RE 040/2011

Acuerdo 3/2012, de 16 enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por Boston Scientific Ibérica, S.A., contra la adjudicación de la posición número 7 del contrato, en el procedimiento de licitación del suministro de neuroestimuladores para el Hospital Clínico «Lozano Blesa» de Zaragoza, promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza III, del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Resolución de 14 de abril de 2011, del Gerente del Sector Zaragoza III, del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, se convocó acuerdo marco, procedimiento abierto y tramitación anticipada, sujeto a regulación armonizada, para la contratación del «Suministro de neuroestimuladores para el Hospital Clínico "Lozano Blesa"», con un valor estimado del acuerdo marco de 520.764,10 euros, 41.661,13 euros de IVA, un valor estimado total de 562.425,23 euros. El contrato comprende doce lotes —que los Pliegos denominan *«partidas»* o *«posiciones»* (en adelante posiciones) — a los que se puede licitar individualmente.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos Medtronic Iberica, S.A. —que resultaría adjudicataria de las doce posiciones—, y la recurrente. Contra la adjudicación, la representante de Boston Scientific Ibérica, S.A.

interpuso el 16 de septiembre 2011, recurso especial en materia de contratación pública, que fue resuelto mediante Acuerdo 23/2011, de 3 de octubre de 2011, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. En este Acuerdo, tras estimar el recurso, se acordaba: *«Anular la adjudicación, y ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la realización de la valoración de los criterios de adjudicación, de todas las ofertas presentadas. La valoración deberá ponderar la aplicación de los criterios de adjudicación en todas las ofertas; y la Mesa de contratación verificará que las ofertas cumplen las especificaciones técnicas de los pliegos, tal y como requiere el artículo 144 LCSP y la cláusula 2.2.9 del PCAP».*

TERCERO.- En ejecución del Acuerdo —y tras realizar los trámites detallados en el informe de 28 de noviembre de 2011 de la Dirección de Gestión y SSGG del Sector Zaragoza III, dirigido a este Tribunal—, mediante Resolución del Gerente de dicho Sector de 30 de noviembre de 2011, se procedió a adjudicar nuevamente el mencionado procedimiento a la empresa Medtronic Iberica, S.A., por un importe total de 520.511,05 euros (IVA excluido). Dicha Resolución fue notificada a los licitadores el 5 de diciembre de 2011.

CUARTO.- Boston Scientific Ibérica, S.A., el 16 de noviembre de 2011, dirigió, al Servicio de Suministros del Hospital «Lozano Blesa» una solicitud de motivación de la valoración de las posiciones 7 y 9, en las que había recibido una puntuación de 0 puntos en el informe técnico realizado. Con fecha 18 de noviembre de 2011, se remite por el Hospital escrito en el que, sin dar acceso al informe técnico, se manifiesta que:

«Posición 7: Se ha valorado con 0 puntos debido a que en las prescripciones técnicas se solicitaba un generador de impulsos

eléctricos recargable de doble canal y 8 polos con sistema de recarga externo, RESRORE ULTRA ref. 37712 o equivalente. Una de las características técnicas de dicho generador es que cuenta con un gestor que ajusta la estimulación al paciente de manera automática, característica de la que carece el generador propuesto en su oferta.

Posición 9: Se ha valorado con 0 puntos debido a que en las prescripciones técnicas se solicitaba un generador de impulsos implantable tit. de doble canal para 2 electrodos de 8 polos, PRIME ADVANCED REF. 37702 o equivalente. El generador presentado en su oferta es recargable, no ajustándose al solicitado dado que el generador de referencia es no recargable».

QUINTO.- El 21 de diciembre 2011, en el Registro del Hospital Clínico «Lozano Blesa», Dª. Almudena Anes Benito, en su condición de apoderada de la empresa Boston Scientific Ibérica, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación pública, contra la resolución de adjudicación de la posición 7 del contrato de suministro de neuroestimuladores para dicho Hospital, a Medtronic Iberica, S.A.

El licitador recurrente, anunció previamente al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en 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), normativa aplicable a la resolución de este recurso especial al ser el derecho positivo vigente en el momento de su interposición.

SEXTO.- El 28 de diciembre de 2011, el Servicio de Suministros del Hospital remite al Tribunal documentación relativa al recurso, que éste considera incompleta, a tenor de lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP y en la Guía

de procedimiento del recurso especial ante el mismo. Por ello el Tribunal solicita la remisión, en el plazo de dos días hábiles, de la siguiente documentación: recurso interpuesto e índice del expediente. La Gerencia del Sector Zaragoza III remite al Tribunal, el 30 de diciembre de 2011, la documentación solicitada.

En la remisión de 28 de diciembre del 2011, se incorpora un escrito de esta fecha de la Directora de Gestión del Sector Zaragoza III en el que se solicita que «*…la suspensión a la que hace referencia el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público "…" tenga efectos únicamente sobre la posición número 7, objeto del recurso, pudiendo continuar con la tramitación del procedimiento para el resto de posiciones, cuya adjudicación y contratación es independiente de dicha posición, sobre todo porque teniendo en cuenta que a final de año finalizan los contratos vigentes y dada la fecha en la que nos encontramos, se hace preciso adjudicar el resto de productos para continuar con normalidad la actividad asistencial de este centro*».

SÉPTIMO.- El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente:

1) Tras indicar que no tienen nada que alegar respecto de motivación realizada en la posición 9, recuerdan que es el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) el que establece, en los términos del artículo 101 LCSP, los requisitos técnicos mínimos que deben cumplir los equipos ofertados para continuar en el proceso selectivo. A estos efectos, su producto ha obtenido una puntuación de 0 puntos en la valoración de criterios subjetivos, en tanto Medtronic Iberica, S.A. ha obtenido 4,5 puntos. Reproducen la descripción del objeto de la posición 7 en el PPT y afirman que el modelo utilizado como referencia (Restore Ultra) no tiene un

sensor que ajusta la estimulación al paciente de manera automática, por lo que no se entiende la asignación de 0 puntos a su producto, y la motivación trasladada el 18 de noviembre por el Hospital. Aportan, a estos efectos, el catalogo del producto y el Manual de Usuario, del que reproducen literalmente todas sus características. Reproducen también las características técnicas del producto que se pueden consultar en la página web de la adjudicataria.

2) Mantienen que se han vulnerado los principios mas elementales de la contratación pública y, en concreto los de igualdad de trato y no discriminación, al haber excluido su oferta basándose en un incumplimiento que, a falta de mayor motivación, no tiene fundamento técnico alguno. A estos efectos reproducen diversos preceptos de la LCSP en los que se recogen estos principios y citan jurisprudencia sobre los mismos.

3) Argumentan que la resolución de adjudicación no contiene suficiente motivación de la decisión adoptada, incumpliendo de este modo la exigencia legal. Citan y reproducen la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos de resolución de recursos contractuales que califican de *«elemento esencial»* esta motivación, al depender de ella el adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte de los licitadores.

Por todo lo alegado, solicitan la revisión del informe técnico que ha determinado la puntuación de 0 puntos otorgada, cumpliendo el equipo ofertado las prescripciones técnicas señaladas en el PPT, entre las que no se encuentra la de que el sensor ajuste la estimulación al paciente de forma automática. Solicitan asimismo como medida

cautelar la suspensión del acto de formalización del contrato; que les sean comunicados — en los términos indicados en el artículo 135.4 LCSP— los motivos reales por los que se ha otorgado 4,5 puntos a la adjudicataria a pesar de no reunir su equipo ofertado la característica que ha dado lugar a una puntuación de 0 puntos para su producto, y que se les remita una copia del Acta de la Mesa de contratación en la que figure la propuesta de adjudicación realizada, y los motivos de la misma.

OCTAVO.- Respecto a la medida cautelar solicitada, y a la vista del escrito de 28 de diciembre de la Directora de Gestión del Sector Zaragoza III, la Secretaria de este Tribunal informó a las partes mediante correo electrónico de fecha 4 de enero de 2012 que la misma es automática por imperativo legal (ex artículo 45 TRLCSP), recordando al centro gestor que la suspensión se mantendrá hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que pueda procederse a la formalización del contrato de la posición 7, ni comenzarse su ejecución.

NOVENO.- El Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó con fecha 3 de enero de 2012 la interposición del recurso al resto de los licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

Durante el plazo de alegaciones concedido al resto de los interesados, no se ha presentado alegación alguna.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Boston Scientific Ibérica, S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministros, en la modalidad de Acuerdo marco, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y se plantea en tiempo y forma.

Antes de entrar en el fondo del asunto, debe examinarse si resulta procedente que la empresa recurrente discuta aspectos relacionados con la valoración de las ofertas cuando con motivo del recurso especial 026/2011, interpuesto por la empresa ahora recurrente, referido a este mismo expediente y resuelto por este Tribunal mediante Acuerdo 23/2011, de 3 de octubre, se trataron también asuntos referidos a la valoración de las ofertas en este procedimiento.

En este sentido, hay que destacar que lo que ahora se recurre es una nueva adjudicación del contrato, derivada de la ejecución del precitado Acuerdo, por lo tanto es procedente que este Tribunal se pronuncie sobre la cuestión ahora recurrida por Boston Scientific Ibérica, S.A.

SEGUNDO.- Las cuestiones de fondo, sobre las que se plantea el recurso, son la falta de motivación de la adjudicación, y la determinación de si el equipo ofertado en la posición 7 incumple los requerimientos del PPT de la licitación y, por tanto, resulta adecuada la asignación de 0 puntos en la valoración técnica, que determina que no sean objeto de consideración ni ponderación el resto de criterios de adjudicación.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público, y, en especial, al PCAP y al PPT, que constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, se dan por reproducidas todas las consideraciones de nuestro Acuerdo 23/2011, sobre el mismo procedimiento, destacando este Tribunal que si bien en el informe emitido el 24 de octubre de 2011 por la Jefe de Sección de Clínica del Dolor, incorporado al expediente, se contiene un análisis mas detallado de cada una de las propuestas técnicas, y una motivación de la puntuación asignada a cada una de ellas, sin embargo, incomprensiblemente y pese al claro mandato de este Tribunal, su contenido no ha sido trasladado a los licitadores (ni siquiera a la ahora recurrente, cuando el 16 de noviembre de 2011 solicitó la revisión de la valoración asignada a sus productos en las posiciones 7 y 9 , en cuanto a los criterios de valoración sujetos a evaluación previa), por lo que implica falta de motivación e indefensión.

La motivación que se contiene en la notificación de la adjudicación de 5 de diciembre de 2011 no se ajusta a las exigencias legales de dicha obligación, y nada tiene que ver con el margen de discrecionalidad, del que gozan los poderes adjudicadores, para la fijación de los criterios de adjudicación. Como bien afirma el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *«En la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los*

motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisible por carecer de motivación. Una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP».

Procede, en consecuencia, admitir este motivo del recurso.

TERCERO.- En cuanto a la determinación de si el equipo ofertado cumplía o no los requerimientos del PPT, y, en concreto si la característica de que el sensor ajuste la estimulación del paciente de manera automática era una exigencia del mismo, en el informe de la Directora de Gestión del Sector Zaragoza III al recurso, se señala expresamente: *«La mesa de contratación constituida al efecto dio lectura pública de la valoración técnica, en la que se atribuía 0 puntos a Boston. Dicha valoración técnica tuvo su fundamento en un informe emitido por una facultativo especialista del HCU en el que señaló que el generador presentado por la empresa Boston carece de un sensor que ajusta la estimulación al paciente de manera automática, siendo ésta una característica técnica del generador solicitado.*

Sin embargo, tras la lectura de las características técnicas del neuroestimulador RESTORE ULTRA a las que se hace referencia en el apartado anterior -incluidas en los anexos 3, 4 y 5 del recurso presentado por Boston-, se advierte que no figura entre ellas la existencia de sensor automático y, por lo tanto, dicha característica no puede considerarse incluida entre las prescripciones técnicas que rigen la licitación. Ello conduce a considerar que no fue correcta la

asignación de 0 puntos a la oferta técnica presentada por la empresa Boston.

Tras una conversación mantenida con la facultativa que elaboró el informe técnico, la conclusión es que, efectivamente, se ha producido un error que tiene su origen en la omisión de uno de los requerimientos que inicialmente solicitó que se incluyesen entre las características técnicas del neuroestimulador de la posición 7 (en concreto, el sensor automático) y que finalmente no se incluyó en el pliego de prescripciones, sin que ella fuera consciente de tal omisión, por lo que elaboró su informe bajo la hipótesis de que se había solicitado un generador con sensor, creencia que fue corroborada al ofrecer la empresa Medtronic en su oferta un generador con dicha función (el modelo RESTORE SENSOR). Por lo tanto, el neuroestimulador presentado por la empresa Boston cumple con las especificaciones del pliego de prescripciones técnicas y ha de ser valorado conforme a los criterios establecidos».

Continua señalando el informe que: *«Puesto que se ha concluido en el punto anterior que el producto ofertado por la empresa Boston cumple con los requisitos técnicos solicitados en el pliego, no es posible asignar 0 puntos a su propuesta; su valoración estará incluida en un intervalo que va desde 2 a 5 puntos, dependiendo de la ponderación que merezca la valoración técnica, las características del producto y la calidad del servicio (ésta última en cuanto a los plazos y condiciones de entrega). En cualquiera de los casos, la empresa Boston resultará adjudicataria del concurso en su posición 7, pues si bien en el acto público no se dio lectura de su propuesta económica al no haber superado los 2 puntos necesarios en la valoración técnica, el precio de la posición 7 consta en la documentación abierta del sobre 3 y aplicando la formula*

matemática establecida en los pliegos para valorar el precio ofertado, proporciona a dicha empresa una diferencia en puntos sobre la valoración de Medtronic que supera cualquiera de las valoraciones técnicas posibles.

Como conclusión de todo lo que se ha expuesto en este informe, este centro está conforme con la pretensión de la recurrente, entendiendo que se ha de anular la adjudicación efectuada y se ha de realizar una nueva adjudicación de la posición número 7 a la empresa Boston».

No resulta así necesario que este Tribunal argumente mas sobre la pretensión de la recurrente en este punto, al haber aceptado el órgano de contratación todas las manifestaciones efectuadas por la misma respecto de la posición 7 del procedimiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y los artículos 2, 17 y siguientes, y en la Disposición Final Tercera, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Dª. Almudena Anés Benito, en su condición de apoderada de la empresa Boston Scientific Ibérica, S.A., contra la Resolución de la Gerencia del Sector Zaragoza III, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, por la que se adjudicó la posición 7 del

contrato de suministro de neuroestimuladores con destino al Hospital Clínico «Lozano Blesa» de Zaragoza, a Medtronic Iberica, S.A.

SEGUNDO.- Anular la adjudicación de la posición 7 a favor de Medtronic Iberica, S.A. y disponer la adjudicación de la misma a favor de Boston Scientific Ibérica, S.A., debiendo concederse a ésta última un plazo de diez días para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 TRLCSP, en los términos señalados en el artículo 47.2 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- La Gerencia del Sector Zaragoza III, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 LCSP.