

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 129/2013

Recurso nº 147/2013 C.A. Castilla-La Mancha 021/2013

Resolución nº129/2013

En Madrid, a 3 de abril de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D^a. M.M. O. A., en representación de MEDTRONIC IBÉRICA S.A, contra la resolución de 19 de febrero de 2013 del Director Gerente de Atención Integrada de Talavera de la Reina del Servicio de Salud de Castilla la Mancha (“SESCAM”), por la que se adjudica el expediente HNSP-PNSP 33/12 (DGEU012/2011) para el suministro de marcapasos, desfibriladores, electrodos y holters con destino al Hospital Ntra. Sra. del Prado, de Talavera de la Reina, a las siguientes empresas adjudicatarias: BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A: (lotes 1.2, 1.10, 1.11, 1.12, 2.2, 2.5, 2.7, 3.2, 3.3, 3.4, 3.8 y 3.12), ST. JUDE MEDICAL ESPAÑA, S.A: (lotes 1.3, 1.9, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4), y MEDTRONIC IBÉRICA, S.A: (lotes 1.6, 3.5 y 4.2), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 12 de diciembre de 2012 se resuelve por el Gerente de Atención Integrada de Talavera de la Reina del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) la adjudicación del contrato de referencia en los lotes identificados en la resolución, a las empresas BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A., ST JUDE MEDICAL ESPAÑA S.A. y MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. Dicho procedimiento de adjudicación trae causa de la previa tramitación del procedimiento abierto para la contratación del Acuerdo Marco para el suministro de referencia, resuelto con fecha 22 de mayo de 2012 a favor de las empresas citadas y también de SORIN GROUP ESPAÑA S.L. y VITATRÓN MEDICAL ESPAÑA, S.A. Con fecha 9 de agosto 2012, se procedió a invitar a las citadas empresas en el procedimiento negociado sin publicidad, cuya resolución de adjudicación ahora se impugna.

Segundo. Debe indicarse que, tal y como recoge el recurso y el informe del órgano de contratación, una primera adjudicación en este procedimiento fue anulada por falta de motivación en la resolución nº 58/2013 del Tribunal. El órgano de contratación ha dictado nuevo acuerdo de adjudicación y frente al mismo formula la reclamación la recurrente.

Tercero. Los argumentos que esgrime el recurso son, en resumen, los siguientes: a) Indebida valoración de las mejoras. Sostiene que el apartado 21.1 del cuadro de características del pliego del Acuerdo Marco en relación a las mejoras es genérico y no contiene los requisitos, límites, modalidades y características que permiten identificarlas suficientemente, ni tampoco su relación directa con el objeto del contrato. Los términos de la invitación al procedimiento negociado derivado del Acuerdo Marco tampoco clarifican o subsanan estos extremos. De ello resulta que el ente adjudicador fija a posteriori la puntuación en este apartado en mérito a criterios desconocidos para los licitadores. En definitiva, se deja al arbitrio del órgano de contratación la valoración de las mejoras. b) Indebida puntuación técnica derivada del Acuerdo Marco. Como consecuencia de la presentación de nuevos productos, algunos licitadores han obtenido una nueva puntuación técnica que no ha sido, sin embargo, publicada, frente a la puntuación técnica originaria de la adjudicación del Acuerdo Marco, a la que sustituyen. Esta circunstancia -sostiene el recurso- altera la igualdad en la concurrencia, ya que la información de que ha dispuesto al construir su oferta no era cierta. Además, entiende que la publicación de la nueva puntuación técnica otorgada a Boston, la empresa que ha resultado adjudicataria en los lotes discutidos, sería también un acto nulo dictado fuera del procedimiento legalmente establecido.

Cuarto. El órgano de contratación emitió el oportuno informe en el que sostiene que no debe estimarse el recurso ya que: A) en relación a la valoración de las mejoras: 1) el órgano de contratación se ha ajustado a las previsiones de la ley y del pliego; 2) el recurrente no ha manifestado en ningún momento anterior su oposición a la falta de concreción o a la mayor precisión de las mejoras; 3) que no invocó esta causa en el recurso nº 023/2013; 4) que el recurrente va contra sus propios actos, ya que ha resultado adjudicatario de determinados lotes cuando ha presentado mejoras sobre las que concurren las mismas circunstancias; 5) que la valoración de las mejoras se ha realizado proporcionalmente, asignando a la mejor 20 puntos; 6) que las mejoras tienen relación con el objeto del contrato y; 7) que el pliego no ha querido tasar las mejoras para poder dar mayor libertad a los licitadores. B) Respecto de las nuevas puntuaciones técnicas señala que se ha ajustado al procedimiento previsto en el pliego, cuyo apartado 21.2 prevé la sustitución de unos productos por otros en determinadas condiciones y requisitos; C) Por último, el órgano de contratación expone que el recurrente ha resultado adjudicatario en otros procedimientos derivados del mismo Acuerdo Marco siguiendo los mismos criterios que en este, lo que contraría sus propios actos, y que, además, ha presentado solicitud de sustitución de productos.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 21 de marzo de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que los interesados hayan evacuado este trámite.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 21 de marzo de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Segundo. La entidad reclamante se encuentra legitimada para interponer el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, a cuyo tenor: “Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Tercero. El recurso se formula contra el acuerdo de adjudicación, acto incluido en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP, constandingo haberse efectuado el anuncio previo al órgano de contratación.

Quinto. Antes de comenzar el análisis de las cuestiones planteadas es necesario determinar el alcance del recurso y de la resolución que se dicta. La resolución del órgano de contratación adjudicó determinados lotes, concretamente: BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A: (lotes 1.2, 1.10, 1.11, 1.12, 2.2, 2.5, 2.7, 3.2, 3.3,

3.4, 3.8 y 3.12), ST. JUDE MEDICAL ESPAÑA, S.A: (lotes 1.3, 1.9, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4), MEDTRONIC IBÉRICA, S.A: (lotes 1.6, 3.5 y 4.2).

El recurso se dirige frente al acto de adjudicación en estos términos y la pretensión formulada es que se declare la nulidad del procedimiento de licitación y, subsidiariamente, anule el acuerdo de adjudicación y acuerde la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas por parte del órgano de contratación, que deberá adoptar un nuevo acuerdo de adjudicación del contrato, en el que se tengan en consideración las puntuaciones obtenidas por las adjudicatarias del Acuerdo Marco, que figuran publicadas en el perfil del contratante del SESCOAM.

Sin embargo, a pesar de esta formulación general, el interés del recurrente viene delimitado en el propio escrito solo a determinados lotes: “Este recurso se refiere a la falta de adjudicación a MEDTRONIC de los lotes 1.2, 2.5 y 2.7 así como los electrodos asociados, por lo que se van a exponer los cálculos sobre todos estos lotes para lo que va a realizar un esfuerzo de claridad y ser lo más ilustrativo posible para fundamentar este punto”; “Esta circunstancia se extiende al resto de los lotes adjudicados, y en lo que a MEDTRONIC interesa, en este procedimiento debía haber resultado adjudicataria de los lotes 1.2, 2.5 y 2.7, pues en todos ellos la aplicación de la puntuación que figura en el Acuerdo Marco le convierte en la mejor valorada”.

Pues bien, tanto porque no han sido impugnados ni los pliegos ni la invitación a participar en el procedimiento negociado sin publicidad, como porque la legitimación del recurrente queda circunscrita a los lotes 1.2, 2.5 y 2.7, el pronunciamiento del Tribunal limitará su eficacia a dichos lotes, y no a la totalidad de la adjudicación.

Sexto. Por razones sistemáticas se analizarán los argumentos esgrimidos en el recurso en orden inverso. Con carácter previo, igualmente, se destaca que el órgano de contratación invoca en diversos pasajes de su informe la doctrina de los actos propios del recurrente, tanto en la aportación de mejoras como en la de haber propuesto sustituciones en determinado material. Sin embargo, la vinculación a los propios actos, por deseable que sea como manifestación de la buena fe, tiene por límite el principio de legalidad, y por ello se hace necesario analizar el fondo de las alegaciones del recurso desde este punto de vista.

La pretensión de nulidad de la adjudicación que formula el recurrente, se apoya en la falta de publicidad de la valoración técnica de los adjudicatarios que han presentado modificaciones o sustituciones de los productos

ofertados, lo cual, sostiene, afecta al principio de igualdad, por cuanto no ha podido disponer de dicha información para construir su oferta, pues solo conocía la puntuación técnica inicial de la adjudicación del Acuerdo Marco.

Sin embargo, ni el pliego del Acuerdo Marco, ni el cuadro de características prevé, en los casos de sustituciones o modificaciones de los productos ofertados que den lugar a nueva puntuación técnica, su publicación. Tampoco existe precepto del TRLCSP que otorgue publicidad a las valoraciones técnicas en casos como el presente. Cuando el recurrente expone que la puntuación técnica otorgada a los adjudicatarios del Acuerdo Marco ha sido publicada en el perfil del contratante, hay que destacar que se trata de publicidad como consecuencia de la publicación del acuerdo de adjudicación y su contenido preceptivo, de acuerdo con los artículos 151 y 154 del TRLCSP. La finalidad de la publicación es la justificación de la adjudicación, no la información para que en los procedimientos derivados puedan los adjudicatarios en liza disponer de la puntuación técnica de los demás y construir sus ofertas. Por otro lado, la falta de publicación de las nuevas puntuaciones técnicas obtenidas por los restantes adjudicatarios, en su caso, no afecta al principio de igualdad en la licitación, pues todos ellos se encuentran en las mismas condiciones: desconocen si los restantes adjudicatarios han variado o no su puntuación técnica y tienen posibilidad de presentar nuevos productos en sustitución o modificación de los anteriores en los términos del pliego (como parece realizó el propio recurrente según la información que obra en el expediente e informa el órgano de contratación). Además, por razón de su conocimiento del mercado, conocen o deben conocer la evolución de los productos y, en consecuencia, no será sorpresivo si ellos o sus competidores han optado por ofertar esas innovaciones, siempre en los términos del pliego.

Séptimo. En relación a la valoración de las mejoras, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la forma en la que el Acuerdo Marco DGEI/012/201 regula las mejoras y su desarrollo en un procedimiento derivado de características similares, por lo que, en mérito a la unidad de criterio, hemos de reiterar lo dicho en la resolución 097/2013, de 6 marzo, trasladable al presente caso:

“Sexto. La pretensión de la recurrente de anulación del acto de adjudicación se fundamenta, además de en el vicio formal de la notificación, en la indebida valoración de las mejoras ofrecidas por la misma y de las ofrecidas por los adjudicatarios, por el órgano de contratación, por no ajustarse al pliego del Acuerdo Marco.

El artículo 147 del TRLCSP prevé la consideración como criterio de adjudicación de las mejoras siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente tal posibilidad. En tal caso se deberá

indicar en el anuncio de licitación del contrato sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, indicación que también ha de figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por así requerirlo el artículo 67 de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual también exige que se especifique en los pliegos los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 150.1 del TRLCSP, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, debiendo garantizarse, en todo caso, el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, así como no discriminación e igualdad de trato de los candidatos proclamados en los artículos 1 y 139 del citado texto refundido.

En consecuencia, la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o, en su caso, en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. Así ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores; así, en Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH, considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes pero en la que no se detalla ni precisa las condiciones y requisitos de las mismas.

Por otra parte, en cuanto a la valoración de las ofertas -lo que incluye evidentemente a las mejoras-, puede afirmarse que la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, en su informe 59/2009, de 26 de febrero, admite la existencia de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas

administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.

En cuanto a la articulación de la mejora en el presente contrato ha de recordarse que el artículo 198.4 del TRLCSP, al referirse a la adjudicación de contratos basados en un Acuerdo Marco que se hubiese celebrado con varios empresarios, establece:

“4. 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.
- b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.
- c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.
- d) De forma alternativa a lo señalado en las letras anteriores, el órgano de contratación podrá abrir una subasta electrónica para la adjudicación del contrato conforme a lo establecido en el artículo 148.e). El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el Acuerdo Marco.
- e) Si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 154.”

En el presente caso el apartado 21.2 del cuadro de características del pliego de cláusulas del Acuerdo Marco al fijar entre los criterios de valoración a que habían de sujetarse los contratos de ejecución de aquél la posible mejora señala “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”.

La indicación de la mejora en el cuadro de características del pliego no reúne por sí sola las condiciones exigibles a la determinación de mejoras, en cuanto no se expresan los requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, como tampoco su relación directa con el objeto del contrato.

No obstante, el artículo 198.4 antes transcrito del TRLCSP permite al órgano de contratación al convocar a las partes a la licitación iniciada en ejecución del Acuerdo Marco, en la que se toman como base los mismos términos del Acuerdo Marco, a formular aquéllos de manera más precisa e, incluso, a incluir otros a los que se refieran las especificaciones del Acuerdo Marco, lo que debió hacer para suplir las insuficiencias del Acuerdo Marco concretando conforme a la Ley la determinación de las posibles mejoras y su valoración.

Lejos de eso, la solicitud de ofertas del órgano de contratación no concreta en los términos exigibles las mejoras, refiriéndose de manera genérica a que “se valorarán criterios respecto a las mejoras que no se hubieran valorado anteriormente en el Acuerdo Marco”, de modo que no se expresan los requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificar la mejora suficientemente, como tampoco la exigencia de su relación directa con el objeto del contrato.

Así las cosas, en los términos en que se describen las mejoras en la oferta por parte del órgano de contratación, dada la insuficiencia del cuadro de características del pliego de cláusulas del Acuerdo Marco que la oferta no supe, tratar de valorar las mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados y reglados, supone una infracción del principio de igualdad, pues deja al libre arbitrio del órgano de contratación la valoración, incurriendo el elemento relativo a la valoración de la mejora en la solicitud de ofertas, o lo que es lo mismo, el criterio de “valores añadidos”, en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, tal y como hemos recogido en nuestra resolución 65/2013 de 6 de febrero, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria), “los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”. Y concluye que “La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso...

se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.

Todo ello conlleva a la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la resolución de adjudicación y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en esta resolución sobre la valoración de las mejoras”.

A la misma conclusión hemos de llegar en el presente caso por apreciarse la misma situación tanto en la invitación al procedimiento negociado como en el pliego.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D^a. M.M. O. A., en representación de MEDTRONIC IBÉRICA, S.A, contra la resolución de 19 de febrero de 2013 del Director Gerente de Atención Integrada de Talavera de la Reina del Servicio de Salud de Castilla la Mancha (“SESCAM”), por la que se adjudica el expediente HNSPPNSP 33/12 (DGEU012/2011) para el suministro de marcapasos, desfibriladores, electrodos y holters con destino al Hospital Ntra. Sra. del Prado, de Talavera de la Reina, anulando el proceso de licitación de los lotes 1.2, 2.5 y 2.7, y lote 3 (electrodos), en cuanto quede condicionada a los mismos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada 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.