

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.P.O., en nombre y representación de Consultoría y Gestión Sanitaria, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia de 5 de febrero de 2018 por la que se declara desierta la licitación del contrato “Servicio de gestión logística de almacenamiento externo y distribución interna de los productos sanitarios y no sanitarios de reposición sistemática de tránsito y del material inventariable”, número de expediente: SERV 2017-0-0008 PA”, tramitado por el Hospital Niño Jesús de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 16, 17, 22 y 30 de noviembre de 2017 se publicó en el DOUE, en el BOE, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, respectivamente, la convocatoria de licitación del referido contrato para su adjudicación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 2.469.420 euros.

Interesa destacar en relación con la motivación del recurso que la cláusula 1 del PCAP en su apartado 8 establece los criterios objetivos de adjudicación del contrato a los que atribuye hasta 70 puntos con la siguiente distribución: 50 puntos corresponderán al precio y los 20 restantes a otros criterios de Calidad del servicio sujetos a valoración automática, que son:

*“Disponibilidad de control de stock y consumo FIFO, que permita prevenir caducidad de productos (el bien/producto que lleve más tiempo almacenado es el que debe ser servido, a fin de evitar su caducidad); Hasta 5 puntos. (...)*

*Configuración del sistema logístico a nivel de usuario mediante un sistema de reposición automático; Hasta 15 puntos. Comprenderá los siguientes elementos:*

- Capacidad de realizar petitorios de material desde cada una de las unidades del Hospital hasta el almacén.*
- Capacidad de realizar reposiciones automáticas sin necesidad de intervención del usuario del servicio o el personal del adjudicatario (automatización absoluta).*
- Posibilidad de que el Sistema de Gestión de Almacén genere de manera automática y mediante la lectura de un código de barras, RFID o equivalente la reposición de material. (...)*

Asimismo se prevén criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor a los que se atribuye hasta 30 puntos, indicando que *“De los criterios de carácter técnico establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (sobre 2A), siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria posterior una puntuación mínima de 15 puntos, sobre el total de 30 puntos atribuibles conforme a estos criterios.*

*El Comité será designado por la Dirección Gerencia a propuesta del Director de Gestión y Servicios Generales.*

*Plazo en que deberá efectuarse la valoración por el comité de expertos: 10 días.”*

Respecto del umbral de temeridad establece el PCAP que *“Se considerará, en principio, como oferta desproporcionada o anormal, la baja de toda proposición cuyo*

*porcentaje exceda en 20 unidades porcentuales o más, respecto del presupuesto máximo de licitación”.*

**Segundo.-** A la licitación ha concurrido una única empresa, la recurrente.

Tras la oportuna tramitación la Mesa de contratación en su reunión de 30 de enero de 2018 propone la adjudicación del contrato a la empresa CONSULTORÍA Y GESTION SANITARIA, S.L., constando la siguiente puntuación obtenida

LICITADORA	VALORACIÓN AUTOMÁTICA	JUICIO DE VALOR	CRITERIO PRECIO	TOTAL
CONSULTORÍA Y GESTION SANITARIA, S.L.	0 PUNTOS	17 PUNTOS	70 PUNTOS	87 PUNTOS

El 5 de febrero de 2018 se reúne nuevamente la Mesa de contratación con motivo del voto particular que el representante de la Intervención ha elevado a dicho órgano en el que se manifiesta que *“El informe técnico presentado por el licitador “Consultoría y Gestión sanitaria, S.L.” (COGESA) relativo a la calidad del servicio sujeto a valoración automática no se ajusta a lo exigido en el apartado 8.2 de la cláusula primera del PCAP ya que no es evaluable de acuerdo a los baremos fijados en el pliego citado al tratarse de una mera declaración de intenciones a futuro del licitador sin contenido alguno.*

*También cabe reseñar que el informe de valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor no consta que haya sido elaborado por el Comité de expertos a que hace referencia el citado PCAP en el apartado 9 de la cláusula primera ya que no consta su constitución efectiva de acuerdo con lo previsto en los pliegos ya varias veces citados.*

*En igual sentido, la oferta económica presentada por el licitador se encuentra en baja desproporcionada de acuerdo con lo determinado en el pliego en el apartado 8.1 de la cláusula primera.*

*Si bien esta circunstancia podría subsanarse, la falta de acreditación de la calidad destacada en el párrafo primero de esta nota unido a todo lo expuesto,*

*aconseja replantear la continuidad del procedimiento de contratación en estas circunstancias por los perjuicios que podrán derivarse para la gestión del Hospital.”*

En el acta correspondiente consta *“que no es posible valorar la oferta debido a que es una mera declaración de intenciones, lo que denota una clara falta de acreditación de la calidad del servicio (se adjunta al Acta), por los motivos expuestos la Mesa de contratación aprueba por unanimidad replantearse la continuidad del procedimiento de contratación y se acuerda excluir a la única oferta presentada, y declarar desierto dicho procedimiento”*.

La propuesta de la Mesa de contratación junto con el voto particular de la Intervención se notifica a COGESA el 9 de febrero de 2018 y se publica en el Portal de la Contratación el día 22 del mismo mes.

Posteriormente se publicó en dicho Portal la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús de fecha 5 de febrero de 2018, que resuelve *“Declarar desierto el citado procedimiento, de conformidad con la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús y con voto particular de la Intervención, debido a que la única oferta recibida no se ajusta a lo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que ha sido excluida”*, que se comunicó a la recurrente con fecha 9 de febrero de 2018.

**Cuarto.-** Con fecha 28 de febrero de 2018, previo anuncio efectuado el día 15 al órgano de contratación, se interpone recurso especial ante el Tribunal por la representación de la empresa COGESA contra la declaración de desierto del procedimiento, solicitando la nulidad de la resolución adoptada de acuerdo por lo previsto en el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas, y que se retrotraiga las actuaciones al momento procedimental oportuno para que se continúe con el procedimiento de adjudicación.

**Quinto.-** El órgano de contratación remitió el expediente y el preceptivo informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, el día 6 de marzo de 2018 en el que solicita se estime ajustada a derecho la declaración de desierto del procedimiento, por las razones de que se dará cuenta al analizar el fondo del asunto.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** 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.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la resolución impugnada fue adoptada el 5 de febrero de 2018, notificado a la recurrente el día 9 del mismo mes e interpuesto el recurso el 28 de febrero, por lo que la interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se ha interpuesto contra la declaración de desierto de la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El contrato es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial, ya que como ha señalado este Tribunal en ocasiones anteriores, entre otras en la Resolución 14/2013, de 30 de enero, o la Resolución 35/2012, de 28 de marzo, la declaración de desierto se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible, siendo por tanto susceptible de recurso especial en virtud del artículo 40.2. c) del TRLCSP.

**Quinto.-** Solicita la recurrente la nulidad de la Resolución de declaración de desierto del procedimiento de licitación, argumentando contra la exclusión de su oferta basada en el voto particular de la Intervención por tres motivos:

- 1º El incumplimiento de los criterios de calidad del servicio sujetos a valoración automática del apartado 8.2 de la cláusula 1ª del PCAP no puede constituir un incumplimiento determinante de la exclusión.
- 2º Dada la ponderación de los criterios subjetivos (30%) y objetivos (70%) no se precisa la constitución del Comité técnico de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 del TRLCSP.
- 3º La apreciación de la presunta desproporción de la oferta no puede ser causa directa de exclusión debiendo dar audiencia al licitador para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, según lo establecido en el art 152 del TRLCSP

Como quiera que la decisión de la exclusión y por ende la Resolución de la declaración de desierto se basa exclusivamente en la *“falta de acreditación de la calidad del servicio”* procede analizar en contenido de las alegaciones de la recurrente y del órgano referidas a este motivo.

Sostiene el recurrente que el acuerdo de exclusión obedece a una interpretación de los requerimientos del pliego arbitraria y genera una situación de indefensión contraria a los principios informadores que deben regir los procedimientos de selección de los proveedores de la administración.

Considera que la observación de la Intervención consistente en entender que el proyecto de gestión presentado es una mera declaración de intenciones a futuro que no permite evaluar la calidad del servicio conforme a criterios objetivos definidos en el PCAP, es errónea. Opone que su proyecto de gestión logística se ajusta plenamente a lo dispuesto en la cláusula 12 del PPT que obliga a los licitadores a presentar en su oferta técnica una documentación mínima necesaria para valorar por la Mesa de contratación, que ha tenido en cuenta todas las fases del plan de implantación que señala en la cláusula 3 el PPT así como las obligaciones/compromisos que el adjudicatario contraerá señaladas en la cláusula 7 del PPT. Además aduce que *“con relación a los criterios de calidad del servicio sujetos a valoración automática (apartado 8.2 de la cláusula primera del PCAP) no se exige ningún umbral mínimo, de lo que resulta, indiscutiblemente que su incumplimiento no puede constituir motivo suficiente para determinar la exclusión.”*

Por su parte el órgano de contratación en su informe indica que *“Ciertamente la oferta presentada por COGESA se ajusta a los pliegos y si bien es aceptable que la oferta se desarrolle en términos de proyecto futuro, sin embargo no se ve un atisbo de cómo se llevará a cabo el proyecto, limitándose a transcribir literalmente lo establecido en los pliegos de condiciones”* reconociendo, por tanto, que la oferta excluida cumple los requisitos mínimos del PPT si bien no permite su valoración conforme a los criterios objetivos de calidad.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que no solo los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido sino también los órganos de contratación.

Debe señalarse en primer lugar que los criterios respecto de los que la Intervención plantea objeción en su valoración son los criterios valorables de forma automática o mediante fórmula, descritos en el apartado 8.2.- de la cláusula 1. “Características del contrato”, esto es:

- Disponibilidad de control de stock y consumo FIFO, que permita prevenir caducidad de productos
- Configuración del sistema logístico a nivel de usuario mediante un sistema de reposición automático.

Consta en el expediente que admitida a la licitación la oferta de la recurrente(acta 16 de enero de 2018); se consideró que la documentación técnica presentada por COGESA, S.L. era conforme con lo especificado en los pliegos (acta 19 de enero de 2018); y se valoró superando el umbral mínimo de 15 puntos establecido para los criterios subjetivos, obteniendo 17 puntos y 0 puntos en los criterios objetivos de valoración de la calidad (acta 30 de enero de 2018), proponiéndose por lo tanto la adjudicación a dicha empresa.

En el caso que nos ocupa no advirtiéndose en el expediente incumplimiento alguno de las exigencias del PPT, y refiriéndose el voto particular de la Intervención a la valoración de criterios de adjudicación que están dirigidos únicamente a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, la eventual falta de acreditación de su cumplimiento futuro, solo puede llevar consigo la imposibilidad de valorar la propuesta y, en consecuencia, no conseguir la puntuación prevista para los criterios objetivos a que se refiere el apartado 8.2 mencionado (como de hecho aprecio en un primer momento la Mesa de contratación) pero nunca la exclusión de la oferta, ya que ésta solo se producirá en caso de no acreditar la solvencia exigida o incumplir los requisitos mínimos definidos en el PPT o no superar la puntuación mínima exigida para continuar en la licitación de haberse establecido. Circunstancias que, en este caso, no aprecia el órgano de contratación.



Por lo tanto la decisión de excluir la oferta de la recurrente con base en la no acreditación de la calidad del proyecto es contraria al ordenamiento y no puede justificar la declaración de desierto efectuada.

En todo caso conviene advertir que el hecho de utilizar en la exposición del proyecto una expresión verbal futura no conlleva necesariamente que se trate de una mera declaración de intenciones a futuro siempre que a pesar de la licencia/estilo gramatical empleado se pueda conocer como cierto el objeto, hecho o tema a expresar, en este caso el proyecto de gestión logística. Comprueba el Tribunal que COGESA en su memoria realiza una propuesta indicativa de lo que será su modelo de gestión logística del Hospital (caso de ser adjudicatario) describe el contenido de los 7 apartados siguientes: Almacén, Puesta en marcha efectiva del servicio: Plan de Trabajo y Cronograma; Recursos materiales y métodos tecnológicos; Recursos Humanos; Implementación de soluciones TIC en servicio de gestión de material sanitario en almacén general y de planta a través de buzón RFID; la KABANBOX; Mejoras: Además de acompañar dos Anexos sobre I. Sistema de doble cajón –Kaban y II. Terminal de almacenamiento Buzones Kanbanbox Lite.

Se plantea en segundo lugar por la Intervención que no se ha constituido el Comité de Expertos necesario. Indica la recurrente al respecto que esta exigencia devendría inaplicable, al no darse las circunstancias del artículo 150 TRLCSP.

Por su parte el órgano de contratación en su informe manifiesta que *“En este procedimiento, los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor se valoran con un máximo de 30 puntos, y los criterios objetivos de adjudicación del contrato se valoran con 70 puntos, por lo que, pese a la confusión en la denominación incluida en el PCAP, es la Mesa de contratación la que actúa durante todo el procedimiento como órgano de asistencia al órgano de contratación”*.

En este caso parece haber una contradicción en el contenido de los pliegos o cuando menos como señala el órgano de contratación una incorrecta determinación de los órganos intervinientes ya que de conformidad con la cláusula 8 del PCAP, que

contiene las disposiciones generales aplicables a toda licitación, *“Cuando los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor tengan atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, la valoración de aquéllos corresponderá bien a un comité formado por expertos en la materia objeto del contrato, o bien a un organismo técnico especializado. El comité, en su caso, estará compuesto por un mínimo de tres miembros, designados por el órgano de contratación, con carácter previo o simultáneo a la constitución de la Mesa, preferiblemente entre técnicos a su servicio no integrados en el órgano proponente del contrato. Su designación o el procedimiento para efectuarla o, en su caso, la designación del organismo técnico especializado se establece en el apartado 8 de la cláusula”*.

En este caso el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP sin pronunciarse sobre la procedencia de la constitución del comité en lo que parece un “corta y pega” incorrecto, se limita a indicar que el Comité será designado por la Dirección Gerencia a propuesta del Director de Gestión y Servicios Generales y que el plazo en que deberá efectuarse la valoración por el comité de expertos, será de 10 días.

Ante esta indefinición de la obligatoriedad o no de la constitución del Comité de Expertos, no cabe sino acudir a la propia Ley que establece esta necesidad en su artículo 150 únicamente para el caso de que *“en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos”*.

Como señala la recurrente y reconoce el órgano de contratación en este procedimiento los criterios valorables mediante fórmula o porcentaje tienen un peso específico de 70 puntos, correspondiendo a los criterios valorables mediante juicio de valor un total de 30 puntos, por lo que no procedía la constitución del indicado Comité, no siendo adecuado a derecho la vinculación de la falta del mismo con la exclusión de la oferta de la recurrente.

Por último se aduce que la oferta estaría incurso en presunción de temeridad. En este caso el umbral de temeridad se sitúa en 20 unidades porcentuales o más, respecto del presupuesto máximo de licitación, de acuerdo con el PCAP. La recurrente aduce que en todo caso ello solo daría lugar a la solicitud de justificación de la baja pero en ningún caso la exclusión radical de la oferta. El órgano de contratación por su parte informa que si bien el artículo 152.3 del TRLCSP obliga al Órgano de Contratación a dar audiencia al correspondiente licitador, a fin de que este justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, pero y como así se desprende del acta nº 4, no fue la oferta económica el criterio determinante para la exclusión de la oferta y la declaración de desierto del procedimiento.

Sin perjuicio de la legalidad de la forma de determinación de la temeridad de las ofertas, que debe realizarse por referencia a las ofertas presentadas y no como se ha previsto en el PCAP por referencia al importe de licitación, en este caso la oferta económica de la recurrente asciende a 1.317.024 euros IVA excluido y el presupuesto máximo de licitación que se fija en el PCAP como referencia 1.646.280 euros IVA excluido, lo que representa una diferencia de 20 puntos porcentuales, por lo que la oferta estaría incurso en presunción de temeridad.

Esto no obstante no procede la exclusión directa de la licitadora, presupuesto habilitante de la declaración de desierto, sin la tramitación previa del expediente contradictorio para la justificación de la baja, regulado en el artículo 152 del TRCLSP.

En consecuencia, con lo expuesto se estima que no se encuentra ajustada a derecho la exclusión acordada por la Mesa de contratación y en consecuencia la declaración de desierto del procedimiento de licitación no reúne los requisitos del artículo 151.3 del TRLCSP *“No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*, debiendo estimarse el recurso por este motivo.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por don A.P.O., en nombre y representación de Consultoría y Gestión Sanitaria, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a la única oferta presentada y se declara desierta la licitación del contrato “Servicio de gestión logística de almacenamiento externo y distribución interna de los productos sanitarios y no sanitarios de reposición sistemática de tránsito y del material inventariable”, número de expediente: SERV 2017-0-0008 PA, debiendo anularse la Resolución de la Dirección Gerencia de 5 de febrero de 2018 por la que se declara desierta la licitación del contrato y el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del que trae causa y retrotraer el procedimiento para tramitar el procedimiento para la justificación de la baja, regulado en el artículo 152 del TRCLSP.

**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 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 del TRLC