

Recurso nº 308/2024
Resolución nº 326/2024

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Linde Gas España S.A.U., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato basado en el Acuerdo Marco PA SUM 20/2022 para el “Suministro de gases medicinales líquidos con destino al Hospital Universitario Niño Jesús” número de expediente SUMI 2024-001 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante Resolución nº 503/2022 del órgano de contratación, de 13 de junio de 2022, se inició el expediente para la contratación del AM PA. SUM- 20/2022, Acuerdo Marco para el suministro de gases medicinales líquidos con destino a los Centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud (3 lotes), a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios.

El 22 de febrero de 2023, el Viceconsejero de Gestión Económica y Director

General del Servicio Madrileño de Salud, adjudicó el contrato.

De acuerdo a lo establecido en la cláusula 38 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativo a los contratos basados en el AM, el Hospital Universitario del Niño Jesús inicia los trámites para realizar una segunda licitación elaborando una invitación y enviándola a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco para participar.

El valor estimado de contrato basado asciende a 871.010,67 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

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

Tercero. - El 16 de julio de 2024 se presentó ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Linde en el que solicita la modificación de un criterio de adjudicación del pliego por el que se adjudicara el contrato basado.

El 24 de julio de 2024 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 (LCSP).

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 un licitador, *“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 la invitación a participar se notificó el 3 de julio de 2024 e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación el 16 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato basado en un acuerdo marco 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.a) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso se centra en la posibilidad de incluir en la licitación de un contrato basado una instalación que no se aportó en la licitación del acuerdo marco.

El recurrente viene a manifestar que en la licitación del acuerdo marco del que se deriva el contrato basado que nos ocupa, no cerraba la posibilidad de incluir nuevas instalaciones de producción y almacenaje de los gases. Es más, prevé la posibilidad de que esto ocurra de forma indirecta cuando establece en las referencias técnicas exigía el compromiso de notificación de cambios, entre los que evidentemente deben incluirse las ubicaciones de las plantas de fabricación y almacenaje.

Así las cosas, el H.U.N.J. redacta unos pliegos de condiciones para la adjudicación de un acuerdo basado sobre el acuerdo marco para la distribución de gases medicinales número de expediente PA SUM 20/2022 en los que reduce las instalaciones de la producción y almacenaje a adscribir a la ejecución del contrato a aquellas que se manifestaron en la tramitación y adjudicación del acuerdo marco.

A la vista del contenido de los pliegos de condiciones la recurrente Linde, impugna dichos pliegos por considerar que en general atentan contra los principios de competitividad e igualdad de los licitadores y en particular porque el criterio de valoración que puntuara la ubicación de las instalaciones no figuraba en el acuerdo marco como criterio de valoración.

Informa de la pregunta efectuada al órgano de contratación sobre la limitación de mercado que supone el criterio de valoración en cuestión, obteniendo la respuesta centrada en la discrecionalidad técnica de la que disponen.

Invoca numerosa doctrina sobre ellos coadyuvante y similares al que nos ocupa.

Antes de proseguir es necesario establecer cuáles fueron los criterios de valoración incluidos en el Acuerdo Marco y que dieron lugar a las cinco adjudicaciones que hoy son licitadores del presente contrato basado, sus posibilidades de desarrollo y en definitiva los establecidos en el contrato basado que nos ocupa:

Acuerdo marco: Clausula 6 del PACP

...6.1.-Criterios relacionados con los costes:

(...) 6.1.1. Precio máximo 90 puntos.

6.2.-Otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

6.2.1. Plazos de entrega máximo 10 puntos

La citada puntuación se repartirá conforme al siguiente desglose:

1º.-Plazo de entrega ordinario:

-Plazo de entrega ordinario ofertado \leq a 6 horas..... 5 puntos

-Plazo de entrega ordinario ofertado $>$ a 6 horas y \leq a 20 horas..... 2,5 puntos

-Plazo de entrega ordinario ofertado $>$ a 20 horas 0 puntos

2º.-Plazo de entrega urgente:

-Plazo de entrega urgente ofertado \leq a 6 horas..... 5 puntos

- -Plazo de entrega urgente ofertado $>$ a 6 horas 0 puntos”

El Acuerdo Marco, también, delimita los criterios objetivos que servirán de base de valoración para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, señalando que serán los siguientes:

- Precio: Ponderación de 70 puntos mínimo.

- Plan de Contingencia para garantizar el suministro: capacidad de producción y de transporte. Cada Centro sanitario valorará la capacidad de producción por producto y la capacidad de transporte de los productos ofertados. Se valorarán estas capacidades de las empresas adjudicatarias en función de la variable tiempo.

- *Sistemas de monitorización y trazabilidad. Cada Centro sanitario establecerá individualmente cuáles son las instalaciones para garantizar el suministro objeto del acuerdo marco, valorando las propuestas ofertadas y dirigidas al conocimiento de la trazabilidad del producto y los sistemas de monitorización, desde los tanques criogénicos a los puntos de consumo.*

- *Sistemas de control. Cada centro sanitario valorará la implementación de sistemas de control y análisis de datos, dirigidos a garantizar la seguridad, vigilancia y el mejor funcionamiento del suministro objeto del contrato.*

De los citados criterios, el Acuerdo Marco señala que:

“será obligatoria la inclusión del criterio 1. Precio, con la ponderación mínima y valoración indicadas.

Del resto de criterios (2, 3 y 4), cada Centro podrá seleccionar el criterio o criterios que más se adecue/n a sus necesidades específicas, pudiendo optar por uno sólo, dos o los tres, valorando el criterio 2 por aplicación de fórmulas y los criterios 3 y 4 mediante juicio de valor. Su ponderación y valoración se especificará en el correspondiente documento de licitación”.

En correlación con lo manifestado, el contrato basado que nos ocupa establece como criterios de adjudicación en su solicitud de oferta que hace las veces de pliegos de condiciones los siguientes criterios de valoración:

Contrato basado cláusula apartado 2

2.3 Criterios objetivos de adjudicación del contrato basado

2.31. Precio Hasta 70 puntos (...)

CRITERIOS CUALITATIVOS

2.3.2. Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: Hasta 15 puntos

2.3.2.1. 1.1.-Plan de Contingencia para garantizar el suministro Capacidad de producción y de transporte: Hasta 15 puntos

En base a la contingencia vivida durante la pandemia sonde los consumos instantáneos de oxígeno se vieron incrementados en magnitudes hasta 10 veces el consumo habitual de un centro hospitalario y la especial circunstancia vivida también en Madrid durante la tormenta Filomena, se establece, para valorar este criterio, una fórmula en horas común decimal, desde el centro de producción del licitador más próximo al centro hospitalario en el que se alcance una capacidad productiva igual o superior a 10 veces el consumo nominal estimado para el centro hospitalario y producto para el que se efectúa la oferta.

A efectos del cálculo de la capacidad productiva de oxígeno y nitrógeno líquidos se computarán las plantas de separación de aire, situadas en territorio nacional, con un tiempo de suministro inferior o igual a 6 horas, en las que el licitador, puede acreditar su titularidad sobre una parte o sobre la totalidad de la producción actual del centro.

Dichos centros serán los declarados en la memoria Técnica ofertada en el Acuerdo Marco P.A. SUM 20/2022, en estado operativo en el momento de presentación de la oferta. Para esta valoración se aportará copia literal de apartado de la Memoria Técnica del Acuerdo Marco PA. SUM 20/2022 en el que se describen los centros productores de oxígeno y nitrógeno que se valoran en este criterio

(...)

2.3.3. Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: Hasta 15 puntos

2.3.3.1. Sistemas de monitorización y trazabilidad. Hasta 5 puntos

En este aspecto se tendrán en cuenta los procedimientos para establecer la trazabilidad de los distintos productos objetos del contrato, control de calidad, auditorías, tecnologías asociadas, contingencias, etc.

Estos criterios se evaluarán atendiendo a niveles escalonados de valoración comparativos entre todas las ofertas, dando el 100% del valor del criterio a la mejor 0% a la peor, con los siguientes umbrales: (...)

2.3.3.2. Sistemas de control hasta 10 puntos

En este aspecto se tendrán en cuenta tecnologías asociadas para la consecución de este objetivo tanto a nivel local como global, recursos a disposición para este objetivo, contingencias. (...).

Como ya hemos establecido en varias Resoluciones de este Tribunal 286/2024 de 17 de julio o 249/2024 de 20 de junio sobre un contrato basado del mismo acuerdo marco, “los criterios de valoración del acuerdo marco son de tipo generalista, destinados a que varios licitadores se conviertan en adjudicatarios, pero son los criterios de adjudicación de cada acuerdo basado los que especifican mucho más el suministro, así como sus actividades complementarias de tiempo de entrega, de producción, como es el caso del criterio que nos ocupa, o de trazabilidad”

Hasta aquí, si bien el HUNJ tiene potestad para determinar con más precisión las características y condiciones del suministro que pretende adjudicar, teniendo en cuenta que el propio acuerdo marco, de forma indirecta, admite la modificación de las instalaciones y sobre todo que tanto el H.U. Infanta Cristina, como el H.U. del Tajo, H.U. El Escorial, Hospital Central de la Cruz Roja, H.U. de Fuenlabrada, H.U. 12 de octubre, H.U. del Sureste; H.U. Infanta Leonor, Hospital de Guadarrama, H.U. Infanta Sofía, Hospital Virgen de la Poveda, H.U. Puerta de Hierro-Majadahonda, entre otros muchos que han sido licitados bajo el paraguas del Acuerdo Marco *Acuerdo Marco PA. SUM20/2022* en los que no cerraban la posibilidad de incluir nuevas instalaciones que respondan al criterio de valoración “Plan de Contingencia”.

A la vista de los hechos es evidente que una separación del criterio general de los centros sanitarios en sus tramitaciones de contratos basados sobre el A.M. PA SUM 20/2022, precisa de una justificación suficientemente motivada, pues de lo contrario no quedaría probada la discrecionalidad técnica de la que ya hemos tratado, máxime cuando este cambio de tendencia solo afecta a un adjudicatario del acuerdo marco que es el recurrente.

Consultado el expediente remitido por el H.U.N.J. observamos que no existe justificación alguna de dicho “cambio”.

El recurrente considera que al igual que en el propio pliego de condiciones se informa y justifica el cambio de tramo de consumo, debería haberse informado también del porque se desoye la posibilidad que ofrece el propio acuerdo marco sobre la posibilidad de contar con nuevas instalaciones.

Efectivamente, si hemos partido de que el acuerdo marco, en relación con los criterios de valoración, tiene un carácter generalista que posteriormente los contratos basados podrán pormenorizar, es congruente que a estos contratos basados, les sean de aplicación las normas contenidas en los artículo 116 a 146 de la LCSP y en

consecuencia se proceda a justificar tanto el establecimiento de criterios de adjudicación, como el respeto a los principios de igualdad entre licitadores y competitividad, el régimen de presentación de ofertas y apertura de los distintos archivos, siendo siempre conocidos en primer lugar los que albergan las oferta que se calificaran mediante un juicio de valor, etc..

Dicha justificación y respeto a las normas descritas no se observan en el contrato baso que nos ocupa, es más la limitación incluida y no justificada perjudica a un licitador y mejora al resto, lo que en ningún momento puede ser admitido en la contratación pública, al infringir uno de sus principios genéticos cual es la igualdad entre licitadores.

Habiendo sido concedores de otro recurso sobre el mismo acuerdo marco y tras comprobar en el portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, e extenso número de contratos basados ya adjudicados, tampoco se observa que Linde aglutine para sí misma la mayoría de los contratos, lo que podría provocar, en un determinado momento, una falta de suministro.

Por todo ello se estima el recurso interpuesto, anulando los pliegos de condiciones o invitación a licitar como la denomina el órgano de contratación a fin de que o bien se elimine la restricción de presentar instalaciones que no constasen declaradas en el acuerdo marco tantas veces nombrado o bien para que se justifique de forma suficientemente motivada el motivo de esta decisión por parte del hospital.

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 Linde Gas España S.A.U., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato basado en el Acuerdo Marco PA SUM 20/2022 para el “Suministro de gases medicinales líquidos con destino al Hospital Universitario Niño Jesús” número de expediente SUMI 2024-001, anulando los pliegos de condiciones de conformidad con lo establecido en el fundamento quinto de derecho de esta resolución.

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. - 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.