

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

En Madrid, a 17 de junio de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por doña M.E.M., en nombre y representación de Cook España, S.A. contra la Resolución de adjudicación del Director Gerente Atención Especializada Área V, del Servicio Madrileño de Salud, del contrato: “Suministros de material sanitario: catéteres y guías”, nº expediente 2014-0-15, Lote 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 18 y 27 de diciembre de 2014 y 7 de enero de 2015, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de suministro de material sanitario: catéteres y guías, promovida por el Servicio Madrileño de Salud (Hospital Universitario La Paz) a adjudicar por procedimiento abierto y criterio precio. El contrato tiene un valor estimado de 747.811,96 euros, un plazo de ejecución de veinticuatro meses y se divide en siete lotes, de los cuales solo es objeto de recurso la adjudicación del lote 2.

Segundo.- Interesa destacar que de acuerdo con el Pliego de Prescripciones

Técnicas (PPT) el objeto del lote 2 del contrato es *“Catéter balón 7FR P/extracción cálculos pro CPRE. Triple canal. P/Guía de 0,035 y balón de 14 mm. de diámetro mínimo estéril balón de extrema durabilidad. Diseño redondeado para evitar riesgos de perforación. Dos marcadores de platino radiopaco para fácil control RX. Alto flujo de contraste”*.

A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas para el lote 2 entre ellas, la recurrente. Consta en el informe de valoración técnica que los productos ofertados por dos de las licitadoras no cumplían con los requisitos exigidos en el PPT, no haciéndose ninguna observación en cuanto al incumplimiento por parte de Cook España, respecto de cuya oferta solo se marca la casilla *“Cumple... (SI)”*.

La apertura de la documentación económica tuvo lugar el 25 de febrero de 2015, procediéndose a la lectura en acto público de las valoraciones técnicas obtenidas por los licitadores, tal y como consta en el acta correspondiente. En dicho acto se comprueba que se ha producido un empate entre las dos ofertas que quedaban en el procedimiento, por lo que, con fecha 26 de febrero, se requirió a ambas empresas para que aportaran, a los efectos de desempate, la documentación a que hace referencia la Cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Con fecha 2 de marzo, Cook España remite la documentación solicitada, en concreto: declaración de asumir la obligación de contar con al menos un 2% de la plantilla de trabajadores discapacitados, un certificado de la Tesorería de la Seguridad Social sobre la media anual de trabajadores contratados en los últimos 3 años, así como un certificado de la Fundación Adecco en el que se hace constar que la empresa ha realizado un aportación dineraria a dicha entidad de 9.585,19 euros y un certificado de fecha 25 de noviembre de 2013 del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el que se hace constar que Cook España cuenta con la declaración de excepcionalidad y adopción de medidas alternativas a la obligación de establecer una cuota de reserva del 2% a favor de trabajadores con

discapacidad.

Por su parte la empresa adjudicataria presenta una declaración responsable de que en el caso de ser adjudicataria asumirá la obligación de contar con, al menos, un 2% de la plantilla de trabajadores discapacitados, en la que también indica que en la actualidad cuenta con 9 trabajadores con contrato fijo y que el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido es del 100%. En la misma declaración manifiesta que la empresa no está acogida a la inserción regulada en la Ley 44/2001, de 13 de diciembre, aunque cumple algunos de sus objetivos, como no realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social, para concluir describiendo determinadas características atinentes a la calidad del producto que oferta.

Tercero.- Una vez analizada dicha documentación, tal y como se expone en el Acta correspondiente al acto público celebrado el 25 de marzo de 2015, se da cuenta de la persistencia del empate por lo que se procede al sorteo, indicando *“al lanzar la moneda cae cruz, correspondiendo la adjudicación del lote nº 2 a la empresa Cook España”*, acordando elevar la propuesta de adjudicación a favor de la misma al órgano de contratación.

Consta en el expediente un informe del Jefe de Servicio de Aparato Digestivo fechado el 7 de abril de 2015, en el que se indica que: *“De las casas comerciales que se han presentado creemos que la de MTW es la que tiene mejores características técnicas”*, que explica, considerando que las mismas tienen una incidencia positiva de cara a evitar que el paciente deba ir a quirófano. Concluye solicitando que el informe sea tenido en cuenta a la hora de resolver.

A la vista de dicho informe con fecha 8 de abril, el Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, dirige un escrito a la Subdirectora de Gestión Económica, en el que manifiesta que va a hacer uso de la posibilidad de separarse de la propuesta de la Mesa de contratación, por lo que debe procederse a realizar

los trámites precisos para adjudicar el contrato a MTW.

Por último el 5 de mayo de 2015 se dicta Resolución de adjudicación del contrato a la indicada empresa, lo que se comunica a la recurrente el día 11 de mayo siguiente.

Cuarto.- Con fecha 27 de mayo, previa la presentación del anuncio a que se refiere 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), se presentó recurso especial ante este Tribunal, que ese mismo día requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente y el informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el recurso, se solicita la nulidad de la Resolución recurrida y que se retrotraigan las actuaciones administrativas hasta el momento de dictar resolución de adjudicación del lote a su favor. Fundamenta su pretensión argumentando que si bien nada impide al órgano de contratación separarse de la propuesta de adjudicación, en aras a adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, ello solo puede hacerse teniendo en cuenta los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, en este caso el precio únicamente.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, que tuvo entrada en este Tribunal junto con el expediente administrativo el día 8 de junio de 2015, señala que la afirmación de la recurrente en cuanto que de acuerdo con el artículo 160.2 del TRLCSP, el órgano de contratación puede apartarse de la propuesta de la Mesa pero solo para adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, no es correcta puesto que dicho precepto solo obliga a motivar la resolución en el caso de que se produzca dicha separación. En todo caso añade respecto a qué debe considerarse como la oferta económicamente más ventajosa que: *“Teniendo en cuenta que la actuación de los poderes públicos debe, en primer lugar, velar por el interés público, y ‘...asegurar, en*

conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos ...' (Art. 1 de TRLCSP), el Órgano de Contratación, sin perjuicio de tener presente el precio más bajo, y el resultado del sorteo, debe, inexcusablemente, poner por delante el interés general que atañe, en este caso, a la eficiente utilización de los recursos públicos y a la mejor atención a los pacientes que evite, en la medida de lo posible, efectos no deseados o riesgos evitables”.

Quinto.- Con fecha 3 de junio, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de los interesados con fecha 8 de junio, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días para formular alegaciones, habiéndose recibido escrito de alegaciones de la adjudicataria en las que pone de manifiesto la calidad de su producto, del que es suministrador al Hospital La Paz desde hace años, a total satisfacción del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto 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 para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de personas jurídicas *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.*

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Habiéndose producido la notificación de la Resolución de adjudicación a la recurrente el día 11 de mayo de 2015 y siendo interpuesto el recurso el día 27 de mayo, el mismo se presentó en plazo.

Cuarto.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de suministro, sometido a regulación armonizada al ser su valor estimado de 747.811,96 euros y por lo tanto susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Respecto del fondo del asunto, se concreta en la procedencia de adjudicar el contrato a una empresa cuya oferta no había sido propuesta por la Mesa de contratación como adjudicataria.

Como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, debemos en todo caso partir del carácter vinculante de los pliegos que establece el artículo 145 del TRLCSP para los licitadores cuando señala que: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, obligación que como es obvio, también es predicable respecto del órgano de contratación.

En este caso, son dos los aspectos de los pliegos que en principio vinculan al órgano de contratación, en primer lugar el sistema de desempate previsto y en segundo lugar la elección, como criterio de adjudicación únicamente del precio.

El artículo 160 del TRLCSP, permite al órgano de contratación separarse de la propuesta efectuada por la Mesa de contratación, mediante la adecuada motivación de la decisión, cuando afirma en su apartado 2 que *“La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.”*

De esta forma no le falta al órgano de contratación razón cuando afirma que el único requisito que exige el artículo 160.2 para separarse de la propuesta de la Mesa es el de motivar tal decisión, pero no lo es menos que la posibilidad de separarse del criterio de la Mesa de contratación, no autoriza al órgano de contratación a no tener en cuenta el resto de los principios y requisitos que la Ley exige para la adjudicación de los contratos del sector público y muy especialmente el de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, que constituye el pilar básico sobre el que se asienta la compra pública. Así, se recoge en la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, C31/87 y en el artículo 150 del TRLCSP.

Ahora bien con el objeto de determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa, corresponde al órgano de contratación definir qué criterios de adjudicación tendrá en cuenta, que tal y como señala la Sentencia EVN y Wienstrom de 4 de diciembre de 2003, C-448/01: *“Tal y como se indica en según jurisprudencia reiterada, la elección de la oferta económicamente más ventajosa deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, siempre que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 19 y 26; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 36 y 37, y Concordia Bus Finland, antes citada, apartados*

59 y 61)”. *“Siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.”*

Por su parte el artículo 150.1 del TRLCSP vincula directamente, como no podía ser de otro modo, la elección de la oferta económicamente más ventajosa con los criterios que sirven de base para su selección al afirmar: *“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, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.*

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

De esta forma se completa el bloque normativo, de manera que el órgano de contratación siempre debe, aplicando los criterios de valoración establecidos en los pliegos, adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, pudiendo eso sí separarse del criterio de la Mesa apreciando y motivando que la oferta propuesta no es la económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios establecidos en los pliegos.

Al no haberse establecido criterios de calidad en el PCAP y haberse producido un empate, que no ha sido posible desempatar con los criterios de la cláusula 15 de PCAP, y procediendo el sorteo, solo cabe adjudicar el contrato a la empresa que ha resultado favorecida por el mismo o bien separarse del criterio de la Mesa, pero eso sí fundamentando la separación en elementos atinentes a los criterios de adjudicación previstos en el pliego, que no olvidemos constituye la ley del contrato, tanto para los licitadores, como para el órgano de contratación y que en este caso no es la calidad, sino el precio.

En todo caso atendiendo a las consideraciones del informe del Jefe de Servicio de Aparato Digestivo, si la calidad del producto era fundamental, se deberían haber establecido en el PCAP criterios tendentes a su ponderación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por doña M.E.M., en nombre y representación de Cook España, S.A. contra la Resolución de adjudicación del Director Gerente Atención Especializada Área V del Servicio Madrileño de Salud, del contrato: “Suministros de material sanitario: catéteres y guías” nº expediente 2014-0-15, Lote 2, debiendo anularse dicha Resolución y retrotraerse las actuaciones al momento previo a la adjudicación del contrato al objeto de proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 152.2 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 TRLCSP.