

Recurso 72/2012.
Resolución 77/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 30 de julio de 2012

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PALEX MEDICAL, S.A** contra la resolución, de 28 de mayo de 2012, del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío del Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares” en lo que se refiere a las agrupaciones 6 y 7 (Expte. CPAMPU 102/2010), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de noviembre de 2011, el Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío dictó resolución por la que se acordaba el inicio del expediente de contratación para la adquisición de prótesis osteoarticulares con destino a varios centros gestores (Area de Gestión Sanitaria de Osuna, Hospital Universitario Virgen del Rocío, Hospital Universitario Virgen Macarena y Hospital Universitario Nuestra Señora de Valme) –expediente CPAMPU 102/2010-, mediante procedimiento de adjudicación de contratos basados en el Acuerdo Marco nº 4005/2010 de 13 de enero de 2011.

SEGUNDO. Mediante escrito fechado el 13 de diciembre de 2011, se convocó a las distintas empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco nº 4005/2010 a la

licitación para la adjudicación de los contratos basados en aquél y se les concedió plazo para la presentación de ofertas hasta el 29 de diciembre de 2011, ampliándose luego dicho plazo hasta el 20 de enero de 2012.

El citado escrito fue notificado a las empresas por correo electrónico y con el mismo se les daba traslado de la convocatoria de la licitación. Entre las empresas convocadas, se encontraba la recurrente.

Antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas, se modifica el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y sus anexos. Dicha modificación se comunica a todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco por correo electrónico el día 3 de enero de 2012 y manteniendo el plazo de presentación de ofertas hasta el 20 de enero de 2012, aunque fue ampliado posteriormente hasta el 30 de enero de 2012.

Presentaron ofertas 12 empresas y entre ellas la recurrente PALEX MEDICAL, S.A.

El 28 de mayo de 2012, el Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío dictó resolución de adjudicación del contrato, si bien dicha Resolución fue modificada por otra de 13 de junio de 2012 respecto a la adjudicación de las prótesis tipo 12 y 13.

La licitación expuesta se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 19 de junio de 2012, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por PALEX MEDICAL, S.A. contra la **resolución de adjudicación (agrupaciones 6 y**

7) del contrato de suministro de prótesis osteoarticulares correspondiente al expediente CPAMPU 102/2010.

Dicha empresa presentó el 16 de junio de 2012, en el Registro General del Hospital Universitario Virgen del Rocío, escrito anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de 28 de mayo de 2012 por la que se adjudicó el referido contrato.

CUARTO. El 26 de junio de 2012, la Secretaría del Tribunal dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto, solicitándole el expediente de contratación, un informe sobre el recurso y un listado de todos los licitadores en el procedimiento de adjudicación, con indicación de los datos precisos para notificaciones.

El 6 de julio de 2012, tuvo entrada en el Registro Auxiliar de este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación, procediendo la Secretaría del Tribunal a dar traslado del recurso a los distintos licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en plazo las realizadas por la empresa BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS, S.L. que resultó adjudicataria de las agrupaciones 6 y 7.

QUINTO: En el expediente de contratación remitido obra resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Sevilla, de 27 de febrero de 2012, adoptada en el recurso contencioso-administrativo 46/2012 interpuesto por la FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) contra la convocatoria y pliego de prescripciones técnicas de la licitación CPAMPU 102/2010. En la citada resolución se acordó la sustanciación en pieza separada de la medida cautelar de suspensión de la licitación. Mediante Auto de 22 de marzo de 2012 del citado Juzgado, se acordó no acceder a la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es la resolución de adjudicación (agrupación 6 y 7) dictada en el procedimiento de adjudicación de un contrato basado en un previo acuerdo marco de suministro y cuyo valor estimado asciende a 84.000.000 €, ostentando el Servicio Andaluz de Salud la condición de poder adjudicador y Administración Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 apartados 2 y 3 del TRLCSP.

Por tanto, es procedente el recurso especial contra la citada resolución.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece 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 151.4”*

La resolución impugnada fue notificada a la empresa recurrente y publicada en el perfil de contratante el 1 de junio de 2012, por lo que habiéndose presentado el recurso especial en materia de contratación en el Registro de este Tribunal el 19 de junio de 2012, el mismo ha sido interpuesto dentro del plazo legal establecido.

De igual modo, consta que el recurrente presentó el anuncio previo del recurso ante el órgano de contratación dentro del plazo estipulado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada en el recurso. El recurrente discute la puntuación obtenida en la valoración económica de su oferta respecto a las agrupaciones 6 y 7 a las que licita, entendiéndose que dicha valoración económica se ha realizado aplicando a cada licitador una media aritmética y no la media ponderada tal y como exige el Anexo III del PPT, siendo discriminatoria dicha valoración respecto a aquellas ofertas que por participar en un menor número de lotes, obtienen menor puntuación, pese a ofertar precios más competitivos.

En consecuencia, se solicita la anulación de la adjudicación del contrato, en lo relativo a las agrupaciones 6 y 7, por corresponder la misma al recurrente que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Por su parte, la entidad BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS, S.L, que fue adjudicataria de las agrupaciones 6 y 7 objeto del recurso, en su escrito de alegaciones considera que aquél debe desestimarse porque:

- Respecto al tipo de prótesis 6 (agrupación 6), la valoración económica se ha efectuado conforme a las directrices marcadas en el PCAP y en el PPT y por tanto, si PALEX MEDICAL, S.A, no impugnó los pliegos no puede impugnar la adjudicación realizada conforme a los criterios recogidos en los mismos.
- Respecto al tipo de prótesis 7 (agrupación 7), PALEX MEDICAL, S.A fue excluida por no cumplir con las prescripciones técnicas mínimas establecidas en el anexo III del PPT, por lo que no puede optar a la adjudicación.

Pues bien, expuesto el criterio de las partes en conflicto, procede abordar el estudio de la cuestión planteada acudiendo, en primer lugar, a los criterios de valoración económica que se establecen en el Anexo III del PPT y Anexo B) del PCAP.

El Anexo III del PPT dispone:

“OFERTA DE LOS LICITADORES: Se deberá ofertar al menos un lote para todos y cada uno de los elementos básicos de cada Tipo de prótesis, identificado por cada genérico de centro licitado.

Serán excluidas las ofertas que no contengan al menos un lote para cada uno de los elementos básicos de cada tipo de prótesis (...)

VALORACION ECONOMICA:

- 1. Se realizará mediante la media ponderada, según cantidad estimada, de los precios de los lotes ofertados en cada elemento básico.*
- 2. Dichos precios medios se sumarán, y se otorgará la puntuación obtenida por cada tipo de prótesis.”*

El Anexo B del PCAP relativo a los “Criterios de adjudicación”, dispone respecto al “Area de valor económico (80 puntos)”, que la oferta económica será valorable con criterios automáticos, del siguiente modo:

“Se realizará mediante la media ponderada, según la cantidad estimada, de los precios de los lotes ofertados en cada elemento básico. Dichos precios medios se sumarán, y se otorgará la puntuación obtenida por cada tipo de prótesis.

Se asignará el máximo de puntuación a la oferta económicamente más baja y la mínima puntuación la obtendrá la oferta económicamente más cara, otorgándose el resto de puntuaciones a las ofertas intermedias mediante la regla de proporcionalidad inversa.

Si Precio Oferta = Base Licitación se puntuará 0”

El recurrente solicitó, mediante fax remitido el 12 de junio al órgano de contratación, la motivación de las puntuaciones dadas en la valoración económica de la oferta y éste le contestó por correo electrónico el 15 de junio, explicando cómo se hizo la valoración económica, en los mismos términos que indica en el informe remitido a este Tribunal con motivo del recurso, indicando:

<<La valoración se ha realizado siguiendo las indicaciones realizadas en el Pliego, realizándose la media ponderada, según cantidad estimada, de los precios de los lotes ofertados en cada elemento básico.

Es decir, de cada lote ofertado, se ha multiplicado el precio unitario ofertado por la cantidad de unidades estimadas, dando como resultado un total estimado por cada lote, realizando la media ponderada de todos estos totales, en cada elemento básico.

Estos lotes medios (en cada elemento básico que compone un tipo de prótesis), se suman y se le otorga la puntuación obtenida por cada tipo de prótesis.

Por último se asigna el máximo de puntuación a la oferta económicamente más baja (por tipo de prótesis) y la mínima puntuación la obtiene la oferta económica más cara, otorgándose el resto de puntuaciones a las ofertas intermedias mediante la regla de proporcionalidad inversa>>

PALEX MEDICAL, S.A presentó su oferta respecto al Tipo de prótesis 6. Elemento Básico 2 sólo al lote 42 mientras que la empresa que resultó

adjudicataria BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS, S.L ofertó a los lotes 40, 41 y 42.

Tal y como expone el recurrente en su recurso, él hizo una oferta de 582 € respecto al lote 42 mientras que BIOMET SPAIN ORTHOPAEDICS, S.L ofertó 595 € a dicho Lote 42; ahora bien, puesto que ésta presentó también ofertas a los lotes 40 y 41 de dicho Elemento Básico 2, siguiendo los criterios de valoración fijados en el PPT y PCAP, se ha multiplicado el precio unitario ofertado por la cantidad de unidades estimadas de consumo, dando como resultado un total estimado por cada lote y luego se realiza una media ponderada de todos los totales en razón de los lotes ofertados en cada elemento básico. Ello determina concurriendo a un solo lote, aunque la oferta respecto al mismo pudiera ser más baja que la presentada por otro licitador respecto a dicho lote pero que a su vez licita a otros lotes dentro del mismo elemento básico de un tipo de prótesis, se pueda obtener mejor valoración económica en este último caso, precisamente por aplicar una media ponderada.

El recurrente alega que el órgano de contratación ha hecho una media aritmética y no una media ponderada, pero precisamente lo que propone él en su recurso es aplicar una media aritmética atribuyendo mejor valoración a quien oferta el precio más bajo sin tener en cuenta el criterio que fijan los pliegos de aplicar la una media ponderada en función del precio unitario ofertado, las cantidades estimadas y los lotes a los que se oferta en cada elemento básico que compone un tipo de prótesis.

Los licitadores deben hacer sus ofertas teniendo en cuenta el criterio de valoración que establece el pliego, haciendo los cálculos precisos para poder ser potenciales adjudicatarios del contrato.

SEXTO.-Como ya ha señalado este Tribunal, en Resoluciones 1/2011 , 6/2012 y 68/2012, entre otras, el principio de igualdad de trato supone que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera.

Asimismo, el artículo 115.2 del TRLCSP, en relación con los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece que *“en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo”*. Y en desarrollo de esta previsión, el artículo 145.1 del TRLCSP, al regular las proposiciones de los interesados, dispone 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”*.

Ambos documentos –Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas - revisten carácter contractual. Así se desprende del artículo 40.2 del TRLCSP cuando se refiere en general a los pliegos -sin distinción entre pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas- y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. Asimismo, el carácter contractual del Pliego de Prescripciones Técnicas viene expresamente recogido en el apartado 1.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Todo ello implica que ambos documentos deban ir estrechamente relacionados, complementándose mutuamente.

Por tanto, si el recurrente no estaba de acuerdo con la forma de valorar la oferta económica que fijaban los pliegos, debería haberlos recurrido antes de presentar su oferta. Lo que no puede ahora es intentar que se aplique una forma de valoración de la oferta económica distinta de la que se recoge en los pliegos porque ello le perjudique, sino que debería haber hecho su oferta de acuerdo con las previsiones de los Pliegos, sin que puedan ser atendidas sus pretensiones puesto que no se aprecia que concurra infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales, ni la existencia de aplicación arbitraria o errónea de los criterios tenidos en cuenta para valorar las ofertas presentadas.

SEPTIMO.- En relación a la extensión del recurso también al tipo de prótesis 7 (agrupación 7), hay que indicar que la oferta de PALEX MEDICAL, S.A no fue valorada puesto que no cumplía con los requisitos técnicos exigidos en el PPT.

El recurrente presentó oferta al Lote 69 del Elemento Bsico 4 de ese Tipo de Prótesis 7, que según el PPT va referido a INSERTO MIXTO POLIETILENO+CERAMICA-Ceja antiluxante: no; SISTEMA DE FIJACION: presión; Pendiente del inserto (0-0).

Sin embargo, tal y como resulta del informe de valoración de las ofertas, los Códigos de Identificación del Producto (CIP) ofertados por la empresa recurrente corresponden con INSERTO MIXTO POLIETILENO+CERAMICA-Ceja antiluxante: si; SISTEMA DE FIJACION: presión; Pendiente del inserto (10-10), por lo que son atributos distintos al exigido en el PPT tanto respecto a la ceja antiluxante como pendiente del inserto, por lo que se excluyó de la valoración.

El recurrente extiende el recurso a la oferta presentada respecto a las dos agrupaciones 6 y 7 con el mismo argumento de que no se hizo la valoración de la oferta económica adecuadamente por aplicar una media aritmética y no ponderada; pero nada alega respecto a la no valoración de su oferta a la agrupación 7, que no lo fue por no cumplir con los requisitos técnicos exigidos en el pliego, por lo que no cabe atender sus pretensiones puesto que no discute su exclusión respecto a dicha agrupación

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PALEX MEDICAL, S.A** contra la resolución, de 28 de mayo de 2012, del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío del Servicio Andaluz de Salud por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares” (Expte. CPAMPU 102/2010), en lo que se refiere a las agrupaciones 6 y 7.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA