

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

En Madrid, 26 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Menarini Diagnósticos, S.A., contra la Resolución de la Gerente Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudican los 2 lotes del contrato *“suministro de agujas para bolígrafo con destino a los Centros de Salud y consultorios locales de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”*, número de expediente A/SUM-034507, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 3 de noviembre de 2021, en el Portal de la Contratación Pública y en el DOUE y el posterior 15 de noviembre en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.107.260,52 euros y su plazo de duración será de doce meses.

A la presente licitación se presentaron nueve empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tras la tramitación del expediente de licitación, el 4 de abril de 2022, se adjudican los dos lotes del contrato mediante Resolución de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria a la empresa Becton Dickinson, S.A.U. (en adelante Becton).

Tercero.- El 3 de mayo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Menarini Diagnósticos, S.A., (en adelante Menarini) en el que solicita que anule la adjudicación de los dos lotes con retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas con el fin de que se realice una nueva valoración del criterio precio de las ofertas admitidas respecto de ambos lotes, una vez que ha sido excluida la empresa IZASA por no justificar la viabilidad de su oferta.

El 6 de mayo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere 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), en el que solicita la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto 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 (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de los dos lotes, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas en plazo.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (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 fue publicado el 7 de abril de 2022, e interpuesto el recurso el 3 de mayo de 2021, 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 suministros 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.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar que en la sesión celebrada el 26 de enero de 2021, por la Mesa de contratación (Acta nº 2),

entre otras actuaciones, se procede al descryptado de las ofertas económicas con el siguiente resultado.

Lote	NIF	Licitador	Ofertas (sin IVA)
1	AGUJA PARA BOLIGRAFO INSULINA 32GX4MM S/SISTEMA SEGURIDAD		
	Importe de licitación		622.312,20
	A28838555	AMEVISA S.A.	498.934,40
	A50140706	BECTON DICKINSON S.A.U.	578.926,60
	B08438731	IZASA HOSPITAL S.L.U.	352.508,00
	B63014856	LABIANA PHARMACEUTICALS SLU	474.530,00
	A08534638	MENARINI DIAGNOSTICOS S.A.	512.492,40
	A08564502	TEXTIL PLANAS OLIVERAS S.A.	452.837,20
2	AGUJA PARA BOLIGRAFO INSULINA 31GX5MM S/SISTEMA SEGURIDAD		
	Importe de licitación		1.244.624,40
	A28838555	AMEVISA S.A.	997.868,80
	A50140706	BECTON DICKINSON S.A.U.	1.157.853,20
	B08438731	IZASA HOSPITAL S.L.U.	650.784,00
	B63014856	LABIANA PHARMACEUTICALS SLU	949.060,00
	A08534638	MENARINI DIAGNOSTICOS S.A.	1.024.984,80
	A08564502	TEXTIL PLANAS OLIVERAS S.A.	905.674,40

En la sesión celebrada por la Mesa de Contratación el 23 de febrero de 2022, (Acta nº 4) tras el análisis de las ofertas admitidas, el orden de clasificación es el siguiente:

NIF	Licitador	Observaciones TÉCNICA	Puntuación TÉCNICA	Puntuación PRECIO	Puntuación TOTAL	Excluido
AGUJA PARA BOLIGRAFO INSULINA 32GX4MM S/SISTEMA SEGURIDAD						
A50140706	BECTON DICKINSON S.A.U.		40,00 pts	9,65 pts	49,65 pts	
A08534638	MENARINI DIAGNOSTICOS S.A.		16,81 pts	24,42 pts	41,23 pts	
A28838555	AMEVISA S.A.	No cumple PLIEGOS			0,00 pts	Excluido en informe técnico
B08438731	IZASA HOSPITAL S.L.U.		16,81 pts	60,00 pts	0,00 pts	No justifica oferta anormal
B63014856	LABIANA PHARMACEUTICALS SLU	No cumple PLIEGOS			0,00 pts	Excluido en informe técnico
A08564502	TEXTIL PLANAS OLIVERAS S.A.	No cumple PLIEGOS			0,00 pts	Excluido en informe técnico

Lote	NIF	Licitador	Observaciones TÉCNICA	Puntuación TÉCNICA	Puntuación PRECIO	Puntuación TOTAL	Excluido
2	AGUJA PARA BOLIGRAFO INSULINA 31GX5MM S/SISTEMA SEGURIDAD						
	A50140706	BECTON DICKINSON S.A.U.		40,00 pts	8,77 pts	48,77 pts	
	A08534638	MENARINI DIAGNOSTICOS S.A.		13,37 pts	22,19 pts	35,56 pts	
	A28838555	AMEVISA S.A.	No cumple PLIEGOS			0,00 pts	Excluido en informe técnico
	B08438731	IZASA HOSPITAL S.L.U.		13,37 pts	60,00 pts	0,00 pts	No justifica oferta anormal
	B63014856	LABIANA PHARMACEUTICALS SLU	No cumple PLIEGOS			0,00 pts	Excluido en informe técnico
	A08564502	TEXTIL PLANAS OLIVERAS S.A.	No cumple PLIEGOS			0,00 pts	Excluido en informe técnico

En dicha sesión la mesa apreció que la oferta de la empresa IZASA presentaba ofertas con valores anormalmente bajos por lo que se le requiere para que justifique la viabilidad de la misma.

El 9 de marzo de 2022, (Acta nº 5) la mesa a la vista del informe técnico, que consideraba que la oferta no podía ser cumplida, la mesa acordó realizar propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato que había obtenido la mejor puntuación: Becton.

Considera el recurrente que el proceder del órgano de contratación no ha sido conforme a lo establecido en los artículos 149 y 150.1. de la LCSP.

La exclusión de IZASA ha motivado la adjudicación irregular a favor de la empresa Becton en atención a las puntuaciones otorgadas en el marco del procedimiento y en la que no se ha tenido en cuenta la obligación de volver a valorar las ofertas, en condiciones de competencia efectiva, una vez se ha excluido la oferta incurso en baja anormal.

En defensa de sus pretensiones cita la Sentencia de la Audiencia Nacional 779/2022, de 2 de febrero de 2022, y la Resolución 385/2019, de 19 de septiembre, de este Tribunal y considera que, de acuerdo con esta doctrina, una vez excluidas las ofertas incursas en baja anormal para los lotes 1 y 2, debió reclasificar las ofertas presentadas y adjudicar los referidos lotes a Menarini.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el criterio seguido por la Mesa cuando se ha dado el supuesto de que alguna oferta anormal no sea justificada ha sido proponer la adjudicación a favor de la siguiente mejor oferta según el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el artículo 150.1 de la LCSP por lo que propone la desestimación del recurso.

Por su parte el adjudicatario alega que el órgano de contratación actuó conforme al PCAP. En defensa de sus pretensiones cita la Resolución 385/2022, de 24 de marzo del TACRC.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el modo de proceder para clasificar las ofertas una vez excluidas aquellos que no justifiquen la viabilidad de la misma. Así en la Resolución 385/2019, de 19 de septiembre: *“Es necesario destacar, no obstante que la redacción del artículo 149.6 de la LCSP complica con su textual la interpretación ya referida. Efectivamente establece: ‘Si el órgano de contratación considerando la justificación efectuada por el licitador estimase (...) que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150’.*

Indudablemente este artículo solo puede interpretarse como que la exclusión de la oferta incursa en baja anormal no será de la clasificación sino para efectuar dicha clasificación, al igual que el resto de ofertas que puedan ser excluidas por otros motivos, como por el incumplimiento de algún requisito técnico solicitado en pliegos.

Interpretar de otro modo este apartado del artículo 149, conllevaría a la

desnaturalización de la calificación del criterio precio, toda vez que permitiría la presentación de ofertas temerarias sin posibilidad de justificación pero que permitirían la reducción de la proporcionalidad de la puntuación por este criterio al resto de ofertas, alterando así el principio general de la contratación pública de determinar y adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa en relación calidad precio.

Es habitual que en las normas se aprecien defectos de redacción que pueden dar lugar a interpretaciones distorsionadas en relación con el resto del articulado de la ley. Podemos observar en este caso concreto como el artículo 150.1 manifiesta que ‘La mesa de contratación (...) clasificará por orden decreciente las propuestas presentadas (...)’ cuando debería decir ‘las propuestas admitidas’, toda vez que de lo contrario habría que clasificar también aquellas ofertas que han sido excluidas por falta de documentación administrativa o incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados en el pliego, hecho este del todo inaceptable.

Las normas han de interpretarse tal y como establece el código Civil en su artículo 3.1 ‘según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas’. Por lo cual y en relación con el contexto del resto de la normativa en materia de contratación pública y sobre todo con la sistemática de la Ley y con los artículos 148 y 150 de ésta, solo puede interpretarse el artículo 149.6 como ya se ha manifestado anteriormente.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la actuación de la Mesa de contratación, calificando los criterios no sujetos a juicio de valor solo a las ofertas admitidas y procediendo a su posterior clasificación en orden decreciente ha sido correcta y ajustada a Derecho”.

En el mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional 779/2022, de 2 de febrero de 2022.

En el presente supuesto se procedió en primer lugar a la clasificación de las ofertas y una vez determinado que IZASA estaba incurso en presunción de anormalidad y que su oferta no quedó justificada, se excluyó a dicha entidad y se

propuso como adjudicatario al siguiente mejor clasificado.

De acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente este proceder no es el correcto pues primero se determinará las ofertas incursas en baja temeraria y una vez excluidas las que correspondan, sea por esa circunstancia u otra, se procederá a su calificación conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, considerando los criterios no sujetos a juicio de valor y no solo del criterio precio como alega el recurrente, y posteriormente a su clasificación en orden decreciente.

En consecuencia, se estima el recurso, anulando la adjudicación de los 2 lotes y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas con exclusión de la declarada anormalmente baja.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Menarini Diagnósticos, S.A., contra la Resolución de la Gerente Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudican los 2 lotes del contrato “*suministro de agujas para bolígrafo con destino a los Centros de Salud y consultorios locales de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud*”, número de expediente A/SUM-034507, en los términos del fundamento de derecho quinto.

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.- Dejar sin efecto la suspensión 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.