

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

En Madrid, a 1 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Boston Scientific Ibérica, S.A. (Boston en adelante) contra la resolución de adjudicación y su exclusión del procedimiento convocado para la contratación del “suministro de material necesario para la realización de ablaciones complejas para el Hospital Universitario La Paz”, con expediente nº PA AM 2019-0-93, concretamente respecto del Lote nº 2, este Tribunal Administrativo ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 mayo 2020, se publica anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, del P.A. 2019-0-93 (A.M) conforme dispone el artículo 135 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid se produce el 18 de mayo de 2020 y con fecha 12 mayo 2020 en el Perfil de contratante.

El valor estimado del contrato es de 3.908.876,71 euros.

Segundo.- Al objeto de resolución del recurso interesa destacar que el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas, fija dos números de orden para el lote 2 a ofertar.

El número de orden primero (4 en el global de órdenes) fija 16 unidades de producto a un importe unitario de licitación 58,04 euros con un importe total sin IVA de 928,64 euros, en un plazo de entrega de 24 meses. Y el orden segundo (5 en el global), 80 unidades a un importe unitario de 3.000 euros, con un importe total sin IVA de 240.000 euros, con un plazo igual. El precio de la totalidad del lote (*"importe total"* en el anexo) sin IVA es de 240.928, 64 euros. El pliego determina al pie de la página del anexo: *"El precio de licitación de cada número de orden debe tenerse como referencia para la licitación, pudiendo los licitadores ofertar precios inferiores o superiores a estos siempre y cuando no supere el importe de licitación de cada lote en el que estén incluidos"*.

Tercero.- El recurso especial en materia de contratación se presenta el 7 de septiembre de 2020, fundado en la indebida exclusión de Boston por superar el precio de licitación.

Cuarto.- El 17 de septiembre de 2020 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 transpone 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 (LCSP). El adjudicatario, Medtronic Ibérica S.A., presenta alegaciones el 25 de septiembre de 2020.

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. De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Boston Scientific Ibérica, S.A., está legitimada para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación por cuanto la Resolución de adjudicación y de su exclusión que se impugnan resultan perjudiciales a los intereses de esta compañía.

De calcularse las ofertas como realiza Boston resultaría adjudicatario, habiendo solo dos licitadores, pues la suma de sus precios unitarios es inferior a la de Medtronic.

Asimismo se acredita la representación del mismo.

Tercero.- El recurso especial contra la adjudicación se planteó en tiempo y forma, pues la resolución de adjudicación y la exclusión de Boston se publica el 17 de agosto y el recurso se interpone el día 7 de septiembre ambos del presente año, encontrándose dentro de los quince días hábiles prescritos por el artículo 50.1. d) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación y la exclusión 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) en relación con el 44. 2. c) de la LCSP, tal y como se expresa a continuación.

Quinto.- Toda la argumentación gira en torno a la exclusión de la oferta de Boston y la interpretación de la nota a pie de página transcrita en el antecedente segundo.

El recurrente ofertó 0 euros por el número de orden primero del lote 2 (4 en la ordenación global de órdenes) y 3.057 euros en el segundo del lote 2 (5 en la ordenación global). La suma de las ofertas de ambos, multiplicado por el número de unidades de cada uno, excede del precio total del lote del modo siguiente: *“Teniendo en cuenta que el PPT permite superar el precio unitario de cada número de orden, no así el total del lote, el precio unitario ofertado por BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, S.A en el número de orden 4 es 0,00 euros X 16 Uds. = 0 euros. En el número de orden 5 su oferta es 3.057,00 euros X 80 Uds. = 244.560, que coincidiría con el total del lote IVA excluido. Sin embargo, el PPT establece un importe máximo del lote de 240.928,63 euros IVA excluido, por lo que se constata que supera el importe de licitación del lote y se procede a la exclusión de la oferta presentada por Boston en el lote 2 por superar en 3.631,37 euros el importe de licitación IVA excluido”.*

Boston pidió aclaraciones durante el plazo de presentación de ofertas y se le contestó expresamente que *“el precio de licitación de cada número de orden debe tenerse como referencia para la licitación, pudiendo los licitadores ofertar precios inferiores o superiores a estos, siempre y cuando no supere el importe de licitación de cada lote en el que están incluidos”.*

En su recurso, Boston realiza diversas consideraciones sobre el indebido cálculo de las unidades necesarias de cada orden, estimando que los del número 4 el cálculo es claramente erróneo siendo necesarias más de 16, de ahí que las ofertara a 0 euros. Añade que la suma de ambos precios unitarios 0 + 3.057 euros, no excede del sumatorio del Pliego, 3.057 euros por los dos, no excediendo del precio de licitación, debiendo resultar adjudicatario porque el sumatorio de los precios unitarios, 3.057 euros, es inferior al de Medtronic, 3.057,90 (58 euros para el orden 4 y 2.999,90 euros para el 5). Omite, pues, el número de unidades que se licitan a cada número de orden (16 y 80).

La adjudicataria incide sobre el mismo argumentario del órgano de contratación, señalando incluso cuánto debió ofertar Boston por el orden 5 para no exceder el precio total del lote: *“si Boston quería ofertar cero euros por los cables, como máximo podría haber ofertado 3.011,60 € por los equipos, de manera que su hipotética oferta por importe de 240.928 € (3.011,60€x80) no superase los 240.928,63 € de presupuesto máximo de licitación”*. Cita la Resolución 266/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 26 de junio sobre exclusión por exceder del precio de licitación.

A juicio de este Tribunal, la redacción del pliego no deja margen a una interpretación contraria a la realizada por el órgano de contratación: se puede modificar el precio unitario ofertado por cada número de orden siempre y cuando la suma no supere el importe de licitación de cada lote en el que estén incluidos: *“siempre y cuando no supere el importe de licitación de cada lote en el que estén incluidos”*. El importe total de licitación del lote es el resultado de multiplicar el número de unidades licitadas (16 y 80) por sus precios unitarios.

No corresponde a la recurrente definir las unidades necesarias en cada número de orden, sino a la Administración que las fija de acuerdo al artículo 28 de la LCSP, y en consecuencia debiendo ser el objeto del contrato determinado tal y como establece el artículo 99 de la LCSP.

El Pliego no contempla una indeterminación en los bienes a suministrar, aunque el número de unidades corresponde a las empleadas en períodos anteriores siendo una estimación. Por otra parte, este elemento de los Pliegos no se recurrió, estando los licitadores obligados por la mera presentación de las proposiciones a su cumplimiento (artículo 139.1 LCSP).

Es cierto que el PPT señala (punto 6) que el número de unidades de cada producto es orientativo y será el que resulte de las necesidades del centro a cuyos

efectos se establecerá un Plan de Necesidades, pero también matiza que se fija “a efectos de valorar la oferta por los licitadores”.

Valorada la oferta conforme a la nota transcrita, la del recurrente incurre en causa de exclusión, por exceder el precio del lote, y tampoco es necesariamente más barata de futuro que la del adjudicatario, como argumenta, si se piden finalmente más unidades del orden 5 que del 4. La propia Administración estima muchas más unidades (80) en el número de orden 5 que en el 4 (16). El recurrente sube el precio de las primeras sobre la cifra del Pliego, mientras el adjudicatario lo rebaja mínimamente.

Esta valoración es también la que figura en el PCAP en los criterios de adjudicación (cláusula 1.6.1): las ofertas se valoran en relación con el importe máximo de licitación de cada lote, no por precios unitarios.

El exceso sobre el precio de licitación es causa de exclusión, conforme, entre otros, al artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.*

Por otra parte, es lo que señala la cláusula cuarta del PCAP (“presupuesto base de licitación”): *“Para los bienes objeto de este acuerdo marco se establecen como base de licitación los importes máximos por unidad que se especifican en el **anexo 1** de este pliego. En dichos importes se incluyen todos los factores de valoración y*

gastos que para la correcta y total ejecución de los contratos basados en el acuerdo marco deben tener en cuenta, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Las ofertas económicas que superen el correspondiente importe máximo quedarán automáticamente eliminadas”.

El anexo I del PCAP establece solo el precio máximo del lote 2 (que denomina “material para crioablación”): CRIOABLACIÓN 240.928,63 euros. No establece otros precios, ni unidades.

El importe que figura para el lote es el límite máximo de gasto que en virtud del artículo 100 de la LCSP compromete como presupuesto el órgano de contratación para el mismo. Si excediera este límite, como conlleva la oferta de Boston, incurriría en causa de nulidad ex artículo 39.2 de la LCSP.

Por último se comprueba por este Tribunal la existencia de una serie de correos electrónicos cruzados entre Boston y el Hospital los días 27 y 28 de mayo, que concluyen en la aclaración transcrita más arriba. A la solicitud de aclaración de Boston sobre el significado de la nota transcrita en el ordinal segundo, se contesta el 28 de mayo desde el Hospital Universitario La Paz a las 08:48 horas:

“Buenos días

El precio de licitación de cada número de orden debe tenerse como referencia para la licitación, pudiendo los licitadores ofertar precios inferiores o superiores a estos, siempre y cuando no supere el importe de licitación de cada lote en el que están incluidos.

Un cordial saludo”.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de Boston Scientific Ibérica, S.A.

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 Boston Scientific Ibérica, S.A. contra la resolución de adjudicación y su exclusión del procedimiento convocado para la contratación del “suministro de material necesario para la realización de ablaciones complejas para el Hospital Universitario La Paz”, con expediente nº PA AM 2019-0-93, concretamente respecto del Lote nº 2.

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 automática del procedimiento ex 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.