

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don S.G.B., en nombre y representación de la compañía ST Jude Medical España, S.A. contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada, de fecha 7 de octubre de 2013, por la que se acuerda la adjudicación del contrato de “Suministro de marcapasos, desfibriladores y electrodos”, derivado del Acuerdo Marco P.A. 15/2012, para el citado Hospital, Expte. nº 13/00001, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de febrero de 2013, se adjudicó el Acuerdo Marco 15/2012, para la contratación del suministro de marcapasos, desfibriladores y electrodos con destino a los Hospitales dependientes del SERMAS, entre otras a la empresa ST Jude Medical España, S.A.

El 29 de abril de 2013 el Director General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos del SERMAS, dictó una

Instrucción de ejecución del Acuerdo Marco 15/2012, de la que conviene destacar a los efectos de este recurso que *“La adjudicación y contratación final se efectuará sobre la base de los criterios que se establezcan conforme a la previsión contenida en el apartado c) de la indicada Cláusula 34 del PCAP y Anexo XII del PCAP. En la aplicación del criterio precio, el cómputo de las bajas se efectuará mediante la comparación del precio unitario de licitación y el ofertado finalmente en el procedimiento que tramite cada centro (...).”*

Con fecha 13 de junio de 2012, se procedió a invitar a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco para que presentaran su oferta técnica y económica para la segunda fase del Acuerdo Marco para la adquisición de productos por el Hospital Universitario de Fuenlabrada, por importe de 569.372 euros, de acuerdo con las Condiciones Generales de Licitación (CGL), que se adjuntaron con la indicada invitación.

En el punto relativo a las ofertas y criterios de valoración de las CGL se atribuye el 70% de la puntuación a la oferta económica más ventajosa de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PL = 70 \times \frac{BL}{BM}$$

PL = Puntuación otorgada al licitador.

BM = Mayor baja de todas las ofertas válidas presentadas.

BL = Baja del licitador.

Baja = Precio de licitación – Oferta económica del licitador (que deberá ser igual o inferior a la ya ofertada en el Acuerdo Marco).

Las adjudicatarias del Acuerdo Marco presentaron ofertas a esta segunda fase de licitación, adjudicándose el contrato a las empresas Sorin Group España S.L. y St Jude Medical Spain S.L., cada una para distintos lotes, mediante Resolución del Gerente del Hospital de 1 de agosto de 2013.

Con fecha 23 de agosto Boston Scientific S.A., presentó recurso especial en materia de contratación, contra tal adjudicación, que fue estimado mediante Resolución 137/2013 de 19 de septiembre. Dicho recurso se fundamentaba en la incorrecta admisión de la oferta de la ahora recurrente y de la empresa Sorin Group, al contener ambas variantes no previstas, estimándose dicha argumentación por este Tribunal que consideró que *“Respecto de la oferta de St Jude Medical, después de hacer constar en la misma el precio unitario para cada producto, detalla los diferentes r  pelles que puede ofrecer al Hospital, que oscilan entre el 12,4% y el 46,6% especificando que los r  pelles no son acumulables entre sí y que ello supone un r  pel combinado del 37,5% para el conjunto de los lotes pudiendo el Hospital optar por el r  pel indicado para cada lote o por el r  pel combinado.*

Esta oferta supone asimismo a juicio de este Tribunal una oferta principal y unas variantes en función de la contratación conjunta o no de distintos lotes, de manera que el precio ofertado es incierto, pues depende de los lotes adjudicados, y la oferta no es única, sino que contiene dos alternativas, como hemos visto no permitidas en tanto en cuanto no se recojan en los documentos reguladores de la licitación.”

Debe destacarse que con fecha 10 de septiembre se concedió a los interesados trámite de audiencia, sin que se presentaran alegaciones por la empresa ST Jude Medical S.A., ahora recurrente.

En ejecución de la Resolución 137/2013, el órgano de contratación después de dejar sin efecto la adjudicación a ST Jude y Sorin Group, dictó una nueva Resolución de adjudicación el día 8 de octubre de 2013, excluyendo las ofertas con variantes económicas, presentadas por ST Jude.

Segundo.- La recurrente interpone recurso contra dicha Resolución el día 25 de octubre de 2013, argumentando que la misma es nula por cuanto el Hospital ha puntuado las ofertas económicas presentadas por los licitadores apartándose de la

fórmula prevista en el Acuerdo Marco para los contratos derivados, puesto que en el apartado C) de la cláusula 34 del pliego del indicado Acuerdo se define la mayor baja sobre todas las ofertas válidas presentadas en el Acuerdo Marco, mientras que el órgano de contratación ha aplicado en la fórmula la mayor baja de todas las ofertas presentadas al contrato derivado.

Esta argumentación es idéntica a la hecha valer en el recurso interpuesto también por ST Jude Medical S.A., contra la adjudicación de un contrato derivado del mismo Acuerdo Marco, pero esta vez del Hospital Universitario de Móstoles, que se resolvió el 19 de septiembre de 2013, inadmitiendo el recurso por extemporáneo. Si bien en este caso se aduce que no fue hasta la interposición por Boston del Recurso Especial cuando ST Jude tuvo conocimiento de la Instrucción de ejecución del Acuerdo Marco 15/2012 de 29 de abril de 2013, lo que alega le ha producido indefensión y justifica la presentación de su oferta con variantes en el convencimiento de que con dicha aplicación se producirían empates entre las diferentes ofertas, por lo que considera que tal defecto sería invalidante no solo de la resolución de adjudicación, sino también de todo el procedimiento de contratación por cuanto, de haberse conocido antes, ST Jude hubiera presentado una oferta distinta.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitido junto con el expediente administrativo el día 29 de octubre, se limita a afirmar que la Resolución de adjudicación se ha dictado de acuerdo a las fórmulas previstas en el pliego, así como a cuanto establecían las instrucciones del Servicio Madrileño de Salud, institución que es la que elabora y dicta el Acuerdo Marco del que trae causa el expediente de contratación.

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.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de suministros derivado de un Acuerdo Marco, por importe superior a 200.000 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.

Tercero.- Especial examen merece la concurrencia en la recurrente el requisito de legitimación para interponer recurso especial, en los términos del artículo 42 del TRLCSP *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, a la vista de las pretensiones hechas valer por la misma y los motivos en que se sustentan.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende*

articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252] , F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173] , F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).”

Una vez expuesta la anterior doctrina, podemos abordar ya el examen de la cuestión planteada respecto del presente recurso. En concreto en el recurso se solicita que se anule la adjudicación del contrato por incorrecta valoración de las oferta de todos los licitadores, siendo así que la oferta de la recurrente no fue admitida por efecto de la ejecución de la Resolución 137/2013 de este Tribunal por considerar que presentaba variantes no permitidas en los pliegos

A la vista de lo anterior en nada afecta, o beneficia, la anulación de la adjudicación del contrato a la ahora recurrente, ya que la exclusión de aquella en una fase anterior del procedimiento en principio no permitiría la revisión de su valoración conforme a nuevos parámetros en el mismo procedimiento de licitación, lo que determinaría la inadmisión de este recurso por falta de legitimación activa.

Debe sin embargo considerarse que la recurrente solicita también la nulidad de todo el procedimiento de lo que sí podría deparársele un beneficio al poder concurrir a la nueva licitación que en su caso se convocase. Para ello aduce indefensión derivada del desconocimiento de la Instrucción de ejecución del Acuerdo Marco de 29 de abril de 2013, ya que conforme a la misma el órgano de contratación ha interpretado la fórmula de manera distinta a la prevista tanto en el pliego como en la invitación, al haber calculado el denominador BM, no como la mayor baja de todas las ofertas válidas presentadas en el Acuerdo Marco, sino como la mayor baja de todas las ofertas válidas presentadas en el contrato derivado .

Sin embargo, y sin necesidad de profundizar en la cuestión, lo que implicaría entrar al fondo del asunto, tal argumentación no es sostenible en modo alguno puesto que, amén de que la Instrucción era de contenido interno y no tenía por qué ser trasladada a los licitadores, lo cierto es que su contenido se ha recogido en las Condiciones Generales de Licitación (CGL), que se adjuntaron con la invitación a licitar y sobre la base respecto de la que la recurrente realizó su oferta.

Efectivamente la cláusula 34 del PCAP regulador del Acuerdo Marco 15/2012, señala que la adjudicación de los contratos basados en el mismo se llevará a cabo con arreglo al procedimiento descrito en el artículo 198.4 del TRLCSP, de acuerdo con las prescripciones que expone a continuación, recogiendo respecto del criterio precio que el mismo tendrá un peso del 70% de los puntos a asignar según la fórmula: $PL = 70 \times \frac{BL}{BM}$.

Se ofrece a continuación una definición de cada uno de los elementos de la misma, siendo el controvertido en relativo a la mayor baja, que se define del siguiente modo: “*BM=Mayor baja de todas las ofertas válidas presentadas en el ACUERDO MARCO*”. Debe también recogerse la definición que en esta misma cláusula se ofrece del concepto “*Baja: = Precio de licitación – Oferta económica del licitador (que deberá ser igual o inferior a la ya ofertada en el Acuerdo Marco)*.”

Sin embargo, el documento de Condiciones Generales para la Licitación de los contratos derivados del Acuerdo Marco al recoger la fórmula de valoración del precio, define la mayor baja que constituye el divisor de aquélla, como “BM = Mayor baja de todas las ofertas válidas presentadas”, sin hacer referencia alguna a las ofertas del Acuerdo Marco. Por lo tanto, en este documento ya estaban fijadas las condiciones de valoración de las ofertas económicas, por lo que no cabe alegar su desconocimiento para fundamentar la nulidad de todo el procedimiento y permitir una nueva licitación. Además la presentación de la oferta supone, en aplicación del artículo 145 del TRLCSP, la aceptación de las condiciones de la licitación y no habiendo sido recurrido en su momento el documento de condiciones generales, debe estarse a su contenido.

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 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por Don S.G.B., en nombre y representación de la compañía ST Jude Medical España, S.A. contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada, de fecha 7 de octubre de 2013, por la que se acuerda la adjudicación del contrato de “Suministro de marcapasos, desfibriladores y electrodos”, derivado del Acuerdo Marco P.A. 15/2012, para el citado Hospital, Expte. nº 13/00001, por falta de legitimación activa.

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.