



Recurso nº 331/2014

Resolución nº 405/2011

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

En Madrid, a 23 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.P.B., en representación de la sociedad IBA MOLECULAR SPAIN S.A., frente a la Resolución del órgano de contratación de la FUNDACIÓN RIOJA SALUD, por la que se acuerda la adjudicación del procedimiento de licitación para la contratación del “Suministro de radiofármacos en monodosis para la Unidad de Medicina Nuclear del Centro de Investigación Biomédica de la Rioja, CIBIR, Fundación Rioja Salud”, con número de expediente 201401-01/RDF-MNU, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Gerente de la Fundación Rioja Salud, por delegación del Presidente del Patronato de la fundación, órgano de contratación de la Fundación Rioja Salud, convocó mediante anuncio publicado en el perfil del contratante el 20 de diciembre de 2013, remitido al DOUE el 24 de diciembre de 2013 y publicado en Boletín Oficial de La Rioja el día 27 de diciembre de 2013, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato de “Suministro de radiofármacos en monodosis para la Unidad de Medicina Nuclear del Centro de Investigación Biomédica de la Rioja, CIBIR, Fundación Rioja Salud”, con número de expediente 201401-01/RDF-MNU, y valor estimado del contrato de 2.065.819,44 €.

Segundo. La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, presentando oferta la sociedad IBA MOLECULAR SPAIN S.A., ahora recurrente.

Tercero. Se convocó a los licitadores a la apertura de los sobres B el día 28 de febrero de 2014.

Con fecha 4 de marzo de 2014, el representante de la sociedad IBA MOLECULAR SPAIN S.A. solicitó información complementaria sobre la puntuación atribuida a los licitadores con arreglo al criterio 1.2. de los criterios evaluables de forma automática: “garantías para el suministro de radiofármaco 18-FDG”, formulando alegaciones sobre la forma en que debería valorarse la existencia de dos ciclotrones en la misma instalación. Asimismo formuló las alegaciones que consideró oportuno en cuanto a la forma de medir la distancia entre las instalaciones y el punto de entrega.

Con fecha 12 de marzo de 2014, el órgano de contratación suministró a la ahora recurrente la información complementaria solicitada.

Cuarto. La adjudicación a favor de CATALANA DE DISPENSACIÓN S.A. UTE se produjo mediante resolución del órgano de contratación de 2 de abril de 2014, notificada a los licitadores el mismo día.

Quinto. Con fecha 15 de abril de 2014, se presentó en la oficina de correos de Alcobendas escrito firmado por D. A.P.B., en nombre de IBA MOLECULAR SPAIN S.A., mediante el que se anuncia la voluntad de interponer recurso especial en materia de contratación frente a la Resolución del Órgano de Contratación de la FUNDACIÓN RIOJA SALUD, de 2 de abril de 2014, por la que se acuerda la adjudicación del procedimiento de licitación “Suministro de radiofármacos en monodosis para la Unidad de Medicina Nuclear del Centro de Investigación Biomédica de la Rioja, CIBIR, Fundación Rioja Salud” a CATALANA DE DISPENSACIÓN S.A. UTE.

El recurso tuvo entrada en este Tribunal el día 22 de abril de 2014.

Quinto. Con fecha 5 de mayo de 2014, por la Secretaría del Tribunal se procede a comunicar a los demás licitadores la interposición del recurso, a los efectos de que formulen las alegaciones que a su derecho convinieren, sin que ninguno de los licitadores haya hecho uso de su derecho.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 9 de mayo de 2014 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del texto refundido de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y La Comunidad Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencia de recursos contractuales, firmado el 30 de julio de 2012.

La competencia se extiende a este contrato de conformidad con el artículo 41.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) ya que la FUNDACIÓN RIOJA SALUD es un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública y que está integrado en el sector público de la Comunidad de La Rioja.

Segundo. El acto de adjudicación es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Respecto del contrato, por su naturaleza es un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 200.000 €, por lo que tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada, conforme al artículo 15.1.b) del TRLCSP.

En consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. Se han cumplido los requisitos de plazo para anuncio e interposición del recurso, previstos en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, la recurrente es un licitador que no ha resultado adjudicatario del contrato. Concorre, por ello, el requisito de legitimación exigido en el artículo 42 del TRLCSP.

Quinto. Sobre el fondo del asunto, la recurrente considera que ha existido un error de valoración en su contra derivado de una inadecuada interpretación del criterio de valoración 1.2 de los evaluables automáticamente. De una parte, considera que el término “ciclotrón” que se utiliza en el pliego de cláusulas administrativas particulares debe interpretarse como instalación; dado que los dos ciclotrones declarados por la adjudicataria en Barcelona están situados en la misma instalación, sita en Esplugues de Llobregat, por lo que no deberían considerarse dos instalaciones diferentes. De otra parte, considera que la distancia entre los ciclotrones y Logroño no debe calcularse como distancia por carretera, sino que debe medirse en línea recta, considerando como distancia computable la distancia ortodrómica.

Alega asimismo que se ha producido infracción del principio de igualdad de condiciones y del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Termina declarando que la falta de precisión o confusa redacción de los pliegos no pueden perjudicar al licitador que haya realizado una interpretación perjudicial cuando cabría otra más favorable.

De acuerdo con tales argumentos, solicita que se anule la adjudicación realizada a favor de CATALANA DE DISPENSACIÓN S.A. UTE y se realice nueva adjudicación a favor de IBA MOLECULAR SPAIN S.A. o, subsidiariamente, que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la adjudicación realizada.

Sexto. El órgano de contratación, en el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP señala, respecto a la interpretación del término “ciclotrón”, que los pliegos se refieren, exclusivamente, a ciclotrón, no a instalación. Para evitar introducir nuevos criterios técnicos no contemplados en el pliego se ha optado por una interpretación literal.

Respecto a la medición de la distancia entre los ciclotrones y Logroño, señala que la medición habitual es la distancia por carretera, al ser éste el medio de transporte habitual en el reparto del radiofármaco, que, además, es el que ha venido siendo utilizado por la sociedad recurrente en los últimos cuatro años para la prestación del servicio.

Considera que no se ha producido vulneración del principio de igualdad de condiciones pues, ni la empresa recurrente ha sido excluida, ni se han introducido nuevos criterios técnicos no contemplados en el pliego.

Tampoco se ha producido vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación, ya que se ha optado por la interpretación literal del pliego para evitar tal situación.

Un eventual error en la declaración de distancia entre los ciclotrones y Logroño realizada por la recurrente en el sobre B debe ser imputable a esta sociedad y no a la entidad contratante.

Séptimo. La primera cuestión que plantea la recurrente es la relativa a la interpretación del término “ciclotrón”.

El criterio 1.2 del apartado 15 del cuadro de datos técnicos, contenido en el pliego de cláusulas reguladoras de la licitación, establece:

“1.2- Garantías para el suministro de radiofármaco 18-FDG, Se valorará de 0 a 15 puntos en función de la disponibilidad de ciclotrones con el siguiente detalle:

Ciclotrones disponibles a menos de 300 kms de Logroño = 4 puntos/ciclotrón.

Ciclotrones disponibles entre 300 kms y 500 kms de Logroño = 2 puntos/ciclotrón,

Ciclotrones disponibles a más de 500 kms de Logroño = 0 puntos/ciclotrón”

El término ciclotrón aparece definido en el Diccionario de la Real Academia Española de la siguiente forma:

“1. m. Fís. Acelerador circular que imprime a partículas subatómicas cargadas un movimiento en espiral cada vez más rápido con el fin de que sirvan como proyectiles para bombardear núcleos atómicos.”

De acuerdo con el contenido de la cláusula trascrita, así como con la definición de ciclotrón, el término utilizado no deja duda de la voluntad manifestada en el pliego de

condiciones reguladoras de la licitación acerca de que el elemento a valorar es un determinado mecanismo, el acelerador de partículas.

Los contratos regidos por la normativa de contratos del sector público no pierden su naturaleza de contrato a pesar de su regulación especial. Ello hace que, en materia de interpretación, sean de aplicación las normas del Código Civil que establecen los principios de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289. El primero de estos artículos señala:

“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.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.”

Por tanto, resultando claro el término establecido en el pliego, deberá estarse al sentido literal del mismo. Este fue el criterio seguido por la Comisión de Contratación al valorar las ofertas y así se puso en conocimiento de la ahora recurrente en el escrito mencionado en el antecedente tercero.

La equiparación del término “ciclotrón” con instalación completa habría supuesto la sustitución de un criterio valorativo incluido en los pliegos por otro de contenido distinto y no incluido en aquéllos, lo que supondría una vulneración de los referidos pliegos, por lo que tal equiparación no puede ser admitida.

Octavo. La segunda cuestión planteada hace referencia a la forma de computar la distancia entre cada uno de los ciclotrones y Logroño.

El criterio de medición utilizado por la entidad contratante, según resulta del informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, ha sido la distancia por carretera, al ser ésta la forma normal de distribución de los medicamentos y la que ha venido siendo utilizada por la sociedad ahora recurrente en sus suministros durante los cuatro últimos años.

El recurso interpuesto razona sobre la viabilidad del transporte de los medicamentos por vía aérea, indicando que se empleará un vuelo chárter desde Madrid a Logroño y adjuntando un Plan de Transporte del radiofármaco por la empresa Express Truck S.A.U.

Ello no obstante, la propia recurrente siguió este mismo criterio seguido al formular su oferta. En la página 73 de la Memoria Técnica, apartado 4.7 “Procedimiento de transporte”, dispone:

“El transporte de FDG se realizará por carretera mediante un vehículo de transporte rodado”.

De esta forma, al introducir en el recurso el transporte aéreo como modalidad de transporte, incluyendo un Plan de Transporte, se está pretendiendo modificar el contenido de la oferta en vía de recurso, lo cual no resulta admisible, pues el recurso debe versar sobre la valoración de la oferta realizada en su momento. La admisión de modificaciones en la oferta supondría una alteración sobrevenida del objeto a valorar, lo que crearía una situación de ventaja para la recurrente con la consecuente situación de indefensión de los demás licitadores, que no puede ser amparada por este Tribunal.

Por tanto, la utilización de la distancia por carretera como criterio de medición de la distancia entre el ciclotrón y Logroño es un criterio razonable, habida cuenta de que en las ofertas presentadas no se había hecho referencia a otra modalidad de transporte del fármaco.

Noveno. La siguiente alegación formulada por la recurrente es la vulneración del principio de igualdad de condiciones.

Ahora bien, el hecho del que deriva la recurrente la infracción alegada es la exclusión de IBA MOLECULAR SPAIN S.A., señalando que el razonamiento utilizado para tal exclusión ha sido el que ha dado lugar a la infracción del referido principio.

Sin embargo, la sociedad IBA MOLECULAR SPAIN S.A. no ha sido excluida de la licitación, con lo que al no existir tal exclusión, no existe un razonamiento que pueda dar lugar a la misma, ni vulnerar ningún principio regulador de la licitación.

No obstante lo anterior, interpretando la alegación de forma que pueda tener contenido, cabría entender que la recurrente pretende argumentar que se ha producido la violación del referido principio al realizar la valoración de las ofertas, como consecuencia de que

“se han introducido nuevos criterios técnicos de forma subjetiva y ambigua, sin que estuvieran previamente establecidos en el Pliego”.

Sin embargo, tal razonamiento no puede ser estimado. Se ha señalado en el fundamento de derecho séptimo que el órgano de contratación optó por una interpretación literal del contenido del Pliego de Cláusulas Reguladoras de la Licitación, de forma que no se introdujo ningún criterio no incluido en aquél. Es precisamente la recurrente la que pretende que se introduzca un criterio de valoración no contemplado en el Pliego, cual es que el término “ciclotrón” sea interpretado como instalación completa.

Décimo. La cuarta alegación realizada por la recurrente consiste en la vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Ahora bien, el recurso no fija los hechos en los que se habría producido tal vulneración, lo que impide entrar a enjuiciar la misma.

No obstante lo anterior, pudiera entenderse que tal vulneración se habría producido al valorar las ofertas de los licitadores con arreglo a los criterios interpretativos que se han venido analizando. Sin embargo, este criterio no podría ser estimado, pues la valoración de los ciclotrones (en lugar de las instalaciones completas), así como la utilización de la distancia por carretera como criterio de medición de la distancia entre cada ciclotrón y Logroño se han empleado de manera uniforme respecto de todos los licitadores, de forma que no se observa que se haya producido infracción alguna de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

En consecuencia, la pretensión no puede estimarse.

Undécimo. La última alegación formulada por la recurrente consiste en que “la falta de precisión o confusa y ambigua redacción de los pliegos de condiciones no pueden perjudicar a un licitador que en un primer momento ha hecho una interpretación perjudicial cuando cabría otra interpretación alternativa más favorable”.

En esta alegación, en primer lugar, se está tachando de poco precisa, confusa o ambigua la redacción de los pliegos. Ahora bien, los pliegos no fueron impugnados oportunamente por la recurrente. De esta forma, la presentación de oferta, sin haber impugnado los

pliegos, obliga al licitador a estar y pasar por el contenido de los mismos, conforme resulta del artículo 145.1 del TRLCSP, reiterado en la cláusula 7, primera, último párrafo del Pliego de Cláusulas Regulatorias de la Licitación.

No obstante lo anterior, es cierto que el artículo 1288 del Código Civil establece el principio de que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que haya ocasionado la oscuridad.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no se da una situación de interpretación de una cláusula oscura del contrato. En lo relativo a la interpretación que haya de darse al término “ciclotrón”, se ha razonado en el fundamento de derecho séptimo que no hay oscuridad en el mismo, por lo que debe ser interpretado literalmente, siendo éste el criterio que aplicó el órgano de contratación.

En lo relativo al criterio de medición para el cálculo de la distancia entre cada uno de los ciclotrones y Logroño, no se trata de que la cláusula fuera oscura o la interpretación poco razonable, sino que, como se ha analizado en el fundamento de derecho octavo, la recurrente pretende introducir modificaciones en su oferta técnica en vía de recurso, lo cual no resulta admisible.

En consecuencia procede desestimar la pretensión.

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.P.B., en representación de la sociedad IBA MOLECULAR SPAIN S.A., frente a la Resolución del órgano de contratación de la FUNDACIÓN RIOJA SALUD por la que se acuerda la adjudicación del procedimiento de licitación para la contratación del “Suministro de radiofármacos en monodosis para la Unidad de Medicina Nuclear del Centro de Investigación Biomédica de la Rioja, CIBIR, Fundación Rioja Salud”, con número de expediente 201401-01/RDF-

MNU, ordenando la devolución del expediente al órgano de contratación para que continúe su tramitación.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar acordada conforme a los artículos 45 y 46 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del referido cuerpo legal.

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 Rioja, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.