

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

En Madrid, a 14 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.A.M., con fecha 24 de abril, en nombre y representación de la empresa INSTITUTO TECNOLÓGICO PET S.A. contra el Acuerdo de 8 de abril de 2013 de la Mesa de Contratación, por la que se la excluye de la licitación en el expediente de contratación “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21 y 25 de febrero de 2013, se publica en el BOE y en el BOCM, respectivamente, la convocatoria pública para la adjudicación del contrato de “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar con pluralidad de criterios, y con valor estimado de 4.750.590 euros.

De acuerdo con lo dispuesto en el punto 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto la adquisición de “Material radioactivo para Medicina Nuclear: Fludesoxiglucosa (18-FDG) viales multidosis” con destino a los siguientes hospitales del Servicio Madrileño de Salud: Hospital Clínico San Carlos, Hospital Universitario de Getafe, Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda; Hospital Universitario 12de Octubre, Hospital Universitario La Paz y Hospital Universitario Gregorio Marañón.

Asimismo establece el PCPA en el punto 3 del Anexo I:

Tipo de presupuesto: máximo estimado

Base imponible: 2.375.295,00 euros

Importe del I.V.A.: 95.011,80 euros

Importe total: 2.470.306,80 euros

| DESCRIPCION | Cantidad mCi | Precio Unitario sin IVA | TOTAL BASE IMPONIBLE | Importe IVA | IMPORTE TOTAL CON IVA |
|---|-----------------|----------------------------------|----------------------------|----------------|-----------------------------|
| FLUDESOXIGLUCOSA 18F (18-FDG) VIALES MULTIDOSIS | 140.550 | 16,9 | 2.375.295,00 | 95.011,80 | 2.470.306,80 |

Añadiendo a continuación:

“1. La unidad de adquisición es 10 mCi (millicurie) en el momento de la calibración hospitalaria.

2. En el precio del medicamento estará incluido el precio de distribución a los hospitales, independientemente de la cantidad solicitada”.

Cabe destacar que la cláusula 11 C) del PCAP al regular la documentación a incluir en cada uno de los sobres señala respecto del sobre N° 3 “PROPOSICIÓN ECONÓMICA”. *Este sobre contendrá la proposición económica, que se presentará*

redactada conforme al modelo fijado en el anexo II al presente pliego, no aceptándose aquellas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido”.

Por último interesa exponer a efectos del presente recurso que de acuerdo con el apartado 6 del punto B del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) “Se garantizará el envío de 2 mCi adicionales por cada unidad de adquisición (10 mCi), como margen de seguridad para la manipulación requerida en la dosificación final”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro licitadoras entre ellas la recurrente, según certificado del SERMAS que obra en el expediente administrativo.

El día 8 de abril se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura de los sobres que contenían las ofertas técnicas y económicas, acordando excluir la oferta de la recurrente por superar el presupuesto base de licitación en todos sus apartados. En concreto consta que la recurrente, oferta llevar a cabo la prestación objeto del contrato, por un importe total de 17.531.869,68 euros que desglosa de la siguiente forma:

| CANTIDAD mCi | Precio Unitario sin IVA | TOTAL BASE IMPONIBLE | Importe IVA | IMPORTE TOTAL CON IVA |
|-----------------|-------------------------------|----------------------------|----------------|-----------------------------|
| 140.550 | 119,94 | 16.857.567 | 674.302,68 | 17.531.869,68 |

En el mismo acto se acuerda elevar propuesta de adjudicación al órgano de contratación a la empresa Petnet Solutions por importe de 1.293.622,20 euros, resultando clasificada en segundo lugar la UTE IBA MOLECULAR Spain S.A. y Molypharma, con una oferta de 1.680.978 euros.

Tercero.- Contra el indicado Acuerdo la empresa Instituto Tecnológico Pet interpone recurso especial en materia de contratación ante el SERMAS el día 25 de abril de 2013, que remitió el expediente de contratación junto con el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, a este Tribunal el día 30 de abril.

La recurrente aduce que incurrió en un error manifiesto en la oferta realizada, derivado de la confusión en la lectura de los pliegos, que indistintamente se refieren a la realización del suministro en función de milicurios y en función de dosis de 10 milicurios, como consecuencia de lo cual elaboró su oferta considerando que las prestaciones del contrato consistían en el suministro de 140.550 dosis de 10 milicurios en lugar de 140.550 milicurios de 18-FDG. Añade que aunque posteriormente se percataron del error el mismo persistió en la oferta económica, considerando que el mismo es un error de transcripción siendo el importe consignado 10 veces superior al precio con el que se pretendía concurrir a la licitación, sin que el órgano de contratación le diese oportunidad de corregir o explicar el defecto, teniendo posibilidad de determinar el precio cierto de la oferta mediante la división del importe que se consigna entre diez.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, después de hacer un relato fáctico de los hechos afirma que la Mesa de contratación en ningún caso podía admitir la proposición de la recurrente en cumplimiento de lo dispuesto en el PCAP, y en el artículo 145 del TRLCSP.

Cuarto.- Con fecha 3 de mayo se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación, sin que se haya presentado escrito de alegaciones por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial por tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se documenta la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 8 de abril de 2013, y el recurso se interpuso ante el órgano de contratación el día 25 del mismo mes.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- Se aduce por la recurrente que si bien cometió un error en su oferta económica que determinó que la misma excediera el presupuesto máximo de licitación se trata de un error de transcripción fácilmente subsanable.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por otro lado el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

En relación con el objeto del recurso planteado resulta claro, sin que se aprecie oscuridad en los pliegos, -por otra parte no invocada por la recurrente-, que el presupuesto máximo de licitación, que no puede ser sobrepasado por las ofertas

presentadas, asciende a 2.470.306,80 euros y resulta obvio asimismo que la recurrente excedió en su oferta dicho presupuesto. Sin embargo, este Tribunal considera que tal situación es debida a un error de cálculo o aritmético consistente en la multiplicación por 10 de todos los precios ofertados al entender la recurrente inicialmente que la oferta debía realizarse en función de cada unidad de medida a suministrar (miliculio), siendo fácilmente resoluble mediante la división entre 10 de todas las cantidades que conforman la oferta; constituyendo errores que, de acuerdo con consolidada doctrina sentada entre otros en Informe 5/1999, de 24 de noviembre, 4/2007 o 3/2009, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, sería subsanable.

Además, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGCAP, más arriba transcrito, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo).

La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 10 de diciembre de 2009, Caso Antwerpse Bouwwerken NV contra Comisión Europea. (STJE 2009\386) señala que es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime las ofertas sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. *“Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, reconocerle, en tales circunstancias, una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del*

Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartados 37 y 38).”

Por otro lado de la jurisprudencia se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

En conclusión, este Tribunal considera que con carácter general cuando las ofertas económicas excedan del importe máximo de licitación deberán ser rechazadas, correspondiendo al Órgano de Contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos queda clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición.

Por lo tanto, a la vista del error padecido por la recurrente en la proposición económica, a la Mesa de contratación se le plantean dos opciones, o bien rechazar

automáticamente la oferta o bien solicitar aclaraciones al licitador, habiendo señalado la junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, en su Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008 [JUR 2008, 342037] la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP, cuando señala que *“Determinada por la Mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado (...)”*

En este caso, a juicio de este Tribunal, no se produce una inconsistencia interna de la oferta que obligaría a la Mesa a rechazar la proposición de la recurrente, dado que como más arriba se ha indicado se trata de un simple error fácilmente constatable y susceptible de corrección, previa aclaración, mediante una simple operación aritmética consistente en dividir por diez, el importe de los conceptos ofertados, que no implica a juicio de este Tribunal, falseamiento de la oferta, de la concurrencia o fraude alguno en las condiciones de igualdad en que deben concurrir los licitadores.

Se considera, por tanto, que la Mesa de contratación debía haber solicitado una aclaración de la oferta como una exigencia derivada de los principios de buena fe administrativa y proporcionalidad, y una vez realizada la misma en los términos expuestos en el recurso, dada la evidencia del error padecido, admitir la oferta de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por Doña M.A.M., con fecha 24 de abril, en nombre y representación de INSTITUTO TECNOLÓGICO PET S.A. contra el Acuerdo de 8 de abril de 2013 de la Mesa de Contratación, por la que se la excluye de la licitación en el expediente de contratación “Suministro de material radioactivo para medicina nuclear. Fludesoxiglucosa, 18F (18 FDG) viales multidosis con destino a varios Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, declarando que procede retrotraer el procedimiento de licitación al momento en que la oferta de las recurrente fue inadmitida, para su admisión y valoración.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada en sesión del día 8 de mayo de 2013.

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.

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 49 del TRLCSP.