



Recurso nº 36/2011

Resolución nº 37/2011

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

En Madrid, a 13 de julio de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.I.Z. en representación de la empresa Horiba ABX Ibérica Sucursal en España de Horiba ABX, S.AS presentado ante el órgano de contratación el 17 de junio de 2011, formulando recurso especial contra la adjudicación del lote 4 del contrato PACP 2011-1-31 para “Suministro de Reactivos de técnicas varias para Bioquímica para el Hospital Universitario de Getafe” este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe, órgano de contratación, por delegación de competencias en materia de contratación y gestión económica financiera de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria 13 de octubre de 2010, aprobó el expediente de contratación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para adjudicación del contrato PACP 2011-1-31 para “Suministro de



Comunidad de Madrid

Reactivos de técnicas varias para Bioquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, el 8 de febrero de 2011.

Segundo.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP) y Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por la que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público.

El anuncio de licitación fue publicado en DOUE el 15 de febrero de 2011, en el BOE de 24 de febrero de 2011 y BOCM de 25 de febrero de 2011.

Tercero.- El 21 de junio de 2011 tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la empresa, Horiba ABX Ibérica, contra la adjudicación del lote 4 efectuada por Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de 1 de junio de 2011. En el recurso solicita la revisión de la valoración otorgada a la empresa respecto de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor.

Junto al escrito de recurso el órgano de contratación remitió el expediente de contratación, acompañado del informe preceptivo.

Cuarto.- En el informe del órgano de contratación relativo al recurso especial se comunica al Tribunal que, con fecha 18 de abril de 2011, la empresa presentó anuncio previo de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la valoración técnica otorgada a su oferta correspondiente al lote 4.

El recurso especial fue presentado ante el órgano de contratación el día 28 de abril, contra la valoración efectuada por la Mesa de contratación el 8 de abril de 2011, al lote 4.



El órgano de contratación considerándose competente tramito el recurso especial y lo resolvió mediante Resolución de 13 de mayo de 2011, en la que estimaba parcialmente el recurso revisando la puntuación otorgada al lote 4 en el sentido de asignar una puntuación de 25 puntos a la oferta base y una puntuación de 20 puntos a la variante 1 del citado lote, por detectar un error de transcripción y desestimando la pretensión de obtención de valoración distinta a la establecida en el informe técnico por considerarla ajustada a derecho.

Quinto.- Recibido el expediente, el Tribunal con fecha 6 de julio 2011, concedió plazo de cinco días hábiles para alegaciones a los interesados en el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316.3 de la ley LCSP.

Finalizado el plazo no se han recibido alegaciones.

Sexto.- El recurso interpuesto por la empresa Horiba ABX Ibérica el día 17 de junio de 2011, contra la adjudicación se basa en la valoración efectuada por la Mesa de Contratación de los criterios de adjudicación y realiza una serie de consideraciones sobre la valoración de la oferta de la empresa Menarini que ha resultado adjudicataria para lo que acompaña informe de la Sociedad Española de Química Clínica de 2010 en el que aparecen como mejores equipos dos distintos del que ha presentado la adjudicataria.

Alega, que como consecuencia del primer recurso fue corregido el error en la puntuación de la oferta base y en la variante 1, pero que otros aspectos planteados en el recurso no fueron contestados con rigor padeciendo incluso con serias imprecisiones.

Realiza una serie de consideraciones en torno a las características técnicas de su oferta frente a la de la adjudicataria e insiste en el incumplimiento *“del resto de licitadores de los requisitos técnicos a pesar de lo que dice el Director gerente. Es*



Comunidad de Madrid

más, la Mesa de Contratación ha basado su adjudicación en un informe plagado de irregularidades y datos incorrectos por lo que la adjudicación no resulta ajustada a derecho al vulnerarse los más elementales derechos de igualdad de trato en un concurso público.”

En definitiva, considera que *“las ofertas de HORIBA ABX (Base y Variante) para el Lote número 4 cumplen con todas las especificaciones técnicas, tal y como reconoce el propio Órgano de Contratación. Sin embargo, en el momento de valorar técnicamente el sobre 2-A no se han tenido en consideración los aspectos reseñados a lo largo de este escrito por lo que es preciso que la Mesa de Contratación reconsidere sus puntuaciones para ajustarlas a la realidad y cumplir así con los criterios de adjudicación amén de no ocasionar a HORIBA ABX un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos”.*

Finalmente concluye *“que los equipos de la casa que obtiene la mayor puntuación no cumple, tan siquiera con las especificaciones técnicas, especialmente la de la velocidad”,* y propone la exclusión de las otras ofertas, por no cumplir con los requisitos técnicos, y que se le adjudique el Lote número 4 o, en su defecto, que se declare el Lote desierto.

Séptimo.- La cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares, relativa a los criterios objetivos de adjudicación remite al Anexo I, apartado 8, donde se establecen los criterios de adjudicación. De estos corresponden 60 puntos al criterio precio, valorable mediante la aplicación de la fórmula trascrita, se asignan 10 puntos al criterio de dotación, también evaluable proporcionalmente mediante fórmula y 30 puntos a criterios de valoración técnica evaluables mediante juicio valor, en base a lo siguiente: *“1. Método operatividad, compatibilidad y conectividad; 2. Ratios, cumplimentación de normas y recomendaciones académicas; 3. Calidad del producto (del sustrato, del soporte); 4. Calidad del aparato y/o sistema (simplicidad, manipulación, prestaciones, conexiones, funcionamiento, mantenimiento, resistencia, características técnicas etc..).*



Se tendrá en cuenta para su valoración, también, las condiciones establecidas específicamente en el punto 3.2 del pliego de prescripciones técnicas “

El punto 3.2 del pliego de prescripciones técnicas contiene las características técnicas mínimas que deben reunir los equipos respecto de cada lote, así para el Lote 4. Analizadores de hemoglobina Glicosilada y Hb A2, relaciona 17 características.

El pliego de cláusulas administrativas establecía la admisión de variantes sobre el criterio precio hasta dos alternativas y dos variantes técnicas respecto de los criterios correspondientes a valoración técnica y disponía que para pasar a la siguiente fase de valoración, los criterios correspondientes a valoración técnica debían obtener un mínimo de 50% de la puntuación máxima asignada a estos criterios.

Octavo.- El recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 314.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que establece la obligación de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Horiba ABX Ibérica para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación, en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 310 LCSP.



Comunidad de Madrid

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, 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“. (Artículo 312 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.- La empresa interpuso un primer recurso, mediante escrito de 28 de abril de 2011, con entrada en el registro del órgano de contratación el mismo día, contra la resolución de la Mesa de Contratación de 8 de abril por la que resultaba excluida del procedimiento.

El recurso fue resuelto por el órgano de contratación mediante resolución de 13 de mayo de 2011, estimando en parte el recurso en cuanto a la existencia de un error de transcripción de la puntuación en la oferta base y en la variante y desestimándolo en cuanto a la pretensión de obtener una valoración distinta de la obtenida en el informe técnico del Servicio, confirmándolo por considerarlo ajustado a derecho .

El órgano de contratación carecía de competencia para resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, y correspondía a este Tribunal la competencia para resolver el recurso al haberse constituido el día 3 de mayo de 2011.

Quinto.- En cuanto al objeto del recurso contra la adjudicación del lote 4, se basa en la consideración de que la oferta de la empresa no ha sido valorada adecuadamente



Comunidad de Madrid

alegando lo antes expuesto en la relación de los hechos, por lo que está basado en los mismos motivos que el interpuesto contra el acto de trámite, que obliga a considerar lo siguiente:

1.- Sobre la posibilidad de impugnación de forma sucesiva de estos dos actos. A este respecto la Abogacía General del Estado en su Circular 3/2010 en cuanto a esta posibilidad considera que si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación y dice:

“La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato(...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario”

Este Tribunal comparte el criterio de la Abogacía General del Estado, y aprecia que se dan en este caso los requisitos en ella contenidos ya que consta que la Mesa de Contratación en su reunión de 8 de abril de 2011, en la sesión pública celebrada para apertura de proposiciones, dio a conocer la puntuación otorgada a los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor, resultando excluida la empresa recurrente que tuvo conocimiento de ello por estar presente en el acto, como reconoce en el escrito de interposición del recurso.

En consecuencia la empresa presenta anuncio previo de interposición del recurso el día 15 de abril y lo reitera el 18 de abril e interpone el recurso especial en materia de contratación el 28 de abril ante el órgano de contratación, de forma extemporánea, pero que el órgano de contratación resuelve el 13 de mayo de 2011, confirmando la valoración otorgada por la mesa en la resolución recurrida y



Comunidad de Madrid

estimando parcialmente el recurso en relación con un error de transcripción detectado.

Por lo anterior en este caso el Tribunal estima que no cabe la interposición del recurso especial contra este segundo acto al haber sido interpuesto un recurso contra el primero y por los mismos motivos.

Pero además, debe tenerse en cuenta que el primer recurso fue resuelto lo que obliga a plantearse el efecto que tal resolución tiene en relación con el recurso sometido al conocimiento de este Tribunal.

Debe analizarse, con carácter previo, si el efecto de cosa juzgada es de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva(o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*

De acuerdo con estas consideraciones cabría concluir que en este caso es de aplicación el principio de cosa juzgada al haberse resuelto por el órgano de contratación el recurso especial contra la valoración otorgada a la empresa recurrente, que es el motivo en que basa el recurso contra la adjudicación.



Comunidad de Madrid

2.-Es necesario analizar la Resolución de 13 de mayo dictada por el órgano de contratación resolviendo el recurso interpuesto contra la valoración técnica el día 28 de abril de 2011, que tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación el mismo día.

La Ley 9/2010 por la que se crea el Tribunal, en su artículo 3 apartado 4 dispone que el Tribunal será competente para tramitar y resolver los recursos especiales en materia de contratación, las reclamaciones, las medidas provisionales y los supuestos especiales de nulidad que se interpongan o planteen desde el día de la publicación de la Ley en el BOCM. A su vez la Disposición Transitoria Primera disponía que el Tribunal se constituirá en plazo no superior a diez días hábiles desde la publicación del nombramiento de sus miembros, iniciando sus funciones a partir del día siguiente al de su constitución.

El Tribunal se constituyó días después de la fecha del escrito de interposición del recurso y antes de haberse procedido a resolverlo por el órgano de contratación, por lo que debería haberse dado traslado del escrito de interposición al Tribunal para su tramitación. Por tanto la Resolución del 13 de mayo de 2011, por la que se resuelve el recurso especial, se encuentra afectada por vicio de invalidez.

Por otro lado, este Tribunal observa que por el órgano de contratación se han observado los trámites preceptivos en la tramitación del recurso, concediendo trámite de alegaciones a las empresas licitadoras.

En cuanto a la Resolución, fue adoptada, después de considerar las alegaciones presentadas, realizando una confirmación del informe emitido por la Jefa del Servicio de Análisis Clínicos de 4 de abril de 2011, que sirvió de base a la valoración por la Mesa de contratación no apreciándose vulneración del principio de igualdad ya que todas las ofertas fueron valoradas con los mismos criterios resultantes de conocimientos especializados



Comunidad de Madrid

En la resolución del recurso se tuvo además en cuenta un nuevo informe del Servicio de Suministros ratificando la valoración efectuada por la Jefa del Servicio de Análisis Clínicos de 4 de abril de 2011.

Por otra parte en la notificación se indicaba que contra la Resolución cabía recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad de Madrid en plazo de dos meses desde la recepción de la citada resolución, por lo que no se ha producido indefensión.

Sin embargo, este Tribunal, teniendo en cuenta todo lo anterior, entiende que la Resolución de 13 de mayo de 2011, resolviendo el recurso interpuesto contra la valoración de la mesa de contratación que motivó la exclusión de la empresa, al no haber sido declarada nula produce plenamente sus efectos correspondiendo al órgano de contratación, en su caso, como establecen los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, resolver sobre su posible anulación o declaración de lesividad.

Sexto.- En consecuencia con lo anterior el Tribunal considera que la Resolución de 13 de mayo de 2011, produce efecto de cosa juzgada de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo antes invocada, por haber sido resuelto el fondo del asunto puesto que el recurso contra la adjudicación basa su fundamentación en la valoración otorgada a la oferta de la empresa que coincide con el objeto del anterior recurso dirigido contra la dicha valoración efectuada por la Mesa de contratación.

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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por la empresa Horiba ABX Ibérica Sucursal en España de Horiba ABX, S.AS representada por Don J.I.Z., contra la adjudicación del lote 4 del contrato PACP 2011-1-31 para “Suministro de Reactivos de técnicas varias para Bioquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, por considerarlo cosa juzgada al haberse resuelto sobre el fondo en anterior recurso interpuesto contra un acto de tramite susceptible de recurso especial.

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

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 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.