

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 4 de abril de 2024, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Nippon Gases S.L.U., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Infanta Leonor de fecha 8 de febrero, por la que se adjudica el contrato basado de “Suministro de gases medicinales” (A.M. SUM/20/2022) en sus dos lotes a la empresa Linde Gas España número de expediente 2024-04-001 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicado el día 9 de febrero e invitación directa a los adjudicatarios del acuerdo marco mencionado, se convocó la licitación del contrato basado que nos ocupa mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.045.100 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la invitación presentaron oferta cinco licitadores, entre los que se encuentra

el recurrente.

Segundo. - Interesa destacar a los efectos de resolver este recurso la cláusula 6 del PCAP del contrato basado que nos ocupa:

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

“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. Durante los días más críticos de la pandemia Covid19, abril 2020, este hospital llegó a consumir 112.107 m3 de oxígeno medicinal, siendo la media mensual de los 12 meses anteriores de 49.429 m3.

En prevención de una circunstancia similar y con el fin de garantizar el suministro, este hospital considera oportuno valorar un plan de contingencia y puntuar las ofertas con hasta 15 puntos, estableciéndose para valorar este criterio una fórmula en función del tiempo de respuesta en horas, con un decimal, desde el centro de producción o almacenamiento, propiedad del licitador, más próximo a este Hospital, en el que se alcance una capacidad productiva o de almacenamiento, igual o superior a 10 veces el consumo nominal estimado para este Hospital en esta licitación. A efectos del cálculo de la capacidad productiva de oxígeno y nitrógeno líquidos se computarán las plantas de separación de aireo almacenamiento, situadas en territorio nacional, en las que el licitador pueda acreditar la titularidad sobre una parte o sobre la totalidad de la producción actual del centro, y en estado operativo en el momento de presentación de la oferta. Se acreditará la titularidad sobre las

plantas de separación de aireo almacenamiento, mediante declaración en documentos oficiales de la capacidad productiva, donde se haga constar la dirección exacta del establecimiento al que se hace referencia. La distancia de planta a hospital será la proporcionada por un dispositivo/navegador convencional en base a ruta por carreteras convencionales... (el subrayado es nuestro).

Tercero. - El 29 de febrero de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Nippon Gases de España S.L.U., (Nippon en adelante) en el que solicita la anulación de la adjudicación por no haber sido valorados los criterios de adjudicación conforme a su formulación.

El 8 de marzo de 2024 el órgano de contratación remitió el 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 Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario 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 Linde Gas España S.L., (Linde en adelante) presentó escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta resolución.

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 el 8 de febrero de 2024, notificado al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 29 de febrero de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato basado sobre un acuerdo marco, siendo el valor estimado de dicho contrato basado superior a 100.000 euros umbral que se establece para los contratos de suministro y en consecuencia 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 Nippon considera que la calificación obtenida por Linde en el criterio de adjudicación: Plan de Contingencia para garantizar el suministro, no es adecuado. Habiendo obtenido la máxima puntuación debería haber obtenido cero puntos.

Justifica sus conclusiones en la propia lectura de la cláusula 6 del PCAP que ha regido la licitación de este acuerdo marco y que se ha transcrito textualmente en el fundamento segundo de hecho de esta resolución. Principalmente su matización se encuentra en que dicho pliego establece como criterio para puntuar el tiempo de

servicio de entrega de los gases al hospital desde el punto de producción y almacenaje en que se encuentren. Pero con un matiz y es la obligación de disponer de 10 veces el consumo del Hospital.

Ante esta obligación y habiéndose expresado el PCAP en todos sus momentos como bianual, se considera que la producción y/o almacenamiento que sirve a la multiplicación por diez es también bianual.

En este punto y considerando los volúmenes de gases de los que se trata, solo podrá ofrecerse el punto de producción de gases, toda vez que no existen en el mercado tanques de almacenamiento capaces de albergar los m³ requeridos.

También por esta razón, en su oferta se dispone el centro de producción de gases y no el almacén sito a pocos minutos del Hospital, puesto que el centro de almacenamiento de Vallecas no cumple la primera condición, albergar el gas necesario bianualmente multiplicado por diez.

Sin embargo, resulta que la calificación no ha tenido en consideración lo establecido en el PCAP, pues ha considerado suficiente un almacén que albergue gases en cantidad de 10 veces el consumo diario, con lo que se traslada la posibilidad de aportar una instalación grande y que se encuentra en las afueras de Madrid a plantas de almacenamiento sitas por toda la ciudad.

Informa que el Anexo 1 al PCAP que contiene el modelo de proposición económica refleja la misma cifra en lo que respecta al consumo estimado del Centro para cada uno de los productos de los dos lotes, siendo de: Lote 1, oxígeno líquido: 1.300.000 m³/kg y lote 2, nitrógeno líquido: 6000.000 m³/kg.

Entender que en la oferta del contrato basado la cantidad a multiplicar por diez es el consumo diario y no el bianual que conforma el valor estimado, es tanto

como entender que se puede utilizar cualquier otra referencia, tal como el consumo semanal, el mensual, el de las botellas de urgencia, etc.

Considera que la mesa no puede separarse de lo establecido en el PCAP siendo doctrina consolidada por todos los Tribunales de Contratación y Tribunales de Justicia que los pliegos son la ley del contrato y que su contenido vincula a todas las partes, entre las que se encuentra el órgano de contratación.

Por todo ello considera que: *“la admisión de la capacidad de almacenamiento ofertada por LINDE en contra de lo previsto en la solicitud de oferta, vulnera los principios de no discriminación e igualdad de trato por cuanto la actual adjudicataria se sitúa en una clara situación de ventaja respecto del resto de los licitadores que ofertaron en base a su capacidad de producción y tras acreditar de forma fehaciente el cumplimiento de la capacidad exigida”*.

Añade en cautela a la posibilidad que puedan plantear tanto el órgano de contratación como el adjudicatario que no sucede lo mismo con la de producción ofertada por el resto de los licitadores, que es una medida dinámica (o continua) que puede aumentar en el tiempo (X ton/unidad de tiempo). La capacidad de producción sí que puede ir aumentando en el tiempo porque una mercantil puede producir 100 m³ al día, 3.000 m³ al mes, etc., por lo que una producción diaria o anual, sí que permite calcular la producción bianual, sin mayor dificultad.

Invocando numerosa doctrina considera que la valoración de la oferta de Linde no se ha efectuado de conformidad con lo establecido en el PCAP y en consecuencia debe ser valorado dicho criterio de adjudicación con cero puntos.

Admite también que pueda existir oscuridad en la redacción del PCAP y que siendo, hasta cierto punto lógico, que en un contrato basado que alberga un criterio relativo la rapidez en el servicio, debe primar el consumo inmediato, en ese caso, debe anularse toda la adjudicación y aclararse en unos nuevos PCAP que es en

verdad lo que se pretende puntuar, si la distancia desde el centro de producción o la distancia desde el centro de abastecimiento y todo ello en relación a los volúmenes de gases que se requieren.

El órgano de contratación considera que según el texto de la cláusula 6.B.1.1 del PCAP, ya transcrita en el fundamento segundo de derecho de esta resolución, no se pretende que tengan almacenadas las capacidades de consumo bianual multiplicado por diez, pues esa pretensión sería totalmente abusiva e innecesaria.

Mantiene que la opción de Linde de presentar el almacenaje para el consumo diario multiplicado por diez es suficientemente garantista con lo requerido en el acuerdo marco y en este contrato basado.

Considera que el hecho de que el informe de valoración para las ofertas presentadas por las empresas se exprese en dato anual y no diario, obedece a uniformar la citada información para esta modalidad, en cambio se expresó en días la capacidad de almacenamiento, ya que, como se ha indicado anteriormente, es extremadamente desproporcionado pensar, que se puede almacenar lo necesario para un consumo anual.

Manifiesta también que ninguna desventaja se crea con respecto a la empresa que opto por acreditar el almacenamiento puesto que lo relevante para la puntuación de este criterio es la distancia entre el punto de producción o almacenamiento y todos los licitadores eran libres de poder aportar su capacidad productiva o de almacenamiento.

El adjudicatario, Linde manifiesta en su escrito de alegaciones en primer lugar que el propio Acuerdo Marco tramitado, que hoy sirve para la licitación del contrato basado que nos ocupa establecía la importancia de definir de forma específica los planes de contingencia individualizados y establecer soluciones de control y monitorización del producto.

Considera asimismo que la posibilidad de aportar centros de producción o de almacenamiento es una opción de cada uno de los licitadores, pues la valoración se concreta en la distancia hasta los centros hospitalarios.

Defiende la claridad del texto de la cláusula 6.B.1.1 del PCAP e invoca la doctrina de vinculación de los pliegos de condiciones, recordando que en caso de desacuerdo debería haber impugnado dicho documento.

Justifica la valoración efectuada en la discrecionalidad técnica y en el efecto útil de valoración correcta de las ofertas sin apreciarse en este ningún error y menos aún arbitrariedad.

Por último, no considera que exista oscuridad en la redacción del PACP, ni tampoco consulta alguna de los licitadores sobre la cuestión que nos ocupa. El intentar en este momento cambiar la redacción de dicha cláusula solo pone de manifiesto la intención de impugnación extemporánea del PACP.

Recuerda que esta licitación no se encuentra suspendida en base a lo establecido en el art. 53 de la LCSP que establece que tratándose de la impugnación de la resolución de adjudicación de contratos basados en acuerdo marco o específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición no se produce dicho efecto de manera automática, debiendo, en su caso solicitarse las medidas cautelares previstas en el art. 56.3 LCSP.

Finalmente solicita la imposición de multa a la recurrente en cuantía de 10.000 euros.

Vistas las posiciones de las partes nos enfrentamos a una controversia fundamentada en redacción de la cláusula 6.B.1.1. Del PACP, en el que de forma indubitada puntuará la distancia desde el centro de producción o almacenamiento

aportado por cada licitador hasta alguno de los dos centros hospitalarios promotores del servicio.

El problema radica en que la cautela de contar con un suministro del consumo bianual multiplicado por diez, forma parte del enunciado del criterio de adjudicación. Formando parte de este, se entiende que el centro aportado puede ser capaz de producir o almacenar hasta diez veces el consumo, cualidad que solo se dará en centros productivos y no en centros de almacenaje. Siendo como bien reconoce el propio órgano de contratación imposible, excesivo y absurdo dicho almacenaje en esos volúmenes.

Parece que la intención del órgano de contratación era asegurar el almacenaje del consumo diario multiplicado por diez, pero queda en eso, una intención, pues la realidad es la que se encuentra escrita y escrito esta que la condición es el volumen bianual multiplicado por diez.

De hecho, el propio órgano de contratación reconoce su sorpresa ante la aportación por parte del recurrente de su centro de producción y no del centro de almacenamiento que posee a escasos minutos del centro hospitalario, dicha sorpresa podía haber indicado la existencia de un error o incongruencia en el PCAP, momento en el que debía haber sopesado la modificación del PCAP y la adecuación del texto de la cláusula 6.B.1.1. a la verdadera necesidad de suministro.

Llegados a este punto la interpretación de dicha cláusula que encierra el criterio de adjudicación que motiva este recurso debe interpretarse tal y como establece el Código Civil que en su artículo 1.281 señala que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Recordemos que la solicitud de disponibilidad del consumo habitual multiplicado por diez y referenciado a los dos años de duración del contrato se encuentra justificado y motivado por el órgano de contratación en la propia clausula 6.B.1.1. del PCAP.

Por último, el Código Civil establece en su artículo 1.288 que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Por todo lo cual, este Tribunal considera que la forma adecuada de interpretación de la cláusula 6.B.1.1. es la aportación de centro de producción y/o almacenaje que ponga a disposición del hospital promotor de la contratación el volumen bianual de suministro de gases multiplicado por diez. Siendo evidente y admitido por las partes que el centro aportado por Linde no cumple dicho requisito, deberá obtener cero puntos en el mencionado criterio de adjudicación.

Por todo ello se resuelve anular la adjudicación y volver a puntuar las ofertas conforme a lo establecido en el apartado anterior, retomándose en ese momento el procedimiento de licitación hasta su culminación con la adjudicación del contrato, al no ser necesaria su formalización al tratarse de un contrato basado sobre un acuerdo marco.

En relación con la solicitud de imposición de multas, no procede por ser estimatorio el sentido de la resolución.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Nippon Gases S.L.U., contra la Resolución del Director

Gerente del Hospital Universitario Infanta Leonor de fecha 8 de febrero, por la que se adjudica el contrato basado de “Suministro de gases medicinales” (A.M. SUM/20/2022) en sus dos lotes a la empresa Linde Gas España número de expediente 2024-04-001, anulando la adjudicación en los términos establecidos en el fundamento quinto de derecho de esta resolución

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. - 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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.