

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

En Madrid, a 8 de febrero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de COMERCIAL CENTRO MEDICO S.L. (en adelante CCM) contra la resolución de la Directora Gerente de fecha 19 de diciembre de 2023 por la que se adjudica el Lote 3 del contrato de “Suministro e Instalación de once arcos Radioquirúrgicos para el nuevo bloque técnico y de hospitalización del Hospital Universitario 12 de Octubre”, dividido en 3 lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 30 y 31 de octubre de 2023, se publicó, respectivamente, en el Portal de la Contratación pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el anuncio de licitación y los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 1.925.000 euros y dispone de un plazo de ejecución de un mes.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

La Resolución de adjudicación fechada el 19 de diciembre del 2023, fue notificada a todas las participantes en el procedimiento el mismo día.

Con fecha 11 de enero de 2024 se presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del Lote 3 del contrato de referencia por considerar que la puntuación otorgada a las ofertas de las otras licitadoras fue incorrecta.

Tercero.- El 23 de enero de 2024, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 3 por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Quinto. - La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, siendo presentadas dentro de plazo y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador participante en la licitación, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación se adoptó el 19 de diciembre de 2023, siendo notificado el mismo día e interpuesto el recurso el 11 de enero de 2024, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en que se ha producido un error en la valoración de las ofertas de las entidades licitadoras por no haberse seguido las aclaraciones al pliego realizadas en el expediente de contratación.

Según consta en el apartado 3 del PCAP el presupuesto de licitación para el Lote 3 ascendía a 725.000 euros. En su apartado 8 establece los «Criterios objetivos de adjudicación del contrato» y en el mismo se indica que el criterio precio (apartado 8.1.) se valora con hasta 70 puntos, señalándose una fórmula matemática que tiene en consideración el precio de licitación que figura en el pliego:

“(…)

LAS OFERTAS QUE IGUALEN EL IMPORTE DE LICITACIÓN OBTENDRÁN 0 PUNTOS, AL RESTO SE LES APLICARÁ LA FÓRMULA:

$$P \text{ económica} = 70 * ((A-B)/(A-C))^{(1/6)}$$

Siendo

A= PRECIO LICITACIÓN

B= OFERTA A VALORAR

C= OFERTA MAS BAJA (...)"

Se estableció originariamente un precio unitario de 145.000 euros por equipo en el lote 3, que, multiplicado por 5 unidades, marcaban un presupuesto para el lote de 725.000 € más IVA.

Tras la publicación del Pliego, tal y como consta en la Plataforma de Contratación, múltiples entidades interesadas en la licitación, para todos los lotes, incluida la entidad que ha resultado adjudicataria del Lote 3, GE, formularon solicitudes de aclaraciones o modificaciones, específicamente de las características mínimas, con el objeto de que las mismas fueran más permisivas y las permitieran concurrir.

El día 11 de noviembre de 2023, es decir, 2 días antes de que concluyera el plazo de presentación de las ofertas, fue publicada en el Portal de Contratación, y aparece dentro de la Sección “6. Mensajes Públicos” del Expediente el documento de “Respuestas Consultas de GE, PHILIPS y ZIEHM de 2023-0-50”, donde se incluye en el cuerpo del anuncio el conjunto de solicitudes realizadas por distintas licitadoras para los distintos lotes. Además, en la publicación se acompaña un documento adjunto donde se incluyen las modificaciones que el Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico realizó, donde, nuevamente, se publican los apartados del PPT incluyendo las modificaciones que realiza a raíz de las consultas recibidas. Tras dar respuesta a las consultas presentadas, incluyó mucha más información en el documento, de entre la que destaca lo incluido en la página 12 de su Documento de respuesta a las Consultas efectuadas:

“PRESUPUESTO ORIENTATIVO (IVA no incluido)

LOTE 1: 3 Arcos con capacidades 3D: 300.000 € c/u

LOTE 2: 3 Arcos convencionales con detector plano de campo grande. 200.000 € c/u

LOTE 3: 5 Arcos convencionales con detector plano de campo intermedio: 90.000 € c/u

Total: 1.950.000 € (IVA no incluido) 1.950.000 € con IVA.”

(El subrayado amarillo es del propio documento)

Se puede observar como los importes que se incluyen como precio unitario para cada uno de los Arcos Convencionales con detector plano de campo intermedio (Lote 3) es de 90.000 euros por unidad, lo que daría un precio de licitación de 450.000 euros, frente a los 725.000 euros, es decir 145.000 euros por unidad, que figura en el pliego original.

Las entidades que han concurrido al Lote 3 de la licitación, han tenido en consideración esa indicación de precio unitario (90.000 euros) que se hizo en el mismo documento en el que se modificaron los requisitos mínimos. Esta circunstancia se evidencia si observamos que todas las concurrentes a la licitación han ofertado por valor inferior a 450.000 euros, lo que demuestra que las licitadoras han tenido en mente los importes corregidos en el “Documento de respuesta a consultas” que, de facto, ha sido una modificación de requisitos y condiciones del Pliego.

El precio que debe ser tenido en consideración como precio de licitación es relevante en el presente expediente, pues como se ha indicado anteriormente, se tiene en consideración para la aplicación de la fórmula. Y además en este caso es especialmente significativo, porque la entidad GE obtuvo 5 puntos más que CCM en el conjunto de 30 puntos que se otorgaban a los criterios automáticos del apartado 8.2. del PCAP. Por lo tanto, siendo que CCM ha realizado la oferta económicamente más ventajosa, y que la empresa GE ha sido solo 5 puntos superior a la oferta técnica de CCM, la aplicación de la fórmula económica es la decisora sobre la adjudicación del Lote 3 del contrato.

Tanto en el caso de que se considere que el precio de licitación es de 725.000 €, como en el caso en que se considere que es de 450.000 €, la puntuación de CCM

es de 70 puntos, pero, si se aplica la fórmula a la oferta de GE teniendo en consideración dichos importes, el resultado de su puntuación varía, puesto que la distancia económica entre la oferta de GE y la CCM es menos significativa cuanto mayor sea el precio de licitación, así GE obtiene 68,27 puntos, como erróneamente se le han atribuido, si consideramos que el precio de licitación es de 725.000 €, pero si, como la propia empresa GE ha hecho, se tiene en consideración el nuevo precio de licitación (450.000 €), la puntuación de GE disminuye hasta 64,36 puntos, por lo que la entidad que debe resultar adjudicataria del Expediente es CCM.

Finalmente, en apoyo de su tesis, señala que las ofertas de todas las licitadoras superan el 47% de baja si consideramos que el precio de licitación es el inicialmente publicado, siendo la bajada de GE superior al 50% y la de CCM superior al 58% con el precio de licitación anterior a la actualización, pero hasta el propio órgano de contratación ha asumido el nuevo precio, pues no se ha solicitado que se justifiquen las ofertas, siendo que con el nuevo precio de licitación, solo CCM se sitúa próximo a un descuento de 30 unidades porcentuales, siendo que GE no ha bajado más del 20% y Siemens no alcanza el 15,4% de reducción.

Por su parte, el órgano de contratación señala que ciertamente, tal y como expone la recurrente, en respuesta a las aclaraciones solicitadas por varios de los licitadores, desde Vortal se envía una versión del PPT, que incluye las correcciones realizadas por el servicio técnico sobre las consultas presentadas. Efectivamente, el documento enviado contiene en la página 12 un “PRESUPUESTO ORIENTATIVO” de los 3 lotes, con las cantidades señaladas por la recurrente en su recurso.

Lo que explica la inclusión de este presupuesto orientativo, incluido por error, es que para contestar a las cuestiones planteadas por los licitadores se ha utilizado un documento de trabajo inicial (puede verse en el margen izquierdo que ni siquiera estaba asignado el número de expediente cuando empezó a trabajarse en este documento) en el que se incluyó el referido presupuesto de forma provisional, sujeto a las variaciones que pudiera sufrir tras hacerse el estudio de mercado, variaciones que experimentaron los precios de todos los lotes, como puede comprobarse. Al

utilizarse este documento para trabajar sobre las aclaraciones solicitadas, desafortunadamente no se borró la parte correspondiente al presupuesto. Es evidente que se trata de un error, como lo avala el hecho de que ninguna de las aclaraciones tenía como objeto cuestiones relativas al presupuesto, por lo que carecía de sentido su inclusión.

Añade que CCM indirectamente lo que afirma con su pretensión, es que el órgano de contratación ha introducido por vía del artículo 138 de la LCSP -Información a interesados-, una auténtica modificación de un término esencial del pliego, como es el precio, vulnerando el art. 122.1 de la LCSP. Pero no denuncia el incumplimiento de la obligación de retrotraer actuaciones en la que habría incurrido el órgano de contratación en el caso de haber efectivamente modificado el pliego, puesto que no le interesa. Lo que exige es la aplicación de un precio cuya referencia en el documento de aclaraciones es, de forma patente y palpable, errónea, pero que le conviene.

Finaliza su defensa señalando que de considerar realmente errónea la aplicación de los precios establecidos en el PCAP, y correcta la aplicación de los precios orientativos incluidos por error en el documento de aclaraciones, debió aplicar la misma lógica respecto al LOTE 2, del que ha resultado adjudicataria.

Por su parte, el adjudicatario alega que la cuestión a dilucidar es si ha existido la pretendida modificación del precio o presupuesto de licitación, pues solo si concurriese la modificación alegada podría analizarse si concurre o no el error de valoración. A su juicio no se ha modificado el precio o presupuesto de licitación fijado en el PCAP porque, en primer lugar, el referido documento en ningún lugar manifiesta o indica que modifique el PCAP (que es donde figura establecido el presupuesto de licitación y donde debe figurar por imperativo mandato de la ley y, en segundo lugar, porque el referido documento utiliza expresamente el adjetivo "orientativo", lo que evidencia que no supone una modificación del presupuesto de licitación que, como es plenamente sabido, no es en absoluto orientativo, sino máximo (artículo 100 de la LCSP).

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar, en primer lugar, el alcance jurídico de la documentación publicada, que según la recurrente supuso una modificación de los pliegos.

En efecto, como señala la recurrente, el día 11 de noviembre de 2023, es decir, 2 días antes de que concluyera el plazo de presentación de las ofertas, fue publicada en el Portal de Contratación, y aparece dentro de la Sección “6. Mensajes Públicos” del Expediente el documento de “Respuestas Consultas de GE, PHILIPS y ZIEHM de 2023-0-50”, donde se incluye el conjunto de solicitudes realizadas por distintas licitadoras para los distintos lotes. Además, en la publicación se acompaña un documento adjunto donde se incluyen las modificaciones que el Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico realizó, donde, nuevamente, se publican los apartados del PPT incluyendo las modificaciones que realiza a raíz de las consultas recibidas. Tras dar respuesta a las consultas presentadas, incluyó mucha más información en el documento, de entre la que destaca lo incluido en la página 12 , que recoge la información controvertida, haciendo referencia a un “presupuesto orientativo” para cada uno de los tres lotes, que difiere considerablemente del que consta en el PCAP publicado el 30 de noviembre de 2023.

Lo que el órgano de contratación pretendía con la publicación del documento es dar respuesta a las consultas planteadas por los potenciales licitadores, además de proceder por esta vía a una modificación de algunas de las características técnicas de los productos en base a las sugerencias realizadas por los licitadores.

Independientemente de la legalidad del procedimiento utilizado por el órgano de contratación para modificar el PPT, que no es objeto de enjuiciamiento de este recurso, el error material del documento en cuanto al presupuesto orientativo de cada lote es evidente, ya que lo que pretende es dar respuesta a las consultas realizadas e introducir modificaciones puntuales en algunas de las características técnicas. En concreto en el lote 3 se modifica:

Generador de RX

- Potencia del generador al menos 2,2 se modifica a 2,0 Kw
- El generador debe proporcionar en modo radiografía digital al menos 24 se modifica a 20 mA.

Sistema de imagen

- Tamaño del detector de al menos de 21 se modifica a 20 cm de lado.

Monitor de visualización

- Monitor con pantalla táctil se modifica por monitor con pantalla no táctil y pantalla táctil de control integrada en el sistema.

El resto de las características técnicas resultan invariables.

Dado que se trataba de un documento que pretendía dar contestación a las preguntas de los licitadores y de incluir algunas sugerencias técnicas, resulta evidente el error material de mencionar aspectos relativos al “presupuesto orientativo”, ya que ningún licitador planteó preguntas o sugerencias a este respecto.

El propio término “*presupuesto orientativo*”, no hace sino corroborar el error, ya que en el PCAP, documento en el que debe residir la determinación del presupuesto de licitación, no en términos orientativos, se hace constar de modo indubitado los importes que han sido tenidos en cuenta por el órgano de contratación a la hora de aplicar el criterio de valoración referido al precio.

La pretensión de la recurrente de que el órgano de contratación ha introducido por vía del artículo 138 de la LCSP (“Información a los interesados”) la modificación de un término esencial del pliego, como es el precio, vulnerando el art. 122.1 de la LCSP no resulta coherente, ya que al no haberse llevado a cabo la retroacción de actuaciones exigida en el citado artículo, debería llevarnos a la anulación de los pliegos, aspecto no solicitado por la recurrente, que se limita a plantear que se aplique el presupuesto de licitación supuestamente modificado que es el que le interesa,

incurriendo en una clara incongruencia. En definitiva, pretende que una modificación ilegal del PCAP le beneficie.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2 de la LCSP, el PCAP debe contener el presupuesto de licitación, sin que este aspecto pueda ser modificado, como pretende la recurrente, a través de un documento eminentemente técnico como en el caso que nos ocupa.

A mayor abundamiento, como señala el órgano de contratación, de considerar realmente errónea la aplicación de los precios establecidos en el PCAP, y correcta la aplicación de los precios orientativos incluidos por error en el documento de aclaraciones, debió aplicar la misma lógica respecto al Lote 2, del que la recurrente ha resultado adjudicataria, sin que a este respecto haya planteado objeción alguna.

Por todo lo anterior debe considerarse que el órgano de contratación incurrió en un error material al incluir una información arrastrada de un documento anterior, sin que por parte de los licitadores hasta la presentación de este recurso, planteara cuestión alguna al respecto.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 especial en materia de contratación interpuesto por la representación de COMERCIAL CENTRO MEDICO S.L. contra la resolución de la Directora Gerente de fecha 19 de diciembre de 2023 por la que se adjudica el Lote 3

del contrato de “Suministro e Instalación de once arcos Radioquirúrgicos para el nuevo bloque técnico y de hospitalización del Hospital Universitario 12 de Octubre”.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Levantar la suspensión para el Lote 3 automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.