALATEA | GALAFLE<br>X 3D™ | 1 UNITAT   | 0001008559200064 | 47        | 957,00000         |

L'abast d'aquesta informació avançada a destemps no resulta fútil ni trivial i duu el Tribunal a concloure que va sobrepassar el contingut que s'havia d'incloure en el sobre 2 bis d'acord amb els plecs i va revelar a destemps informació de l'oferta econòmica a incloure en el sobre 3, trencant així el secret de les proposicions i la igualtat de tracte en el sí de la licitació i compromentent la valoració objectiva i imparcial de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor.

Per aquests motius, no resulta procedent l'esmena de l'oferta de VISCOBASIC, per a presentar-la de nou de forma correcta tal com se sol·licita en el recurs i sense la indicació econòmica en el sobre 2 bis, perquè aquesta informació ja s'ha conegut a destemps i ha fet que s'incomplissin i comprometessin aquelles premisses en la licitació del producte en qüestió del lot 1, de manera que una eventual readmissió de l'empresa recurrent en el sentit sol·licitat suposaria un trencament dels més elementals principis d'igualtat de tracte, no-discriminació i transparència que l'òrgan de contractació ha de vetllar per exigències dels articles 1 i 132 de la LCSP.

Ultra això, d'acord amb el criteri mantingut per aquest Tribunal en supòsits com el present, totes aquestes exigències han de ser preservades i garantides en el procediment de contractació amb independència que hi concorrin o no més empreses licitadores i del fet que el lot o producte en qüestió pugui quedar desert, com sembla que pretén relativitzar el recurs (en aquest sentit, per totes, les resolucions 148/2022, 292/2021 i 19/2021 juntament amb les que s'hi porten a col·lació), i demanden la necessària diligència de les empreses licitadores a l'hora de confeccionar les seves ofertes (a més de les ja citades, la Resolució 271/2022).

En conseqüència, decauen al·legacions del recurs en aquest sentit i la decisió d'exclusió adoptada per la mesa de contractació es conclou ajustada a dret, motius pels quals correspon desestimar el recurs interposat per VISCOBASIC amb confirmació de l'acte impugnat.

**SETÈ.** Pel que fa la petició de multa per temeritat en la interposició del recurs, formulada per l'empresa A2C SH en el tràmit d'al·legacions i basada, essencialment, en la manca de fonamentació del recurs, val a dir que la simple debilitat dels arguments del recurs o el reconeixement per VISCOBASIC de l'error documental determinant de la seva exclusió no han de dur automàticament a l'apreciació que la interposició del recurs ha estat temerària o amb mala fe.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

## **ACORDA**

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per C.G.M., en nom i representació de l'empresa VISCOBASIC, SL, contra l'exclusió d'aquesta empresa del lot 1 de l'acord marc de subministrament de substituïts de teixits tous per als centres de l'Institut Català de la Salut i els centres adherits (HC - Hospital de Cerdanya i GSS - Gestió de Serveis Sanitaris (HUSM i comarcal del Pallars), licitat per l'INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT (expedient CS/CC00/1101297076/22/AMUP).
- 2.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de temeritat o mala fe en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 3.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de

l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 13 d'abril de 2023.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez  
Secretària

Carme Lucena Cayuela  
Presidenta