



Recurso nº 40/2011

Resolución nº 43/2011

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

En Madrid, a 28 de julio de 2011.

VISTO el escrito presentado por Doña I.F.V. como apoderada de BARD DE ESPAÑA S.A.U, formulando recurso especial contra la adjudicación del expediente de contratación del “Suministro de Braquiterapia con semillas I-125 para carcinoma de Próstata”, del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid (P.A. 2011-0-35), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 16 de marzo de 2011, del Director Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, se convocó procedimiento abierto con pluralidad de criterios, para la contratación del “Suministro de Braquiterapia con semillas I-125 para carcinoma de Próstata”, publicándose en el BOE de 26 de marzo y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 4 de abril, resolviéndose el 15 de junio la adjudicación del mismo a la sociedad ECKERT & ZIEGLER IBERIA,



Comunidad de Madrid

S.L.U. por importe de 263.736 euros.

Segundo.- A la licitación es de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero.- Consta en el expediente de contratación que:

1. El objeto del contrato según el apartado 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) consiste en la adquisición de un tratamiento braquiterapia con semillas I-125 para carcinoma de próstata con destino al Hospital 12 de Octubre, cuyas características se especifican en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT).

El apartado 1 del PPT señala unas características generales entre las que cabe destacar que en el precio por tratamiento deberá incluirse el equipamiento, instrumentación y todo el material necesario para la implantación de las semillas unidas. El adjudicatario instalará en el Hospital el equipamiento necesario para la realización de los tratamientos, debiendo indicar en la oferta del concurso la relación del equipamiento a instalar y las características del mismo. El equipamiento deberá incluir un ecógrafo según las especificaciones del Apartado A.

En cuanto a las características técnicas del equipamiento, el citado apartado A, relaciona un ecógrafo de altas prestaciones para braquiterapia prostática relacionando en diversos subapartado los requisitos técnicos exigibles, relativos a tecnología, modos de trabajo, programas, conectividad, sondas, instalación y garantía de servicio.



Comunidad de Madrid

2. El apartado 11 del Anexo I del PCAP señala que no procede la admisibilidad de variantes. Asimismo el anuncio de licitación señala que no procede la admisión de variantes.

3. En cuanto a los criterios de adjudicación del contrato, el apartado 8 del Anexo I del PCAP señala que se valorará el precio con 60 puntos y entre los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor se valorará el equipamiento (ecógrafo con 30 puntos y sistema informático para planificación terapéutica en braquiterapia prostática con 10 puntos). En relación al ecógrafo se otorgará la puntuación según los subapartados

Tecnología.

-Mayor número de de canales digitales en el sistema de procesamiento de doble haz digital: hasta 2 puntos.

-Memoria de imagen tipo "cine loop" con captura de imágenes en la presentación de las mismas: hasta 2 puntos.

-Mayor tamaño del monitor: hasta 3 puntos

-Diferentes programas de análisis. Hasta 2 puntos.

Programas.

-Otros softwares de aplicaciones urológicas para braquiterapia prostática en tiempo real: hasta 5 puntos.

-Imagen en 4D: 2 puntos.

Sondas.

- Otras sondas electrónicas multifrecuencia endorrectales: hasta 5 puntos.

Instalación y garantía de servicio.

-El menor tiempo de respuesta del servicio técnico: hasta 7 puntos.

Cuarto.- A la licitación presentaron oferta tres empresas, entre ellas la recurrente y la adjudicataria. El 11 de mayo de 2011 la Mesa de Contratación acuerda la admisión de las empresas presentadas y acuerda la apertura de la ofertas técnicas.



Comunidad de Madrid

El 25 de mayo se procede a dar a conocer la valoración de los criterios de adjudicación resultando que BARD de ESPAÑA ha sido valorada con 32 puntos y EZKERT & ZIEGLER con 35 puntos. El 1 de junio la Mesa de Contratación, después de examinadas las ofertas económicas y el informe técnico emitido respecto de las mismas eleva propuesta de adjudicación a favor de EZKERT & ZIEGLER.

El 30 de junio BARD DE ESPAÑA S.A.U, anuncia al Hospital Universitario 12 de Octubre la intención de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del citado expediente.

Quinto.- El 1 de julio de 2011 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por BARD ESPAÑA S.A.U., contra el acuerdo de adjudicación de 15 de junio de 2011, notificado el 16 del mismo mes. El 4 de julio fue solicitado al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación y el correspondiente informe.

El recurso alega que la propuesta presentada por la empresa adjudicataria ofertando variantes, cuando el pliego no lo permite, no debió ser valorada por la Mesa de Contratación por tratarse de una propuesta que infringe el régimen legal mencionado y concluye solicitando que se anule la adjudicación retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la misma y se excluya la propuesta de la empresa adjudicataria por infringir la prohibición de presentar variantes y se adjudique a BARD DE ESPAÑA S.A.U por resultar la proposición económicamente más ventajosa.

Sexto.- El expediente de contratación se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 14 de julio de 2011, junto con el informe del órgano de contratación. En dicho informe se señala que como excepción a la prohibición de presentación de proposiciones simultáneas cabe la presentación por parte de los licitadores en sus ofertas de variantes o mejoras técnicas y ello implica la valoración económica de las mismas, lo que posibilita al órgano de



Comunidad de Madrid

contratación, considerar dichas ofertas como económicamente más ventajosas y proceder a su adjudicación. El PCAP no prevé la admisibilidad de variantes. Entiende que dentro de la oferta presentado por Ezker & Ziegler Iberia, S.L.U. no se incluye ninguna variante, sino que cumpliendo las características técnicas que se exigen en el Pliego de condiciones técnicas se posibilita al Hospital la elección de uno de los dos modelos de ecógrafos con el que se lleva a cabo la técnica objeto del mismo. Finalmente señala que en el informe técnico realizado por el Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital se valoran las características técnicas de los ecógrafos propuestos por la adjudicataria “en un solo concepto” al no haber diferenciación en las especificaciones técnicas de ambos equipos.

Séptimo.- El Tribunal da traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 316. 3 LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Dentro del plazo concedido se ha recibido escrito presentado por el adjudicatario Ezker & Ziegler Iberia, S.L.U. en el que alega que aunque el PCAP especifica que no se admiten variantes, dicha cláusula se refiere al producto objeto del concurso, esto es, las semillas I-125 y no al equipamiento cuya cesión por parte de las empresas licitadoras queda a merced de un juicio de valor por parte del Hospital con unos criterios de valoración y una puntuación de hasta 40 puntos. Alega también que en el apartado “equipamiento” se hace referencia a un ecógrafo con una valoración de hasta 30 puntos y atendiendo a unas características técnicas las empresas licitadores pueden ofrecer cualquier equipo que cumpla dichas especificaciones y su empresa ofrece la posibilidad de que el equipo médico involucrado en la técnica tenga la posibilidad de elegir entre dos alternativas existentes en el mercado que cumplen dichas especificaciones.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa BARD DE ESPAÑA S.A.U., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* por tratarse de un licitador no adjudicatario.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 314.2 de la LCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación correspondiente a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada” por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 310 .1. a) y 310.2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se trata de valorar si la oferta presentada dando al órgano de contratación la posibilidad de optar entre los dos ecógrafos ofrecidos tiene o no la consideración de oferta variante y su admisibilidad.

La adjudicataria presentó su oferta señalando que como adjudicatario proporcionará al Hospital, en calidad de cesión de uso y durante la vigencia del concurso el equipamiento que a continuación se especifica, de acuerdo al material necesario requerido en el Pliego de especificaciones técnicas. “Se suministrará un



Comunidad de Madrid

ecógrafo de acuerdo a las especificaciones descritas en el apartado A de características técnicas

EUB-HV AVUIS (HITACHI)

B&K FLEX FOCUS Mod. 1202 (conexión Ethernet con Varian)

El cliente podrá elegir entre cualquiera de estos dos equipos de acuerdo a sus preferencias (y atendiendo a las características técnicas descritas en los pliegos) y valorando la mejor propuesta económico/técnica por parte de las empresas suministradoras de los mismos”.

Son varias las cuestiones que para resolver el recurso presentado deben examinarse a continuación:

1. Propositiones de los licitadores.

La simultaneidad de proposiciones supone que un mismo licitador presenta varias candidaturas u ofertas a la misma licitación, lo que supone una quiebra del principio de igualdad de trato de los licitadores. En tal sentido el 129.3 LCSP establece el principio general de inadmisión de más de una proposición por licitador y la excepción particular cuando el pliego de cláusulas permite la presentación de variantes o mejoras precisando sobre qué elementos y en qué condiciones: *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 131 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 132 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.”*

La prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta económica tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y este ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones



Comunidad de Madrid

más ventajosa o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo.

2. Variantes y mejoras. Distinción.

Los PCAP y los PPT constituyen las bases sobre las que la Administración manifiesta su voluntad de celebrar un negocio jurídico determinado y respecto de las que los empresarios interesados realizarán sus ofertas. Todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar. Un poder adjudicador sólo puede contratar cuando sea *"necesario para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales"* siendo necesario *"determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que se pretenden cubrir mediante el contrato, la idoneidad de su objeto y contenido"*, (art. 22 LCSP).

Pero en ciertas ocasiones, es complicado determinar con precisión la naturaleza, la extensión o el contenido del contrato que se proyecta realizar o dicho de otra forma, lo previsto en el pliego es susceptible de ser mejorado por otras soluciones técnicas propuestas por los licitadores.

Por ello los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras y en tal caso sobre qué elementos han de versar unas y otras, cuáles son sus requisitos, límites modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas. Las alternativas o variantes suponen la realización de una prestación cualitativamente equivalente a la que es objeto de licitación. Las variantes pueden ser tanto de carácter económico como técnico.

En estos casos, como excepción al principio general de admisión de una sola proposición, los licitadores pueden presentar variantes o alternativas partiendo de los criterios de valoración de las ofertas. Según el art. 134.3.b) relativo a la utilización de más de un criterio de valoración *"cuando el órgano de contratación*



Comunidad de Madrid

considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución."

Cabe, en una primera aproximación definir los conceptos de variante, alternativa y mejora. Así, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por variante, la variedad o diferencia entre diversas clases o formas de una misma cosa, por alternativa la facultad de elegir entre dos o más cosas y por mejora la acción de acrecentar algo haciéndolo pasar a un estado mejor. El glosario de términos de la Guía para la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público preparada por la Dirección General de Patrimonio del Estado (Ministerio de Economía y Hacienda) define las variantes como las "alternativas a la configuración de la prestación objeto de licitación que pueden proponer lo licitadores cuando así se admita en los pliegos. El término variante se utiliza siempre en conexión con el de mejoras, en un sintagma alternativo: variantes o mejoras". Asimismo lo considera sinónimo de mejoras.

Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 19/2004, de 12 de noviembre, denominado "diferencia entre proposiciones simultáneas y variantes", analizando los artículos 80 y 87 de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, equivalentes a los artículos 129 y 131 de la vigente LCSP "*que las propuestas que incluyen variantes o alternativas deben considerarse propuestas simultáneas, como resulta claramente de la prohibición y excepción del artículo 80 que después de prohibir la presentación de más de una proposición exceptúa lo dispuesto en el artículo 87, en el que literalmente, se admite más de una proposición*". Por ello concluye que la admisibilidad de variantes constituye una excepción a la prohibición de presentación de proposiciones simultáneas y tal admisibilidad y toma en consideración de las mismas se condiciona a la previsión en los pliegos y a su ajuste a los requisitos mínimos exigidos en los mismos, dado que en caso contrario se produciría el efecto de proposiciones simultáneas. Por tanto, precisa que el régimen jurídico de las



Comunidad de Madrid

proposiciones simultáneas y el de las variantes cuando no resulten admisibles o no se ajusten a los requisitos exigidos será el del artículo 80 (inadmisión de todas las presentadas) y cuando su admisión y requisitos figuran en el pliego se ajustarán al mismo.

En cuanto a la distinción entre mejoras y variantes, hay que partir de la idea de que ambas son consideradas como proposiciones simultáneas en el artículo 129.3 de la LCSP en cuanto que unas y otras son una excepción a la prohibición de presentar más de una proposición por los interesados en la licitación. Ambas han de cumplir idénticos requisitos en cuanto a su determinación en el PCAP, indicación en el anuncio, etc. de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131 de la LCSP. La diferencia pues ha de concretarse en el contenido de las mismas. Así mientras las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de condiciones, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración.

3. Admisibilidad de variantes o mejoras. Requisitos.

El artículo 24 de la Directiva 2004/18/CE, de 3 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, establece que:

“1. Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes.

2. Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no la presentación de variantes: En caso de que falte dicha mención las variantes no estarán autorizadas.



Comunidad de Madrid

3. *Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deben cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.*

4. *Solo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos.”*

Así el artículo 131.1 de la LCSP establece que “*Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.*” En tal caso, según el apartado 2 del citado artículo 131, deberá indicarse en el anuncio de licitación sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

A pesar de la dicción literal del artículo 131 respecto al contenido del anuncio de licitación, lo cierto es que tanto la LCSP como la citada Directiva afirman que es el PCAP el lugar adecuado para delimitar la posibilidad de variantes. Es el Pliego el que regula el contenido íntegro de la prestación solicitada y los aspectos de la ejecución contractual.

La posibilidad de que el órgano de contratación opte por alternativas o variantes se encuentra limitada al supuesto de que se utilicen varios criterios de adjudicación y supone que la definición aprobada la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas tal como dispone el artículo 131 LCSP. El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas desarrolla en sus artículos 67.2.j), 68.1.c), 71.3.f) y 89 la regulación de las variantes señalando que el documento de formalización del contrato deberá contener las cláusulas que sean consecuencia de las variantes válidamente propuestas por el adjudicatario y que hayan sido aceptadas por la Administración



Comunidad de Madrid

Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, relativo a la posibilidad de incluir en los pliegos criterios de adjudicación consistentes en la valoración de las mejoras consistentes en la ejecución de obras accesorias sin coste alguno para el órgano de contratación que “se consideran variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga.”

En resumen, se puede decir que los requisitos para que se puedan admitir las variantes o mejoras son:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación
- b) que guarden relación con el objeto del contrato
- c) que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios.
- d) que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

Estos requisitos exigidos por la LCSP para las variantes o mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en condiciones de igualdad de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar.

4. Valoración.

Tan importante como la correcta definición de los criterios de adjudicación de las ofertas lo es la forma de valoración y la motivación de la misma. Los criterios de adjudicación solo pueden ser aplicados sobre las mejoras que hayan sido tomadas en consideración



Comunidad de Madrid

Según el citado Informe 59/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para poder valorar las mejoras con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de su requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.

A la vista de lo argumentado cabe analizar el supuesto concreto planteado en el recurso al que deben aplicarse. Debe indicarse que en el supuesto que nos ocupa las mejoras en el equipamiento como criterio de valoración de las ofertas están objetivadas en el PCAP por referencia a los extremos sobre los que se admiten (relativos a tecnología, modos de trabajo, programas, conectividad, sondas, instalación y garantía de servicio), se detalla su importancia respectiva, están cuantificados y se indica la forma de baremación, y aunque no estén reflejadas en el anuncio, sí se conocen indirectamente por la remisión que el mismo hace a los criterios de adjudicación del PCAP y como hemos indicado anteriormente es el PCAP el documento que establece los derechos y obligaciones que rigen la licitación y el lugar adecuado para su incardinación.

Por el órgano de contratación, a través de los criterios de adjudicación, se admiten mejoras a las prestaciones mínimas exigidas en el PCAP y PPT y esas mejoras tienen la virtualidad de servir para su valoración y así se ha hecho con las ofertas de mejora de todos los licitadores presentados a la convocatoria. Sin embargo la oferta del adjudicatario presenta las mejoras en dos alternativas ofreciendo la posibilidad de dos aparatos ecógrafos y esa es la diferencia respecto de las otras. Entre las condiciones que se formulan en el PCAP para la presentación de mejoras no figura la posibilidad de presentación de alternativas. A juicio de este Tribunal la presentación de más de una alternativa de mejora vulnera la LCSP pues no cumple los requisitos necesarios para su formulación al no haber sido anunciada



Comunidad de Madrid

su autorización ni concretado los términos o modalidades con que pueden formularse.

Por tanto, el órgano de contratación no debió admitir la oferta presentada con variantes o alternativas, debiendo rechazar todas las por él presentadas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 de la LCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Doña I.F.V. como apoderada de BARD DE ESPAÑA S.A.U, contra la adjudicación del expediente de contratación del “Suministro de Braquiterapia con semillas I-125 para carcinoma de Próstata” del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid (P.A. 2011-0-35) declarando la nulidad de la misma.

Segundo.- Que por el órgano de contratación se conceda a la siguiente oferta mejor clasificada, un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 135 de la LCSP y, en su caso, proceda a la adjudicación del contrato.

Tercero.- 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.



Comunidad de Madrid

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Quinto.- 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 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 319 LCSP.