

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2011.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don A.M.G., en nombre y representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra la Resolución de adjudicación del lote 2, del Director Gerente de fecha 22 de noviembre de 2011, del contrato de “Suministro de prótesis de cadera, rodilla y cementos” GCASU 2011-179, del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 10 de agosto de 2011, se publicó en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato de suministro de prótesis de cadera, rodilla y cementos del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, con un valor estimado del contrato de 2.077.520 euros, y dividido en 7 lotes, de los cuales es objeto de recurso la resolución de adjudicación, del lote 2 “*Prótesis total no cementada de cadera (vástago de apoyo meteafisiario)*”. La convocatoria se publicó también en el BOE de 9 de agosto, en el Perfil del Contratante y en el DOUE de 17

de julio de 2011.

En la cláusula 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (PCAPA), se indica respecto del precio del contrato que el mismo será *“aquél a que ascienda la adjudicación, que en ningún caso superará el presupuesto base de licitación. La baja que pueda obtenerse en la adjudicación dará lugar a la ampliación del suministro a un mayor número de unidades de los bienes objeto del contrato, si así se indica en el apartado 1 del anexo I, sin que pueda en ningún caso sobrepasarse el presupuesto base de licitación”*. A continuación en el PCAP se hace una llamada a lo dispuesto en el artículo 9.3.a) de la LCSP.

Asimismo en el punto 3 del Anexo I del PCAP se indica que el sistema de precios establecido es el de presupuesto máximo estimado.

Por su parte en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se recogen los precios unitarios correspondientes al lote 2: En concreto:

- Vástago femoral de apoyo meteafisiario y diafisiario para prótesis total de cadera no cementada: 75 unidades a 1.200 euros sin IVA la unidad.
- Cabeza femoral metálica para prótesis total de cadera no cementada de apoyo meteafisiario y diafisiario: 50 unidades a 210 euros sin IVA la unidad.
- Cabeza femoral cerámica para prótesis total de cadera no cementada de apoyo meteafisiario y diafisiario: 25 unidades a 712 euros sin IVA, la unidad.
- Componente acetabular para prótesis total de cadera no cementada de apoyo meteafisiario y diafisiario: 75 unidades a 1.000 euros sin IVA, la unidad.

A la licitación así convocada se presentaron doce empresas, entre ellas la recurrente, celebrándose las distintas sesiones de la Mesa de Contratación los días

13, 21 y 29 de noviembre, realizándose la propuesta de adjudicación del contrato por parte de la Mesa de Contratación en sesión del día 2 de noviembre de 2011.

En la oferta económica de la recurrente, se ofrecen como precio unitario para la cabeza femoral metálica para prótesis total de cadera no cementada de apoyo meteafisiario y diafisiario: 240 euros en lugar de los 210 euros previstos como precio unitario, lo que determina que la Mesa de contratación proponga su exclusión en el acto del día 2 de noviembre de 2011.

**Segundo:** Con fecha 3 de noviembre de 2011 se recibe en el Hospital universitario Puerta de Hierro Majadahonda, un burofax remitido por la empresa ahora recurrente, en el que se indica que *“Habiendo sido informados verbalmente, mediante la asistencia de personal cualificado de Smith & Nephew a la apertura de plicas de la documentación técnica y económica del mencionado concurso público, y al realizar la apertura del sobre número 2 presentado por esta sociedad y referido al lote 3 PRÓTESIS TOTAL NO CEMENTADA DE CADERA (VÁSTAGO DE APOYO METEAFISIARIO), que Smith & Nephew quedaba excluido por las razones de no presentar las debidas muestras y el instrumental correspondiente y por otra parte tras conversación mantenida con la Srta. G. V., que quedábamos también excluidos del lote 2 PRÓTESIS TOTAL NO CEMENTADA DE CADERA (VÁSTAGO DE APOYO METEAFISIARIO-DIAFISARIO, debido a que el precio individualizado de la cabeza era superior al de la licitación. (...), (sic), para a continuación realizar una serie de alegaciones fundamentadas relativas a las causas de exclusión aplicadas, y solicitando ser admitido a licitación.*

Estas alegaciones son contestadas por la Mesa de contratación el día 7 de noviembre indicándose que la oferta de la recurrente *“no ha sido excluida del lote 3 por no aportar el instrumental, sino por incumplimiento de las características técnicas del PPT”,* señalando respecto de la exclusión del lote que ahora nos ocupa que *“Por su parte como aclaración a la exclusión del lote N° 2 por superar el precio unitario de uno de los artículos que componen el lote les manifestamos (...).”* La duda planteada

*por su empresa al respecto, sobre si tal exceso del importe parcial de la oferta es la causa de la exclusión en el lote referenciado, aún cuando su proposición global no sea superior al presupuesto máximo de licitación establecido en el pliego para la totalidad del lote, no tiene cabida en este supuesto ya que en el punto 3 del Anexo I, se ha mencionado expresamente que se trata de un presupuesto máximo estimado, ajustado a las cantidades reales que necesite satisfacer el centro.*

*El apartado 8 se encuentra claramente dividido en varios subapartados, en el que se detalla la valoración de cada uno de los sobres de documentación que cada licitador debe aportar, la referencia que Vdes indican sobre la valoración global es de aplicación para “Otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: Sobre 2B.*

*Así pues en este caso, el precio del contrato no se establece en un tanto alzado, sino tomando como referencia los importes unitarios de los componentes del suministro a realizar, importes que determinado su precio máximo unitario, han de determinar a su vez el presupuesto máximo de licitación a tener en cuenta para cada uno de ellos.*

*En consecuencia, la mesa de contratación entiende que en la licitación que nos ocupa, el presupuesto máximo de licitación no se establece con referencia a un tanto alzado, por el total de la contratación del lote, sino que debe incluir necesariamente la referencia al límite máximo correspondiente a cada uno de los artículos que se integran en el lote, de forma diferenciada, por tanto es preciso concluir que no puede admitirse una oferta que exceda los precios unitarios establecidos en el pliego”*

Por último se acuerda adjudicar el contrato mediante Resolución del Director Gerente del Hospital de 22 de noviembre de 2011.

**Tercero.-** Con fecha 5 de diciembre de 2011, se presentó anuncio de interposición de recurso administrativo especial en materia de contratación ante el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, presentándose el correspondiente recurso el mismo día.

El recurso tuvo entrada en este Tribunal el día 12 de diciembre de 2011 mediante correo electrónico, remitiéndose la documentación correspondiente al expediente de contratación y el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 30/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) el día 15 de diciembre, en el que en síntesis considera que la decisión de la Mesa de excluir a la recurrente fue ajustada a derecho, al estar fijado el precio del contrato por el sistema de precios unitarios, previsto en el artículo 75 de la ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público, que no permite el exceso de precio respecto de cada uno de los elementos ofertados, considerado individualmente.

Habiéndose concedido con fecha 22 de diciembre, un plazo de cinco días para formular alegaciones, algunos de los interesados han renunciado expresamente al trámite, mientras que otros no han efectuado alegación alguna.

**Cuarto.-** La licitación se encuentra sometida a la LCSP, al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP.

## **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.

**Segundo.-** Respecto de su objeto debe indicarse que el recurso se ha interpuesto contra la adjudicación en la que se excluye a la recurrente, correspondiente a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada por lo que debe considerarse que el recurso ha sido interpuesto contra un tipo de contrato susceptible de recurso

especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) y 2.c), en relación con el artículo 15.b del TRLCSP.

**Tercero.-** Debe hacerse un especial examen de la interposición en plazo o no del recurso. A este respecto 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. (...)”*. Así, en principio, parece lógico entender que el cómputo del plazo de interposición del recurso se iniciará de acuerdo con el artículo 44.2.b), es decir, a partir del día siguiente a aquel en que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión por la Mesa de contratación.

El Artículo 19.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dispone que si se observasen defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados a que afecten, mediante telefax, correo electrónico o cualquier otro medio que permita tener constancia de su recepción por el interesado, de la fecha en que se reciba y del contenido de la comunicación, concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios. Sin perjuicio de lo anterior, la Mesa podrá disponer que las circunstancias indicadas se hagan públicas por el medio que a este efecto se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En cambio ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, y el régimen de recursos que cabe contra ella, lo que permitiría que comenzará a contar el plazo para la interposición del recurso especial.

Interesa indicar en este punto que el TRLCSP en su artículo 151.4 impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, en el acto de calificación de la documentación efectuado por la Mesa, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4 del TRLCSP obliga a concluir que la Ley 34/2010, refundida por el RD Legislativo 3/2011, estableció en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

Este Tribunal en anteriores Resoluciones como la 37/2011, de 13 de julio o la Resolución 67/2011, de 19 de octubre, trayendo a colación la Circular 3/2010 de la Abogacía General del Estado, cuyas conclusiones comparte, 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, en los siguientes términos: *“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*

Sentado lo anterior debe precisarse cuál es el acto cuya notificación constituye el *dies a quo* para la interposición del recurso especial en materia de contratación, porque si bien el mismo se dirige formalmente contra la Resolución de adjudicación del contrato efectuada el 23 de noviembre de 2001, en realidad tiene por objeto la exclusión del recurrente del proceso de licitación, que tuvo lugar mediante Acuerdo de la Mesa de contratación del día 2 de noviembre.

En este caso consta que el recurrente conocía el contenido del acuerdo de exclusión de fecha 2 de noviembre y las causas de la misma, dado que el día 3 presentó un burofax alegando en relación con las mismas, burofax que además fue contestado por la Mesa de contratación el día 7 de noviembre.

Ahora bien, aunque como hemos indicado el recurrente se dio por notificado del acuerdo de 2 de noviembre de 2011 y conocía los motivos de su exclusión, tal y como se acredita mediante el burofax de fecha 3 de noviembre incorporado al expediente administrativo, y más arriba transcrito parcialmente, no es menos cierto que para que la notificación surta efectos como *dies a quo* del término inicial del cómputo del plazo, la misma debe cumplir todos los requisitos formales para ello previstos en los artículos 58 y 59 de la (LRJ-PAC), -singularmente la indicación del régimen de recursos procedente contra el acto de trámite de exclusión impugnado -.

Es por ello que no habiéndose comunicado si contra el acto de exclusión cabía recurso, ni el acto de 2 de noviembre de la Mesa de Contratación, ni la contestación a las alegaciones del día 7 del mismo mes, pueden producir los efectos



que con relación al cómputo del plazo para la interposición del recurso contra los actos de trámite atribuye la Ley a la notificación, por lo que es admisible la impugnación de la exclusión a través del recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.2.c) de la LCSP es un acto recurrible.

Por otro lado el recurso presentado el día 5 de diciembre, teniendo como dies a quo del plazo el día 23 en que se produce la notificación de la adjudicación, se interpuso en plazo.

**Cuarto.-** De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Quinto.-** El fondo del asunto se contrae a determinar si la exclusión de la oferta de la recurrente del lote 2, por exceder los precios unitarios establecidos por el órgano de contratación es ajustada a derecho.

A este respecto afirma la recurrente que según el pliego las proposiciones económicas de las ofertas se valorarán por lote y no por precios unitarios, tal y como se desprende del apartado 8 del mismo, señalando que no se hace ninguna referencia a los precios unitarios a valorar.

Por su parte el órgano de contratación en el informe emitido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 del TRLCSP, señala que el contrato *“se estructuró en diferentes lotes atendiendo a las necesidades previstas en el Hospital, con la finalidad de que la adjudicación pudiese recaer en distintos licitadores. Cada lote de prótesis engloba diferentes componentes funcionales que pueden ser necesarios para la implantación de dicha prótesis en los pacientes.*

*El precio determinado para cada lote se estableció en función de los componentes diferenciados del suministro al tratarse de artículos netamente específicos y cuyo precio puede ser descompuesto con referencia diferenciada para cada uno de ellos”*

De la lectura del PCAP se constata que el sistema de precios establecido para el contrato objeto del presente recurso es el de precios unitarios, como se desprende de la cláusula 3 del mismo, más arriba transcrita y de la nota al pie aclaratoria que se remite al artículo 9.3.a) de la LCSP que a la sazón establece que *“En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:*

*Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.”*

Una vez definido el precio del contrato en su modalidad de precios unitarios, resulta inevitable que la superación de los precios previstos para cada una de las unidades que integran el producto a suministrar, aunque no se supere el presupuesto estimado total del lote, constituye causa de rechazo de las ofertas que superen dichos precios.

Por otro lado no se aprecia oscuridad alguna en los pliegos que permitan albergar dudas sobre el carácter unitario de aquellos, como aduce la recurrente, ni en lo dispuesto en el apartado 8 del pliego cuando señala que las ofertas se valorarán por lotes, ni en el establecimiento en el apartado 3 del anexo I del PCAP del presupuesto total del lote. Debiendo tenerse en cuenta que a pesar de lo alegado en tal sentido, la oferta de la recurrente se realiza con precios unitarios.

Efectivamente que la valoración se haga del lote completo, no significa que la distribución de los precios de cada uno de los elementos que lo componen, pueda diferir de lo solicitado en el pliego, que no olvidemos que constituye la ley del contrato, constando por otro lado de forma clara el establecimiento de los precios unitarios para el lote 2, en el PPT, como más arriba se ha expuesto, lo que excluye las consideraciones de la recurrentes relativas a que en el PCAP se establece un precio total por lote.

Así dado que el precio ofertado de la cabeza de la prótesis tal y como reconoce la recurrente era superior al precio unitario previsto para tal elemento, la consecuencia no puede ser otra más que la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 2 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.-** Desestimar el recurso, interpuesto por Don A.M.G., en nombre y representación de la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U., contra la Resolución adjudicación del lote 2, del Director Gerente de fecha 22 de noviembre de 2011, del contrato de “Suministro de prótesis de cadera, rodilla y cementos” GCASU 2011-179, del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda.

**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.-** 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 49 del TRLCSP.