

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

### ACUERDO 54/2014, de 26 de Septiembre de 2014.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 2 de septiembre de 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Suministro de equipamiento de alta tecnología sanitaria (para el C.M.E. “Intermodal” del Sector de Zaragoza III y el Hospital “Ernest Lluch” de Calatayud)», convocado por la Gerencia del Sector Zaragoza III, contrato de suministros, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado para los cuatro lotes en que se divide la licitación de 745 454,54 euros, IVA excluido.

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza a las 14 horas del día 26 de septiembre de 2014.

**SEGUNDO.-** El 18 de septiembre de 2014 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Luis Bennasar Montojo, en nombre y representación de EMSOR, S.A, frente a la licitación del contrato.

La recurrente, anunció previamente, el 15 de septiembre de 2014, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso, aunque en el inicio del escrito de interposición se manifiesta que se formula contra los Pliegos de la licitación en general, hay que entenderlo concretado al Lote nº 3 de la misma, alega, en síntesis, que el precio máximo del Lote para un equipo de las características expresadas —mamógrafo digital con tomosíntesis—, resulta muy inferior al de mercado, e infringe uno de los principios fundamentales en la contratación pública, como es el principio de concurrencia, así como el principio de no discriminación e igualdad de acceso a las licitaciones. Para acreditar la afirmación, aportan un listado con varias licitaciones convocadas hasta la fecha que han incluido un mamógrafo digital con tomosíntesis, con los correspondientes precios máximos de licitación y adjudicación.

Por lo alegado, solicitan que se estime el recurso y se proceda a declarar la nulidad del procedimiento y a la nueva redacción de las condiciones y términos de los Pliegos en lo referente a los defectos puestos de manifiesto en el recurso. Solicitan, asimismo, la suspensión del procedimiento como medida cautelar.

**TERCERO.-** Por Resolución 13/2014, de 19 de septiembre, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, en atención a las circunstancias que concurren en el expediente y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación. La Resolución fue notificada en la misma fecha.

**CUARTO.-** El 24 de septiembre de 2014, la Gerencia del Sector Zaragoza III, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el expediente de contratación completo, acompañado del preceptivo informe sobre el recurso.

No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre declaración de nulidad de la

licitación y parcialmente de los pliegos; y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de EMSOR, S.A, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede y tiene interés en presentarse a la licitación.

Queda también acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra la aprobación de los Pliegos y documentos contractuales que establecen las condiciones de la licitación —en lo que afecta al precio máximo del Lote nº 3— de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada.

El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

**SEGUNDO.-** El recurrente alega que el precio de licitación asignado al Lote nº 3 (145 454,55 euros, IVA no incluido) es muy inferior al de mercado, ya que el coste de los mamógrafos digitales con tomosíntesis no es en absoluto comparable a los mamógrafos digitales que no tienen esta técnica, o que no pueden incorporarla en el futuro. Aporta para ello un listado de licitaciones análogas convocadas hasta la fecha, con los correspondientes importes de licitación y adjudicación.

La cuestión de fondo es pues, determinar si el presupuesto de licitación del Lote nº 3 es adecuado para el efectivo cumplimiento del mismo, si su estimación ha sido correcta, y atiende al precio general del mercado, como exige el TRLCSP.

Este Tribunal ya ha mantenido con anterioridad, por todos el reciente Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre, que la principal función de los Tribunales Administrativos de contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

Pero su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico de quien establece y determina el precio de un contrato, ni de quien lo valora y aprueba, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y resulte racional y razonable.

Tiene declarado este Tribunal, en anteriores Acuerdos (entre otros, Acuerdos 45/2014 y 51/2014), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP.

En concreto, el artículo 87 TRLCSP dispone que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que «Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados». El concepto «precio general de mercado» utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración. El artículo 87 TRLCSP únicamente establecen las pautas para determinar el precio del contrato, pero la Ley no determina con exactitud los límites, procediendo una interpretación en su aplicación en cada caso concreto. Por su parte, el artículo 1 TRLCSP, dispone que la regulación de la contratación del sector público tiene por objeto, entre otros, el de «...asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y la contratación de servicios». Este objetivo de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios es un criterio interpretativo del artículo 87 TRLCSP.

**TERCERO.-** Pues bien, respecto del Lote nº 3, mamógrafo digital con tomosíntesis, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) incluye en sus prescripciones 7 y 9 la incorporación del sistema de tomosíntesis, así como dos estaciones de diagnóstico:

#### «7.- TOMOSÍNTESIS.

El equipo incorporará la posibilidad de realizar tomosíntesis. Describir sistema.

#### 9.- ESTACIONES DE TRABAJO DIAGNÓSTICO (Mínimo 2 unidades)

Se suministrarán, a su vez, un mínimo de dos estaciones de diagnóstico con las siguientes características básicas:

\*Las estaciones de trabajo deberán estar equipadas con el hardware necesario para tratar estudios de mama con tomosíntesis (Digital Breast Tomosynthesis) así como los estudios de mama en 2D convencionales (Full Fidelity Digital mammography).

El recurrente aporta junto con su recurso un listado de licitaciones donde el objeto del contrato es el suministro de mamógrafos digitales con tomosíntesis, o ampliables a la misma, que incluyen, o no, estaciones de lectura. En todas ellas el presupuesto de licitación es considerablemente superior al del Lote objeto de este recurso. Sólo en una, el importe de adjudicación se aproxima al importe de licitación del suministro promovido por la Gerencia del Sector de Zaragoza III, pero incorpora unas prescripciones técnicas sensiblemente inferiores, al ser ampliable a tomosíntesis, pero no incluir ni licencia permanente de tomosíntesis, ni estaciones de lectura.

Este Tribunal administrativo ya ha mantenido en los Acuerdos antes referenciados que la estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta determinación del importe vendrá derivada de las prescripciones técnicas exigidas. Es en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando, en todo caso, una labor de cuantificación acreditada en el expediente de contratación.

Como señala, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 —cuya fundamentación y consideraciones comparte este Tribunal— «...el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato...».

El informe de determinación del precio del contrato del suministro, de 7 de julio de 2014, se limita señalar que se ha realizado un análisis de los precios de adjudicación de licitaciones análogas, y a adjuntar una relación de los mamógrafos digitales suministrados a distintas Administraciones, siendo sólo tres de ellos los que incluyen tomosíntesis o son ampliables a la misma, ya que el resto incluye estereotaxia; y en todos los que incluyen prescripciones técnicas similares, e incluso inferiores, el importe de adjudicación es muy superior al del presupuesto de licitación del Lote objeto del presente recurso.

Es decir, la documentación preparatoria del procedimiento que consta en el expediente (Informe de determinación del precio del contrato), en lo que se refiere al presupuesto de licitación, se ha basado en licitaciones análogas, pero aplicando respecto al Lote nº 3 unas conclusiones que se apartan de las referencias que se extraen de las licitaciones de productos equivalentes en cuanto a prestaciones, sin más motivación que «el actual escenario de inevitable consolidación fiscal y de fuerte restricción presupuestaria». Por ello, a juicio de este Tribunal, resulta evidente que el presupuesto de licitación del Lote nº 3 se ha fijado por debajo del precio general de mercado, limitando la concurrencia y restringiendo el principio de libertad de acceso a las licitaciones.

El informe de la Directora de Gestión del Sector Zaragoza III al recurso, pese a realizar un minucioso análisis sobre la formación del precio de un bien y de las peculiaridades del mercado de la tecnología sanitaria, no permite alcanzar otra conclusión. Y ello porque para justificar «la rebajasobre los precios comparados» se apuntan tres motivos (descenso del precio por la entrada de nuevos compradores en el mercado; intento de forzar a las empresas a mejorar sus ofertas rebajando el precio; y asunción del riesgo de que el resultado finalmente obtenido no sea el esperado, con la ausencia de ofertas en el Lote), que no son relevantes para la fijación del presupuesto de licitación, pues éste debe responder a parámetros objetivos debidamente documentados, máxime en un contrato de suministro.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

### III. ACUERDA

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial, interpuesto por D. Luis Bennasar Montojo, en nombre y representación de EMSOR, S.A, contra el procedimiento de licitación denominado «Suministro de equipamiento de alta tecnología sanitaria (para el C.M.E. “Intermodal” del Sector de Zaragoza III y el Hospital “Ernest Lluch” de Calatayud)», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza III, Hospital Clínico Universitario “Lozano Blesa” de Zaragoza, y anular la licitación respecto al Lote nº 3.

**SEGUNDO.-** El Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

**TERCERO.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**CUARTO.-** Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.