



Recurso nº 192/2013 C.A. Castilla La Mancha 023/2013
Resolución nº 173/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.A.A.E., actuando en nombre y representación de ST Jude Medical España, S.A, contra el Acuerdo de fecha 2 de abril de 2013 por el que el órgano de Contratación del Centro acuerda la adjudicación del Expediente 2013-4-1 de Ejecución del Acuerdo Marco DGEI/C0/012/11 para el suministro de marcapasos, desfibriladores, electrodos y holters, con destino al Hospital General Universitario de Ciudad Real, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 15 de febrero de 2012 el Director Gerente del SESCAM adjudicó el Acuerdo Marco para el suministro de marcapasos, desfibriladores, electrodos y holters, con destino a todos los Centros dependientes del SESCAM tramitado en el expediente DGEI/C0/012/11 como procedimiento abierto sujeto a contratación armonizada, por un importe total de 43.200.000 euros.

El Acuerdo Marco indicaba: *"-PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.*

El Acuerdo Marco se estructura en dos fases:

2.1.- Primera fase: La celebración del presente Acuerdo Marco se adjudicará por el procedimiento abierto y de acuerdo con la oferta económicamente más ventajosa, prevista y regulada por los arts. 122 a 140 de la LCSP, de aplicación general, y arts. 141 a 145 de la LCSP, específicos del procedimiento abierto, y por las demás normas de aplicación. La oferta económicamente más ventajosa se efectuará atendiendo a los criterios de adjudicación que se establecen en el apartado 13 del Cuadro de Características.

Segunda fase: La adjudicación de esta fase se regirá por el artículo 182 de la LCSP, en la forma prevista en la cláusula 21.7 de este Modelo de Pliego.

Los procedimientos de adjudicación derivados de la celebración del Acuerdo Marco se regirán por la normativa vigente en el momento de la publicación de la licitación del Acuerdo Marco. (...)"

En el apartado 22.2 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas administrativas particulares para la celebración de tal Acuerdo Marco se indica:

"Adjudicación de contratos basados en los términos del acuerdo marco con nueva licitación.

En este apartado se seguirán los trámites previstos en el artículo 182.4, segundo párrafo, apartados a) a la f).

TÉRMINOS A FIJAR EN LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO MARCO:

Para todos los números de orden.

1. Precio. Hasta 60 puntos.

Puntuación = 60 x (P.máx. licitación- Propuesta Económica objeto de puntuación.

P. máx .licitación

2. Oferta técnica. Hasta 20 puntos

Se tendrá en cuenta la puntuación obtenida por cada adjudicatario en el informe técnico del Acuerdo Marco y se repartirá proporcionalmente.

3. Valores añadidos. Hasta 20 puntos

Se valorarán criterios respecto a las mejoras en el Servicio que no se hubieran valorado anteriormente en el Acuerdo Marco proporcionalmente."

Segundo. Con fecha 28 de enero de 2013 se emite Resolución Administrativa de aprobación de expediente y gasto necesario para el suministro de marcapasos,

desfibriladores, electrodos y holters, con destino al Hospital General Universitario de Ciudad Real (Expediente 2013-4-1). Subsiguientemente, se solicita oferta a aquellas empresas adjudicatarias en el Acuerdo Marco DGEI/C0/012/11, relacionadas a continuación:

- BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, S.A.
- MEDTRONIC IBERICA, S.A.
- SORIN GROUP ESPAÑA, S.L.
- ST. JUDE MEDICAL ESPAÑA, S.A. (Recibida el 1-2-2013)
- VITATRON MEDICAL ESPAÑA, S.A.

No consta que en las peticiones se especificasen los criterios aplicables en la valoración de los "valores añadidos".

Tercero. Con fecha 4 de abril de 2013 se notificó al recurrente la Resolución de adjudicación de los diversos lotes.

Recibida la Resolución de adjudicación, el aquí recurrente observa que la misma incluye un cuadro en el que constan los lotes del contrato y las puntuaciones obtenidas por cada uno de los licitadores en cada lote, y otro cuadro en el que se especifican los precios ofertados por los adjudicatarios de cada lote, pero sin indicarse en dicha Resolución de adjudicación cómo se han calculado las puntuaciones obtenidas por cada licitador; por lo que solicita aclaración al efecto, que le es remitida en fecha 15 de abril de 2013.

En la misma se señala que *"Una vez recibidas las ofertas, se han aplicado los criterios de valoración establecidos en los Pliegos que rigen este contrato, tal y como figura a continuación:*

1. Precio: Hasta 60 puntos, resultantes de la aplicación de la siguiente fórmula:

Puntuación= 60 x (P. máx. licitación-Propuesta Económica objeto de puntuación). P. máx. licitación.

2. *Oferta técnica: Hasta 20 puntos.*

Se tendrá en cuenta la puntuación obtenida por cada adjudicatario en el informe técnico del Acuerdo Marco y se repartirá proporcionalmente.

3. *Valores añadidos: Hasta 20 puntos.*

Se valoran criterios respecto a las mejoras para el Servicio que no se hubieran valorado anteriormente en el Acuerdo Marco proporcionalmente. Estos 20 puntos se han distribuido de la siguiente forma:

- Por la oferta de material objeto del contrato sin cargo, en función del consumo: hasta 10 puntos.*
- Por equipamiento médico relacionado con el objeto del contrato: hasta 5 puntos.*
- Por la extensión del período de garantía de los productos objeto del contrato: hasta 2 puntos.*
- Por la colaboración en formación, investigación, ensayos clínicos, etc., del personal de la Unidad de Arritmias, no ofertada previamente en el Acuerdo Marco: hasta 1,5 puntos.*

Por la entrega y puesta en funcionamiento, sin coste adicional, del material necesario para la monitorización remota de los implantes objeto del contrato, compatibles con dicho sistema de monitorización: hasta 1,5 puntos."

Cuarto. Interpuesto este recurso con fecha 22 de abril de 2013, el recurrente alega resumidamente nulidad por falta de motivación de la adjudicación, al no cumplir la misma con los requisitos establecidos en el artículo 151.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante el "TRLCSP"); y subsidiariamente, si tal defecto se considerase subsanado, alega que no se ha concretado conforme a la Ley la determinación de las posibles mejoras y su valoración, con infracción del principio de igualdad, citando al efecto la Resolución 97/2013 de este Tribunal y el informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado 59/2009, de 26 de febrero.

El órgano de contratación, en su informe, señala resumidamente que se ha subsanado todo posible defecto en la motivación, y que *"Para proceder a la ejecución del acuerdo Marco se seguirán los trámites previstos en el artículo 182.4, segundo párrafo, de la a) a la f) donde se menciona expresamente "Cuando no todos los términos estén establecidos en el Acuerdo Marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario y, si ha lugar, "En relación a este punto se puede observar que en el criterio de Valores Añadidos todas las empresas licitadoras han ofertado los mismos tipos de mejoras, si bien, varía el porcentaje o términos ofertados según las posibilidades y estrategias del mercado que cada empresa considere oportuno seguir. De hecho, solamente una de las mejoras ofertadas, la de amplitud en el periodo de garantía de producto, ha sido ofertado por una sola empresa, ya que el resto de las mejoras presentadas por las distintas empresas han sido recurrentes, por ejemplo, todas las empresas han ofertado en el criterio que tenía asignada mayor puntuación 10 puntos. En relación a la puntuación establecida a cada criterio, se actuó dando preponderancia a aquellos que hacen referencia más directa al objeto del contrato, que puedan valorarse mediante cifras o porcentaje.*

Por todo lo anteriormente expuesto y al margen de apreciación y libre juicio, a la hora de la valoración de las ofertas, no se puede hablar de que se haya actuado con arbitrariedad alguna, máxime cuando el criterio de valores añadidos no tiene la consideración de condición "esencial" del contrato, además de los 100 puntos de valoración máxima para adjudicar éste, solamente se le ha dado un máximo de 20 puntos a este criterio."

Quinto. Este Tribunal dictó el 24 de abril de 2013 resolución por la que se acordaba mantener la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, acordada conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto. El 30 de abril, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho en plazo la empresa SORIN GROUP ESPAÑA, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, tratándose de un contrato de suministro sujeto a contratación armonizada, conforme al artículo 40 del TRLCSP.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla –La Mancha, suscrito el 15 de octubre de 2012.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de uno de los licitadores.

Tercero. En cuanto a la interposición dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, debe tenerse en cuenta, por una parte, que el acto expresamente recurrido se notificó el 4 de abril de 2013, pero fue subsanado con fecha 15 de abril de 2013, con indicación de los elementos que motivaban el acto, por lo cual, entendemos que hasta este momento no podía ser recurrido tal acto en tiempo y forma, por lo que el recurso está en plazo por aplicación del artículo 44.2 a) y c) del TRLCSP (como dijimos en nuestras Resoluciones 25/2012 o en la 97/2013).

Debe añadirse que, en el fondo, la recurrente cuestiona que no se hayan especificado los criterios por los cuales se iban a valorar las mejoras; lo cual podría haberlo hecho valer en el recurso contra el propio requerimiento de presentación de ofertas, en el cual tal especificación debería haberse materializado, de ser necesaria. Pero dado que tal acto es de trámite, y además no consta que se notificase tal requerimiento haciendo la debida indicación de recursos que permitirían tenerlo por debidamente notificado, consideraremos que la recurrente está igualmente en plazo para suscitar tal cuestión, por aplicación del artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del tantas veces referido texto legal.

Quinto. Entrando ya en el fondo de la cuestión, y en cuanto a la ausencia de motivación del acuerdo de adjudicación, siendo cierto que éste inicialmente no cumplía lo preceptuado en el artículo 151.4 del TRLCSP según doctrina de este Tribunal (Resoluciones de 214/2011, 189/2012 o 129/2013), sin embargo, atendiendo a la finalidad de la motivación, expresada en tales Resoluciones, y dado que se trata de comunicar la información que permita al licitador interponer la reclamación o recurso que a su derecho convenga de modo suficientemente fundado, evitándole indefensión, dicho requisito se ha subsanado por la comunicación posterior hecha a requerimiento del actor a que hacen referencia nuestros antecedentes, por lo que dicha causa de nulidad no puede acogerse.

Sexto. En cuanto a la ausencia de publicidad previa a la presentación de las ofertas de los criterios para la valoración de los "valores añadidos" (mejoras), debemos, sin embargo, acoger la alegación del actor.

Así, el artículo 198.4 del TRLCSP señala que: *"Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación."*

Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

a) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato; no obstante, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos, por razón de su objeto y cuantía, a procedimiento armonizado, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no

extender esta consulta a la totalidad de los empresarios que sean parte del acuerdo marco, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellos."

Tal artículo debe interpretarse de modo integrado en el texto del TRLCSP, cuyo artículo 147 señala: "*Admisibilidad de variantes o mejoras.*

1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

(...)" (Del propio modo el art. 67 de su Reglamento).

Y el artículo 150 impone con carácter general el conocimiento detallado de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación: "*Criterios de valoración de las ofertas*

(...)2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

(...)

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

6. (...).”

En nuestro caso, y como se ha visto en los antecedentes, en lo referido a mejoras (a las cuales se otorga una puntuación no desdeñable, pese a las alegaciones del órgano administrativo), no se especifica, en ningún momento de la licitación previo a la presentación de ofertas, cuáles son las admisibles y el modo de su valoración. Ya decíamos en nuestra Resolución 155/2011, reiterada por otras muchas (como la 69/2012 o la 203/2012), que el propio Tribunal de Justicia de la UE ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de mejoras, en aras del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfellner GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues, como ha recordado la STJUE de 24 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejadas en el pliego. En tal Resolución decíamos que *“debiera existir (en el pliego) una previsión concreta con ocasión de los criterios de valoración de qué mejoras se pueden presentar y cómo se van a valorar, caso contrario queda a disposición del órgano de contratación admitir cualesquiera mejoras y valorarlas de cualquier forma...”*

En particular, y como dijimos en nuestra Resolución 97/2013, citada por el recurrente, ello implica que en las licitaciones en ejecución de acuerdos marco que no hayan establecido en los pliegos del propio Acuerdo Marco el modo de valoración de las mejoras, se expresen de modo previo a la presentación de ofertas (normalmente, en el momento de su requerimiento) los *“requisitos, límites, modalidades, características que permitan identificar la mejora suficientemente”* y sus criterios de valoración, para evitar una infracción del principio de igualdad, pues, de otro modo, se deja al libre arbitrio del órgano de contratación su valoración.

Las afirmaciones del órgano de contratación de que todos los licitadores han ofertado mejoras similares o que los criterios de valoración aplicados son razonables y no arbitrarios no son óbice a la necesidad de que todos los licitadores tengan ocasión de

ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que la indefinición de las mejoras y su ponderación les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a sus características y potencial empresarial y sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado.

Entendemos que, por tanto, en nuestro caso, no se ha respetado la exigencia legal de que quede precisado “sobre qué elementos” deben presentarse las mejoras, ni se ha precisado la ponderación de sus criterios de valoración; por lo que infringe los artículos 147, 150 y 198 del TRLCSP y el principio de igualdad en el modo ya expuesto.

Séptimo. Los razonamientos expuestos deben llevar a anular la adjudicación.

Ahora bien, afectando la anulación a un criterio de adjudicación, procede declarar la nulidad de todo el proceso de licitación realizado en ejecución del Acuerdo marco, como señalamos en la tan citada Resolución 97/2013, siguiendo lo indicado en la Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), con el fin de que, en su caso, se ponga en marcha un nuevo proceso de licitación donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en esta Resolución sobre concreción de las mejoras y de sus criterios de valoración con anterioridad a la fase de presentación de ofertas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. P.A.A.E., actuando en nombre y representación de ST Jude Medical España, S.A, contra el Acuerdo de adjudicación de fecha 2 de abril de 2013 por el que el órgano de Contratación del Centro acuerda la adjudicación del Expediente 2013-4-1- de Ejecución del Acuerdo Marco DGEI/C0/012/11 para el suministro de marcapasos, desfibriladores, electrodos y holters, con destino al Hospital General Universitario de Ciudad Real, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), anulando el proceso de licitación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.