

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don S.G.B., en nombre y representación de la empresa ST Jude Medical España S.A., contra la Resolución de 1 de agosto de 2013 del Gerente del Hospital Universitario de Móstoles por la que se adjudica el contrato de suministro de marcapasos, desfibriladores y electrodos, para el citado Hospital, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de febrero de 2013, se adjudicó el Acuerdo Marco para 15/2012 para la contratación del suministro de marcapasos, desfibriladores y electrodos con destino a los Hospitales dependientes del SERMAS, entre otras a la empresa ST Jude Medical España S.A.

Con fecha 24 de junio de 2013 el Director General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos del SERMAS, autorizó la celebración del contrato de suministro derivado del Acuerdo Marco antes indicado

con un valor estimado de 379.094,56 euros.

Una vez autorizada la celebración del contrato se procedió a invitar a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco para que presentaran su oferta técnica y económica para la segunda fase del Acuerdo Marco para la adquisición de productos por el Hospital Universitario de Móstoles, de acuerdo con las Condiciones Generales de Licitación (CGL), que se adjuntaron con la indicada invitación. En el punto relativo a las ofertas y criterios de valoración de las CGL se atribuye el 70% de la puntuación a la oferta económica más ventajosa de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PL = 70 \times \frac{BL}{BM}$$

PL = Puntuación otorgada al licitador

BM = Mayor baja de todas las ofertas válidas presentadas.

BL = Baja del licitador

Baja = Precio de licitación – Oferta económica del licitador (que deberá ser igual o inferior a la ya ofertada en el Acuerdo Marco)

Las adjudicatarias del Acuerdo Marco presentaron ofertas a esta segunda fase de licitación, resultando adjudicatarias las empresas Boston Scientific Iberia S.A. y Medtronic Ibérica S.A., cada una para distintos lotes.

La adjudicación fue notificada a las restantes licitadoras con fecha 1 de agosto de 2013.

Segundo.- El día 23 de agosto se presentó, previo el anuncio del 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), recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal, contra la Resolución de adjudicación, reclamándose el mismo día el correspondiente expediente y el informe

a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP al órgano de contratación, que lo remitió el día 2 de septiembre. Junto con dicha comunicación se adjuntó la Resolución 1/2013 de la Presidenta del Tribunal por la que se suspende la tramitación de los Recursos Especiales en materia de contratación durante el mes de agosto al no ser posible, dada la composición de aquél, contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados.

La recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación al entender que el Hospital ha puntuado las ofertas económicas presentadas por los licitadores apartándose de la fórmula prevista en el Acuerdo Marco para los contratos derivados, puesto que en el apartado C) de la cláusula 34 del pliego del indicado Acuerdo, se define la mayor baja sobre todas las ofertas válidas presentadas en el Acuerdo Marco, mientras que el órgano de contratación ha aplicado en la fórmula la mayor baja de todas las ofertas presentadas al contrato derivado.

Se aduce también que la oferta económica de Medtronic Ibérica incluye variantes económicas que no estaban previstas en el pliego, por lo que *“las propuestas del licitador Medtronic Ibérica S.A. no debieron ser valoradas por el Hospital.”*

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, señala respecto de la aplicación de la fórmula para valorar el criterio precio que *“Antes de iniciar el análisis de la idoneidad de una u otra interpretación, no conviene perder la perspectiva de que dicha fórmula está encaminada a otorgar la mayor puntuación a la oferta más económica de las presentadas a la segunda fase de la licitación, y en este sentido, es lógico entender que la oferta más baja de referencia será la de esta fase no la de la fase anterior”*. Sentado lo anterior procede a realizar una simulación de cuál sería la puntuación obtenida por las licitadoras aplicando el criterio sustentado por la recurrente, concluyendo que la misma obtendría 70 puntos que es la máxima puntuación a otorgar pero que las dos adjudicatarias obtendrían 262,27 y 220,72 puntos, lo que

necesariamente deberían ajustarse las puntuaciones realizando una regla de tres donde las mejores ofertas serían las de 262,27 puntos y 220,72 puntos a las que debería ajustarse proporcionalmente el resto, resultando de nuevo adjudicatarias las indicadas.

Añade que en todo caso desde todos los centros del SERMAS se está aplicando la misma fórmula tal y como fue recogida en el escrito de instrucciones relativas a la licitación que se adjuntaba con las invitaciones para licitar.

Respecto de la admisibilidad de variantes en la oferta de Medtronic se indica que efectivamente el Acuerdo Marco 15/2012 no contempla la posibilidad de variantes, lo que debe afectar solo a esta primera fase de adjudicación del Acuerdo Marco, pero que sin embargo, en la segunda fase de licitación esta posibilidad sí debe entenderse admisible especificando que *“esta aceptación de variantes debería haber estado incluida en la cláusula 34 de PCAP en la que se regula el procedimiento a seguir en la selección de empresas por los distintos centros, sin embargo, esta cláusula lamentablemente no es muy descriptiva en relación al procedimiento estricto a seguir respecto de diversos momentos de la licitación, en nuestra opinión también en lo relativo a la admisión de variantes.”* Así entiende que la no inclusión específica de la posibilidad de incluir variantes es un error por omisión y que así se interpretó ante la presentación de ofertas variantes o con rappel económico en el contrato derivado por parte de dos empresas, una de ellas la propia recurrente, por lo que se indica que si se resolviera que no procede aceptar la oferta íntegra de Medtronic, se aplique la misma medida a la oferta de la recurrente, por presentar similares características.

Tercero.- Con fecha 10 de septiembre se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado alegaciones por Medtronic el día 16, en las que respecto de la fórmula a aplicar para valorar el precio ofertado señala que dicha fórmula estaba recogida en el documento de condiciones generales para licitar, que vincula a los licitadores y que la recurrente no lo recurrió de manera que la

interposición del recurso solo cuando conoce que no ha resultado adjudicataria, es reveladora de mala fe en su interposición. Añade que debe discrepar de las conclusiones derivadas de las operaciones realizadas por ST Jude en su escrito de recurso, puesto que si bien es cierto que la puntuación otorgada a la misma se modifica, no lo es menos que dichos cálculos también deberían ser aplicados al resto de licitadoras, con lo que la recurrente seguiría ocupando la posición final al haber ofertado un precio superior al del resto.

Respecto de la alegación atinente a la presentación de variantes, afirma que es cierto que el pliego no admite la presentación de variantes (anexo 2 apartado 21), pero considera que Medtronic no presentó variantes. Para ello aduce, que con el solo criterio precio no cabe contemplar variantes, de acuerdo con el artículo 147 TRLCSP, pues parece claro que el legislador reserva esta figura para el resto de criterios.

Concluye señalando que Medtronic seguiría siendo adjudicataria, aun sin el descuento, por lo que señala que pudiera alcanzarse un punto de equilibrio y proporcionalidad si no se tiene en consideración el descuento ofrecido, puesto que en definitiva no conduce a un diferente escenario final.

Por último solicita le sea impuesta una multa por mala fe a la recurrente puesto que en otro procedimiento con el mismo objeto en el Hospital de Fuenlabrada, ha resultado adjudicataria habiendo presentado una oferta alternativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

Segundo.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de suministros, por

importe superior a 200.000 euros y por lo tanto, susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*. De tal forma que es la remisión y no la recepción de la notificación del acto impugnado la que se establece como fecha inicial del cómputo, en contradicción con las reglas especiales establecidas en el mismo artículo para la impugnación de los pliegos, actos de trámite o anuncio de licitación, -apartados a b y c del artículo 44.2 del TRSLCSP-, que sitúan dicho día inicial con carácter general, en aquél en que se tenga conocimiento del contenido del acto a impugnar.

La notificación de la Resolución de adjudicación del contrato fue remitida a la recurrente el día 1 de agosto de 2013, y recibida el día 5 del mismo mes, por lo que siendo interpuesto el recurso el día 23 de agosto, el mismo es extemporáneo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por Don S.G.B., en nombre y representación de la empresa ST Jude Medical España S.A., contra la Resolución de 1 de agosto de 2013 del Gerente del Hospital Universitario de Móstoles por la que se adjudica el contrato de suministro de marcapasos, desfibriladores y electrodos, para el citado Hospital, por extemporáneo.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática adoptada por el órgano de contratación el 20 de agosto de 2013.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.