

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

En Madrid, a 30 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.A.T., en nombre y representación de JJP Hospitalaria S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario “12 de Octubre”, de fecha 11 de junio de 2018, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de material para la monitorización nerviosa intraoperativa en cirugía tiroidea con destino al Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente 2018-0-15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 1, 9 y 15 de febrero, respectivamente, se envió al DOUE y se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con entrega de muestras y cesión de uso de dos equipos de monitorización. El valor estimado del contrato es 392.145 euros, siendo el plazo de ejecución de 24 meses con posibilidad de prórroga hasta un máximo de 48 meses.

Interesa destacar que el presupuesto del contrato, según estipula la cláusula 1ª.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), es el siguiente: *“Base imponible: 150.825,00 euros; Importe del I.V.A.: 31.673,25 euros; Importe total: 182.498,25 euros”*.

La cláusula 1ª.8 del PCAP establece los criterios de adjudicación del contrato, asignando 70 puntos al precio y 30 puntos a otro criterio cuya cuantificación depende de un juicio de valor, en concreto: *“Tubo de intubación orotraqueal con electrodos de monitorización incorporados que faciliten la intubación: 30 puntos”*.

Además el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) exige que el adjudicatario entregue en cesión de uso, durante la vigencia del contrato, dos equipos de monitorización intraoperatoria con, entre otras, la siguiente característica: *“Receptor de señal en tubo orotraqueal (electrodo laríngeo incorporado o no al tubo orotraqueal”*.

Por último, el PPT en relación con el presupuesto y unidades a suministrar acompaña cuadro resumen en el que especifica:

LOTE	COD ART.	DESCRIPCIÓN ARTÍCULO	CANTIDAD 24 MESES	PRESUPUESTO			
				PRECIO S/IVA	BASE IMPONIBLE	IVA	IMPORTE TOTAL
1	014373	PROCEDIMIENTO MONITORIZACIÓN NERVIOSA INTRAOPERATIVA EN CIRUGÍA TOROIDEA	500	301,65	150.825,00	31.673,250	182.498,250
					150,825,00	31.673,250	182.498,250

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Tras la oportuna tramitación el 11 de junio de 2018 se dicta la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el contrato de Suministro de material para la monitorización nerviosa intraoperatoria en cirugía tiroidea con destino al Hospital Universitario 12 de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación, a Medtronic Ibérica, S.A., en la que se indica:

“Importe total adjudicado: 109.994,50 € (B. imponible: 99.995,00 €, IVA 10%: 9.999,50 € (...).

Licitadores NO adjudicatarios:

LOTE 1: JJ Hospitalaria, S.L. y Soluciones Integrales de Desinfección, S.L., por existir oferta más ventajosa de otro licitador”.

Dicha Resolución se notifica a la recurrente el 18 de junio de 2018, publicándose el mismo día en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid. Según figura en el cuadro resumen de valoración de los criterios de adjudicación, que acompaña a la notificación Medtronic Ibérica, S.A, ha obtenido 100 puntos, JJ Hospitalaria, S.L., 56,22 puntos y Soluciones Integrales de Desinfección, S.L., 50,95 puntos. Las dos últimas han obtenido puntuación únicamente en la valoración del precio.

Tercero.- El 3 de julio de 2018, la representación de JJP Hospitalaria presenta recurso especial en materia de contratación en la Sucursal de Correos de Sevilla nº 12, contra la adjudicación del referido contrato, de conformidad con el artículo 51 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). El recurso tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación el 6 de julio de 2018.

En el recurso se alega que la oferta económica presentada por la entidad Medtronic Ibérica, debe ser excluida al exceder del presupuesto base de licitación conforme establece la cláusula 1.3 del PCAP. Subsidiariamente alega incongruencia en la descripción del objeto del contrato, en función de las características definidas en el PPT y el criterio de adjudicación establecido en el PCAP dependiente de un juicio de valor. Por lo que solicita se declare la nulidad de la adjudicación por incumplimiento de la adjudicataria de los requisitos del pliego, y su exclusión, procediendo la adjudicación del concurso a la entidad con mejor puntuación.

Con fecha 13 de julio de 2018, se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, y en el que solicita la desestimación del recurso. A requerimiento del Tribunal se completa la documentación con la posterior remisión del recurso el día 16 de julio.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado escrito Medtronic Ibérica, oponiéndose el recurso y calificando de extemporánea la impugnación de los Pliegos, por los motivos que se expondrán al analizar el fondo del recurso.

Quinto.- Con fecha 18 de abril de 2018, el Tribunal ha acordado mantener la suspensión del expediente de contratación.

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 recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la resolución de adjudicación fue adoptada el 11 de junio de 2018, con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de JJP Hospitalaria, S.L para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica calificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro de importe superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1 a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la Resolución de adjudicación se produjo el 11 de junio de 2018, siendo notificada y publicada el día 18 de junio, por lo que el recurso que tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el día 6 de julio, se interpuso en plazo, ya que este finalizaba el 9 julio. Sin perjuicio de las alegaciones sobre la extemporaneidad del recurso en cuanto a la posible impugnación de los pliegos.

Quinto.- El recurso alega en primer lugar que la oferta económica presentada por la empresa adjudicataria se aparta sustancialmente del contenido o modelo predeterminado en el PCAP, variando entre otras cosas el número de unidades estimadas y generando, cuanto menos, confusión sobre la misma cuya consecuencia deber ser su exclusión.

Afirma que la oferta económica presentada por Medtronic establece un precio unitario de 999,95 euros (sin IVA) y de 1.099,95 (con IVA incluido), cuando el precio unitario máximo del referido expediente es de 301,65 euros (sin IVA); añade que el número de unidades consignadas en la propuesta económica de la adjudicataria es de 100 unidades, y el precio global de esas 100 unidades es de 99.995,00 euros (sin IVA) y de 109.994,50 (con IVA incluido). Afirma que aplicando una simple regla de tres resulta que la propuesta económica de la entidad adjudicataria por las 500 unidades objeto del contrato ascendería a 499.975,00 euros (sin incluir IVA) y a 549.972,50 euros (con IVA incluido). Concluye que la misma debe ser rechazada y excluida por no respetar los límites cuantitativos máximos impuestos en el PCAP sin

que sea posible subsanación o aclaración que supondría otorgar un trato de favor en detrimento de los demás licitadores.

Considera contraria a derecho la actuación de la mesa de contratación que, de oficio, ha alterado el precio unitario declarado y corregido *“de modo inadmisibile e inaudito la oferta”*. Cita las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales como la Resolución 64/2012, de 7 de marzo, la Resolución 806/2016, y la Resolución 393/2017, de 28 de abril, que consideran que *la “oferta económica, la cual está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales”*.

El órgano de contratación opone que la empresa adjudicataria ha cifrado la base imponible en 99.995,00 euros pero ofertando procedimientos compuestos por 5 unidades, por tanto con una sencilla operación consistente en dividir el importe de la base imponible por 5, obtenemos el precio unitario sin IVA que resulta ser 199,99 euros, y que multiplicado por la cantidad de unidades a adquirir (500 unidades) resulta un importe sin IVA de 99.995,00 euros y con IVA 109.994,50 euros, que es como figura en la oferta económica de la empresa adjudicataria. Siendo el presupuesto base de licitación de 182.498,250 euros, en ningún caso la oferta económica de la empresa adjudicataria excede este presupuesto.

Por su parte Medtronic ratifica el criterio del órgano y en sus alegaciones explica que a la vista de su oferta económica la Mesa de Contratación solicitó aclaraciones que fueron debidamente presentadas el 14 de mayo de 2018, cuyo contenido transcribe en este escrito. Afirma que su proposición incluye todos los datos que se exigen en el modelo del Anexo I del PCAP.

Explica que se ofertó el material necesario para la realización de los procedimientos de monitorización nerviosa intraoperativa (MNI) en un pack formado por una caja con cinco unidades de cada elemento, por lo que si bien el precio por caja es de 1.099,95 euros, el precio unitario de cada procedimiento es de 219,98

euros (IVA incluido), (1.099,95/219,98). El motivo por el que ha ofertado el material de MNI en un pack conjunto es doble. Primero, porque, por razones técnicas, el tubo y la sonda suelen emplearse conjuntamente en los procedimientos de MNI; segundo, porque, por razones comerciales, Medtronic oferta descuentos para el conjunto de estos productos. De ahí que la oferta de Medtronic incluya 100 packs para sumar el número total de procedimientos requeridos, que son 500. De esta manera, ni supera el importe base de licitación, ni tampoco presenta inconsistencias, conforme a lo establecido en el artículo 84 del RGLCAP y a la doctrina recogida entre otras en la resolución de fecha de 30 de octubre de 2013, de este Tribunal.

Antes de conocer de los posibles incumplimientos alegados por la recurrente procede recordar que, 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 los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Igualmente se debe recordar la consolidada doctrina, sentada entre otros en Informe 5/1999, de 24 de noviembre, 4/2007 o 3/2009, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, relativa a que cuando se trate de errores que permitan a la Mesa conocer la oferta real, sin modificación de los conceptos de la misma, por un simple cálculo matemático, serían subsanables.

Además, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGLCAP, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo).

De la jurisprudencia también se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (Sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 72/2013 de 14 de mayo, *“con carácter general cuando las ofertas económicas contengan inconsistencias o errores, corresponderá al Órgano de Contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos quede clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la*

respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición. Por lo tanto, a la vista del error padecido por la recurrente en la proposición económica, a la Mesa de contratación se le plantean dos opciones, o bien rechazar automáticamente la oferta o bien solicitar aclaraciones al licitador, habiendo señalado la junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, en su Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008 [JUR 2008, 342037] la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP, cuando señala que “Determinada por la Mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado (...)”.

Por tanto, el Tribunal comprueba que efectivamente Medtronic en su proposición indica claramente los datos requeridos (nº de lote, descripción del lote, base imponible e importe total máximo). Además, a instancias del órgano de contratación, ha confirmado:

- que el *procedimiento compuesto por 5 unidades de 822970X (varias medidas)*
- que *1 caja/pack contiene 5 unidades,*
- que oferta *100 cajas, con un precio unitario por caja sin IVA de 999,50 euros*
- que el IVA es el 10%, por lo que el precio caja con IVA es *1. 1.099,945 euros,*
- por tanto, el precio unitario de cada procedimiento es de 219,98 euros (IVA incluido) (1.099,945/5) y de 199,99 euros sin IVA (999,50/5), tal y como sostiene el órgano de contratación y la adjudicataria, respectivamente.

- de donde resulta que importe total oferta es de 109.994,50 euros, 1.099,45*500) que es el que figura en la resolución de adjudicación, por tanto inferior a presupuesto de licitación (182.498,25 euros).

Por lo que en este caso, a juicio de este Tribunal, no se ha producido una inconsistencia de la oferta que obligue a rechazar la proposición de la recurrente, sino que se ha explicado razonadamente que la proposición económica se ha formula por caja/pack, con lo que una simple operación aritmética, consistente en dividir el precio del caja por el número de unidades de caja, permite obtener el precio unitario por unidad, siendo la actuación del órgano de contratación conforme a derecho. Por lo que se debe desestimar el recurso.

Sexto.- Alega la recurrente en segundo lugar, inconsistencia entre los Pliegos ya que mientras el PPT, establece la cesión de uso de dos equipos de monitorización intraoperatoria con una serie de características, dentro de las cuales se encuentra *“receptor de señal en tubo oro-traqueal (electrodo laríngeo incorporado o no al tubo oro-traqueal)”*, la cláusula 8.2 del PCAP, establece una ponderación de hasta 30 puntos dependiente de un juicio de valor, por *“el Tubo de intubación oro-traqueal con electrodos de monitorización incorporados que faciliten intubación”*. Es decir, en el PPT, no se exige que vaya incorporado al tubo y sin embargo, en las cláusulas administrativas dicha incorporación se puntúa favorablemente, lo cual resulta incongruente. Respecto de este motivo considera el Tribunal que el recurso es extemporáneo habiendo transcurrido el plazo para impugnar los Pliegos.

Además alega que no se justifica ni tan siquiera de manera sucinta, metodología alguna en que se base o justifique que el tubo de intubación ofertado por la entidad adjudicada facilite la intubación respecto al de otras licitadoras, ni sus ventajas respecto a que vayan o no incorporados, debiendo anularse tal ponderación técnica, en la medida que implica una discriminación y supone otorgar una ventaja directa a una determinada licitadora.

El órgano de contratación se remite al informe técnico emitido por los Jefes de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo de este hospital, de fecha 4 de mayo de 2018, en el que se recoge que JJP Hospitalaria si cumple con las especificaciones pero *“No presenta oferta ni muestra de tubo orotraqueal con electrodo de monitorización incorporado, Presenta como oferta la ref. 42-0018 (electrodos adhesivos sin tubo orotraqueal) 0 puntos.”* Frente a Medtronic que *“Si lo presenta, 30 puntos”*.

Medtronic aclara que el objeto del contrato está perfectamente definido y advierte que la recurrente no solo no ha impugnado los Pliegos sino que ha presentado oferta, por lo que no cabe oponerse a ellos en este momento.

Aclara que una cosa son las características que el PPT establece para los equipos que está obligado a ceder y otra la valoración de material fungible a suministrar, que consiste en un tubo de determinadas características.

Características que si figuran en su oferta y recuerda que la valoración de esa característica técnica, sujeta a un juicio de valor, están suficientemente justificada, entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración.

JJ Hospitalarias no discute la valoración de su oferta respecto de este criterio, por lo que aunque quedara acreditado el incumplimiento de la característica en el tubo ofertado por Medtronic, ningún beneficio le reportaría a la recurrente ya que la puntuación otorgada a la oferta económica de Medtronic (70 puntos) le mantendría como clasificada en primer lugar y en ningún caso dicho incumplimiento sería determinante de la exclusión sino tan solo de la revisión de la valoración y minoración de la puntuación otorgada que sería de 0 puntos en lugar de 30 puntos.

Por lo tanto debemos concluir que, desestimado el recurso por el motivo anterior, la recurrente carece de legitimación activa para impugnar la valoración del criterio mencionado y el motivo de recurso debe ser inadmitido.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 interpuesto por don M.A.T., en nombre y representación de JJP Hospitalaria S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario “12 de Octubre”, de fecha 11 de junio de 2018, por la que se adjudica el contrato de suministro de material para la monitorización nerviosa intraoperativa en cirugía tiroidea con destino al Hospital Universitario “12 de Octubre”, número de expediente 2018-0-15, en cuanto a los defectos alegados en la oferta económica de la adjudicataria e inadmitirlo respecto de la valoración realizada a la oferta por falta de legitimación y respecto de nulidad del Pliego por extemporáneo.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada el 18 de julio de 2018.

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.