

Recurso nº 22/2016 C.A. Región de Murcia 2/2016.

Resolución nº 107/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 5 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D^a B. D. B., en representación de la mercantil BELMINE, S.L., contra la resolución de adjudicación del contrato de *“suministro de material desechable de Neurocirugía con destino a Centros Sanitarios Dependientes del Servicio Murciano de Salud, expediente CS/9999/1100610719/2015/CPA”*, convocado por el Servicio Murciano de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Murciano de Salud convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 22 mayo de 2015 y en el BOE el 28 de mayo, licitación para adjudicar mediante acuerdo marco, por procedimiento abierto, el contrato de suministros arriba referido, con un valor estimado de 1.233.210 euros, y dividido su objeto en siete lotes.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. El Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el contrato público establece en su apartado decimotercero los criterios de adjudicación del acuerdo marco, su ponderación y mecanismos de

evaluación, previendo, para todos los lotes, tanto la valoración mediante criterios objetivos evaluables por fórmulas matemáticas (55 puntos), como la valoración mediante criterios subjetivos por juicio de valor (45 puntos).

En el apartado decimoséptimo del Cuadro se establece: *“Criterios para declarar ofertas con valores anormales o desproporcionados. No procede.”*

Cuarto. Presentadas las ofertas por los licitadores a cada uno de los lotes, se inicia la tramitación del expediente de contratación, dictándose resolución de adjudicación el día 18 de diciembre de 2015. En virtud de dicha resolución se acuerda la adjudicación del lote número 1 a la empresa SUMINISTROS HOSPITALARIOS, S.A.

Quinto. La resolución es notificada a la empresa hoy recurrente el día 22 de diciembre de 2015, la cual, el día 11 de enero de 2016 anuncia el recurso especial en materia de contratación, teniendo entrada el escrito del recurso en el registro de este Tribunal el día 12 del mismo mes.

Sexto. Recibido por el Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación, la Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones, sin que hayan sido presentadas.

Séptimo. El día 21 de enero de 2016 el Tribunal acordó conceder la medida provisional consistente en el mantenimiento de la suspensión automática de la adjudicación, defiriendo su levantamiento a la decisión definitiva en virtud de lo dispuesto en los artículos 45, 46.3 y 47.4 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en relación con el Convenio suscrito entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Ministerio Hacienda y

Administraciones Públicas, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 21 de noviembre de 2012.

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que el recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre la resolución por la que se acuerda la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 40.2.c) del TRLCSP. Se han cumplido las prescripciones del plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. Una vez examinadas las cuestiones formales. Se pasa a estudiar el fondo del recurso y se observa que el recurrente centra su recurso en dos motivos principalmente. Así, en primer término, se alega falta de motivación de la resolución de adjudicación, afirmando, en síntesis, que habiendo incurrido la adjudicataria en una baja temeraria nada se indica en la resolución recurrida sobre las razones por las que se justifica la aceptación de la oferta por el órgano de contratación.

No se indica nada en la resolución acerca del cumplimiento por parte del órgano de contratación de lo prevenido por la Ley de Contratos del Sector Público, sobre el procedimiento contradictorio a tramitar, ante la existencia de una oferta anormal o desproporcionada. De tal modo que se impide a la recurrente formular las alegaciones con suficiente grado de conocimiento, obligando a recurrir “a ciegas” a menos en parte dicha resolución.

Se sigue diciendo que, aunque al órgano de contratación le hayan resultado satisfactorias las razones aducidas por SUMINISTROS HOSPITALARIOS, S.A. para justificar su oferta, que son desconocidas para el recurrente, hay aspectos que, aunque de revisión o control jurídico limitada, dado su carácter técnico, pueden y deben ser controlados; como es el presente caso donde aparecen evidentes síntomas de desproporción en la oferta (un 70% de baja) que impide, sin necesidad de mayores consideraciones técnicas, ejecutar el contrato en tales condiciones.

No consta tampoco al recurrente que el órgano de contratación haya observado el procedimiento previsto en el artículo 152.2 TRLCSP ante el valor desproporcionado de la oferta, sin comprobar antes su viabilidad, debiendo haberla rechazado de plano por la inviabilidad manifiesta del contrato.

En segundo término, afirma la recurrente que lleva más de 10 años dedicándose al suministro de productos como los contenidos en el referido lote 1, sin queja o reclamación alguna, por lo que está en condiciones de afirmar que el precio de coste de los productos suministrados por la adjudicataria haría inviable el cumplimiento del contrato, con el consiguiente riesgo para los destinatarios, es decir, los pacientes sujetos a las operaciones quirúrgicas.

Quinto. Del otro lado, en el informe que aporta junto con el expediente el órgano de contratación, defiende su resolución afirmando que lo que el recurso cuestiona es el hecho de haber adjudicado el lote 1 a la empresa que ofreció una baja en el precio de cerca de un 70% con respecto del precio de licitación, por lo que, por dicho motivo, debió iniciarse un procedimiento contradictorio por parte del Servicio Murciano de Salud para comprobar la viabilidad de la oferta y finalmente acordar su exclusión.

Ante tal alegación, el órgano de contratación invoca el artículo 152.2 TRLCSP, el cual transcribe, señalando que el precepto permite que, cuando la adjudicación se efectúe considerando más de un criterio de adjudicación, sean los Pliegos lo que han de determinar si se permite o no apreciar el referido carácter desproporcionado o anormal de las proposiciones y los criterios a emplear para ello. Se cita en fundamento de lo dicho la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 44/2014, de 5 de junio, Resolución de este Tribunal número 113/2012, de 16 de mayo, e informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 58/2008, de 31 de marzo de 2009.

Por tanto, habiéndose de adjudicar el contrato de suministro en base a varios criterios de adjudicación (apartado 13 del Cuadro de Características del PCAP) y habiéndose previsto en los Pliegos (apartado 17 del Cuadro de Características) que no procede adoptar criterios objetivos que deban ser valorados para determinar si las proposiciones

no pueden ser cumplidas por ser consideradas temerarias o desproporcionadas, se ha actuado conforme al artículo 152 TRLCSP, por lo que no procede actuar en el sentido indicado o requerido por la empresa BELMINE, SL, sin olvidar que, aunque su oferta técnica obtuvo una mayor valoración, no así la oferta económica, en la que no realizó baja alguna ofertando el precio de la licitación.

Sexto. A la vista de lo expuesto, es preciso hacer referencia en primer término, no obstante el orden de las alegaciones formuladas por la empresa recurrente, a la cuestión de si es preciso o no entablar el proceso contradictorio que se invoca en el recurso, y la respuesta, asistiendo la razón a lo informado por el órgano de contratación, no puede ser sino negativa.

En efecto, se hace preciso recordar lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP:

“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.”

Sobre la aplicación del párrafo segundo del precepto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, en Informe 58/2008, de 31 de marzo de 2009, de acuerdo con “la meridiana claridad” de su texto, informó que para que pueda ser ponderada si una proposición no puede ser cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja, tanto durante la vigencia de la Ley de contratos de las administraciones públicas, bajo la forma de adjudicación de concurso, como de la Ley de

Contratos del Sector Público cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación. De tal forma que si tal previsión *“no figura en el PCAP no puede apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja”*. El sentido de lo dicho también fue objeto de idéntica conclusión en el Informe 28/2005, de 26 de octubre de 2005.

Además, idéntica interpretación literal del precepto transcrito se ha realizado tanto desde los órganos jurisdiccionales (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2014, recurso de casación 334/2013), como desde la doctrina de los tribunales administrativos competentes para conocer del recurso especial en materia de contratación.

Así, ya en nuestra Resolución 113/2012, de 16 de mayo decíamos que *“De la simple lectura de las disposiciones de la Ley (artículo 152) se deduce claramente que, en los supuestos en que no exista más que un criterio de adjudicación la apreciación de la existencia de una proposición anormalmente baja o desproporcionada es consecuencia directa de que concurran o no los supuestos de hecho contemplados en el artículo 85 del Reglamento citado. Por el contrario cuando la adjudicación debe hacerse valorando varios criterios, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja o desproporcionada exige que en el pliego correspondiente se haya establecido tal posibilidad mediante la inclusión de los supuestos de hecho en que se podría considerar que incurre en tal situación y los parámetros para apreciarla. [...]*

La diferencia es comprensible teniendo en cuenta en primer lugar que la apreciación de que una proposición se encuentra incurso en situación de anormalidad o desproporción es una excepción al principio general de que los contratos deben adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, lo que lleva lógicamente al legislador a regularla con un cierto carácter restrictivo. Por otra parte, así como en los contratos cuya adjudicación se hace simplemente mediante la apreciación de cuál es la oferta de precio más bajo es relativamente fácil establecer parámetros generales aplicables a todos ellos, en el caso de que los criterios de adjudicación sean varios, dada la muy diversa naturaleza de los que pueden figurar en los pliegos de contratación, es lógico que la determinación de los casos en que la proposición incurre en alguna de las situaciones citadas debe reservarse

a los propios pliegos.” En el mismo sentido, Resoluciones 303/2011, 127/2013, 90/2014 y 178/2015.

En la Resolución 353/2015, de 17 de abril de 2015, citando la Resolución 431/2014, de 30 de mayo, decíamos: *“es el pliego de cláusulas administrativas particulares el que debe de especificar los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, si la proposición no puede ser cumplida..., aplicándose exclusivamente para determinar tal situación los criterios establecidos en el pliego”*.

Tal doctrina administrativa es también recogida por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en la resolución 44/2014, de 5 de junio, donde se afirma que *“Por el contrario, cuando la adjudicación se efectúa considerando más de un criterio, no es el reglamento, sino los pliegos los que han de determinar si se permite o no apreciar el referido carácter desproporcionado o anormal de las proposiciones y los criterios a emplear para ello. Así lo especifica claramente el mismo artículo 152 del TRLCSP, ahora en el apartado 2 [...]”*.

En el presente caso, el PCAP prevé más de un criterio de valoración para la adjudicación del lote 1 del contrato de suministros, tal y como consignamos en nuestro antecedente de hecho tercero, por lo que procede la aplicación del párrafo segundo del artículo 152, debiéndose estar a lo que establezcan los Pliegos para apreciar objetivamente que existen ofertas anormales o desproporcionadas, en el presente caso no se hace ninguna previsión, y por tanto, desestimar el motivo invocado.

Séptimo. La misma suerte debe correr la alegación referida a determinar si la motivación de la resolución recurrida es o no suficiente, a los efectos de garantizar la adecuada defensa de los intereses legítimos de la empresa licitadora cuya oferta se ha visto desestimada o rechazada. Sobre la presente cuestión ningún pronunciamiento formula el órgano de contratación.

La falta de motivación, según el recurso, viene limitada exclusivamente al desconocimiento por parte de la recurrente de las razones por las que el órgano de contratación ha considerado viable o justificada la oferta de la adjudicataria, y, a si por aquél se ha iniciado o no un procedimiento contradictorio, de tal modo que sea posible

instar la revisión jurídica, aunque limitada, de los motivos técnicos aducidos por la empresa.

El motivo debe igualmente desestimarse, pues a la vista de lo previsto en el Cuadro de Características, y de la regulación establecida por el artículo 152.2 del TRLCSP, tal motivación era innecesaria, al tener su justificación en los apartados de los Pliegos y en la aplicación del TRLCSP. El recurrente no puede ampararse en el desconocimiento de la motivación pues no puede ignorar lo previsto en la ley (artículo 6.1 del Código Civil) o en los propios términos del clausulado del PCAP, los cuales son plena e incondicionalmente aceptados con la sola presentación de su oferta a la licitación (artículo 145.1 TRLCSP), debiendo pasar en consecuencia por sus propios actos al no haber impugnado aquellos en su debido momento (*Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, ó 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, 7 344/2015, de 30 de abril entre otras muchas*) y no ser invocado, ni apreciado, con el presente recurso vicio alguno de nulidad radical.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a B. D. B., en representación de la mercantil BELMINE, S.L., contra la resolución de adjudicación del contrato de “*suministro de material desechable de Neurocirugía con destino a Centros Sanitarios Dependientes del Servicio Murciano de Salud, expediente CS/9999/1100610719/2015/CPA*”, convocado por el Servicio Murciano de Salud.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP

Tercero. 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.

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