

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

En Madrid, a 20 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Carburos Metálicos contra la Resolución de la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina de 13 de mayo de 2024, por la que se adjudica los Lotes 1 y 2 del contrato basado en el Acuerdo Marco PA SUM 20/2022 para el “Suministro de gases medicinales líquidos con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina número de expediente AM PA SUM 20/2022 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 Infanta Cristina 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 724.736,00 euros y su plazo de duración será de 12 meses, con posibilidad de prórroga por otros 24 meses más.

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

Realizada la apertura y evaluación de las ofertas recibidas, con fecha 6 de mayo de 2024 se presenta a la mesa de contratación informe técnico con el resultado final de las puntuaciones alcanzadas por las ofertas presentadas.

La mesa de contratación en su sesión de 13 de mayo propone al órgano de contratación la adjudicación de ambos lotes a la empresa Linde Gas España, siendo aceptada ésta por el órgano de contratación el mismo día.

Tercero. - El 31 de mayo de 2024 se presentó ante el Hospital U. Infanta Cristina recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Carburos en el que solicita la anulación de la adjudicación basando su pretensión en la incorrecta valoración de la oferta de la adjudicataria.

El 5 de junio de 2024 el órgano de contratación remitió el recurso especial en materia de contratación junto con 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.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo y forma la adjudicataria ha presentado escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho.

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 una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 13 de mayo de 2024, e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación el 31 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación de un contrato basado de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) 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, la empresa Linde Gas España aportó como planta productora o almacén más cercano la que posee en Sagunto (Valencia). Mientras que en la actual licitación aporta como planta más cercana la que se encuentra en Torija (Guadalajara), alterando de esta forma los elementos sustanciales de la contratación que nos ocupa.

Considera que ha violado los principios recogidos en el art. 139.1 de la LCSP de aceptación incondicionada y sin merma alguna de las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones.

Recrimina al órgano de contratación que acepte la modificación de las condiciones iniciales del acuerdo marco.

En definitiva, después de invocar numerosa doctrina que afecta de forma muy limitada al tema que nos ocupa, resume su motivación en la imposibilidad de modificar la planta productora o de almacenaje aportada en la licitación del acuerdo marco, ahora en la licitación del contrato basado.

El problema se centra en la puntuación del criterio de adjudicación “Plan de contingencia para garantizar el suministro” que es valorado según el número de horas que tardaría en servirse los gases objeto de suministro según los kilómetros existentes entre el almacén o planta de producción y el propio hospital a una velocidad de 80 km/h.

De esta realidad se desprenden tres consecuencias:

1. Si no se acepta el cambio de almacén, la oferta de Linde es incompleta y no puede aceptarse, pasando la recurrente a ocupar el primer puesto en la calificación.
2. Si no se acepta el cambio de almacén y se conserva el aportado en la licitación del acuerdo marco, la oferta de Linde sigue siendo la primera clasificada.
3. Si se admite el cambio de localización del almacén, Linde conservaría la adjudicación.

El órgano de contratación ha admitido la oferta de suministro desde la nueva planta de Torija, calificando en este criterio la oferta de Linde con la máxima puntuación 15 puntos.

Considera que el propio PPTP del acuerdo marco establece en su apartado 3 “Referencias Técnicas” subapartado 1.5 la obligación de notificación de cualquier cambio en el contenido de la estructura de fabricación o distribución de los gases”.

En consecuencia, manifiesta que, si bien en la adjudicación del acuerdo marco se valoraron las plantas productoras o almacenes que en ese momento estaban activos de cada empresa, en los contratos basados no existe impedimento alguno para que puedan valorarse otros distintos, bien por nueva creación o por sustitución de los inicialmente aportados.

A mayor abundamiento considera que en el acuerdo marco se validaron las ofertas de las empresas por haber cumplido los requerimientos mínimos de orden

técnico, de autorizaciones y de objeto social, dejando la valoración de la cercanía al concreto hospital contrato derivado que se tramitase.

El PCAP que rigió el acuerdo marco estableció dos criterios de adjudicación, uno el precio con una valoración de 90 puntos sobre el total de 100 y un segundo criterio sobre el tiempo en la entrega de los suministros con diferenciación entre entregas ordinarias y urgentes y con un máximo de 10 puntos.

El motivo central de este recurso es la valoración del criterio de adjudicación “plan de contingencia, que valora la cercanía de la planta de almacén de los gases al hospital concreto que licita el contrato basado.

Nos encontramos ante dos conceptos distintos, uno es el tiempo y el otro son los kilómetros, uno es en general, esto es, a cualquier hospital público de Madrid y el otro es a un hospital concreto.

Insiste el recurrente en la modificación de los pliegos rectores de la contratación, esto es los que regularon el acuerdo marco.

En este momento es necesario transcribir los criterios de valoración establecidos en el acuerdo marco y los establecidos en el contrato basado.

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”

Contrato basado cláusula 6

6. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS Y SU PONDERACIÓN. A.

Criterio Precio Hasta 70 puntos

B. Criterios cualitativos Hasta 30 puntos

1.- Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

Hasta 15 puntos

1.1.-Plan de Contingencia para garantizar el suministro: Hasta 15 puntos

Capacidad de producción y de transporte:

Se valorarán estas capacidades de las empresas adjudicatarias en función de la variable tiempo.

La pandemia Covid19 ha obligado a suministrar volúmenes de oxígeno medicinal muy por encima de los consumos habituales para los Hospitales.

Con objeto de garantizar el suministro en caso de una circunstancia similar, este hospital considera oportuno valorar un plan de contingencia y puntuar este apartado con hasta 15 puntos, estableciéndose una fórmula en función del tiempo de respuesta en horas desde el centro de producción, propiedad del licitador, en el que se alcance una capacidad productiva, igual o superior a 10 veces el consumo nominal estimado para este Hospital en esta licitación.

Se valorará la disponibilidad de plantas de producción (Unidades de Separación del Aire) con un tiempo de suministro inferior o igual a 6 horas.

Dichas plantas deberán estar operativas en el momento de la presentación de la oferta y tener una capacidad de producción suficiente para cubrir la cantidad indicada en el párrafo anterior. El tiempo de suministro se calcula a partir de la menor distancia en carretera al centro hospitalario, suponiendo una velocidad constante de 80 km/h (máxima permitida para transporte de MM.PP.), de la siguiente manera (...). (El subrayado es nuestro).

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

2.1 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 de 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: ...”

Podemos apreciar, tal y como considera el órgano de contratación que 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.

El recurrente mantiene en todo momento en su recurso la consideración de los pliegos de condiciones que rigieron el acuerdo marco como *lex contractus*, invocando la doctrina *qua si lo admite*, pero nada dice de la posibilidad de haber impugnado los pliegos de condiciones que rigen este contrato basado, máxime cuando, por un lado estamos ante un criterio que valora no solo el transporte sino la producción y cuando además era conocida por las empresas del sector la construcción y puesta en marcha de la planta de Torijas por parte de Linde, ya que esta planta fue inadmitida en la licitación del contrato basado en el mismo acuerdo marco, en esta ocasión para el

suministro de gases al Hospital U. Príncipe de Asturias (número de expediente 64/23) según resolución de este Tribunal número 414/2023 de 30 de noviembre de 2023, del que el recurrente fue interesado y en consecuencia notificado.

El adjudicatario en su escrito de alegaciones coincide plenamente con la postura del órgano de contratación y manifiesta al Tribunal que la planta de Torija si se presentó como planta de producción en el momento de licitar al acuerdo marco del que se deriva el presente contrato. A este respecto incluye documentación que así lo acredita.

Por todo lo cual consideramos que no estamos ni ante una modificación de la inicial oferta ni ante una modificación de los pliegos rectores del acuerdo marco, sino ante la licitación de un contrato basado con sus propios criterios de valoración que no habiendo sido impugnados se convierten en *lex contractus*. A mayor abundamiento nos encontramos enjuiciando un criterio de valoración que no figuraba entre los establecidos en el acuerdo marco, por lo que no pudieron recibir oferta alguna.

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 legal de Carburos Metálicos contra la Resolución de la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina de 13 de mayo de 2024, por la que se adjudica los Lotes 1 y 2 del contrato basado en el Acuerdo Marco PA SUM 20/2022 para el “Suministro de gases medicinales líquidos con destino al Hospital Universitario Infanta Cristina número de expediente AM PA SUM 20/2022.

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. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el 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.