

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía la firma auténtica y, para evitar el acceso a datos personales protegidos, se ha ocultado el código que permitiría comprobar el original.

Recurso nº 326/2023
Resolución nº 345/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 14 de septiembre de 2023, 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 Logista Pharma S.A.U., contra el Acuerdo del Viceconsejero de Sanidad, de fecha 7 de agosto de 2023, por el que se adjudica el contrato de “servicio de gestión logística en el Hospital Universitario 12 de Octubre y sus centros adscritos”, número de expediente 2023-0-140, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 20 de marzo de 2023 y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 17 de marzo de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 12.683.708,76 euros y su plazo de duración será de dos años y uno más de posible prórroga.

A la presente licitación se presentaron dos licitadores, entre ellos el recurrente.



Segundo.- Interesa destacar, a los efectos de resolver el presente recurso, que el apartado 9 de la cláusula 1 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) establece:

“De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración, a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales el criterio 9.1 Criterio precio.

Se toma en consideración solo el criterio precio, a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición incorpora valores anormales o desproporcionados, con la finalidad de fijar mediante un criterio perfectamente objetivo y esencial, como es el precio, la toma en consideración de apreciar o no la oferta desproporcionado o con valores anormales, ya que esta puede producir la exclusión del proceso de licitación. Al valorar solo este criterio se robustece la decisión de apreciar en su caso la oferta desproporcionada.

Por otra parte, los criterios cualitativos evaluables mediante fórmulas, vienen parametrizados por sus valores máximos y mínimos, por lo que estando en estos parámetros se protege la integridad esencial de la oferta, y respecto a los dependientes de un juicio de valor, por el peso que tienen en el total de la oferta, y su propia regulación, se concluye que no queda tampoco afectada la citada integridad de la oferta, siendo los límites para apreciar que se dan en aquella dicha circunstancia, los siguientes:

A. Se entiende como asumible, una baja máxima respecto del precio de licitación de un 20%, sin que esta situación suponga una merma en la calidad técnica requerida, ni vulnere lo indicado en los pliegos.

B. Además:

Si se presentase un único licitador: si su oferta es inferior al presupuesto base de licitación en más de 20 unidades porcentuales.

Si se presentan varios licitadores, aquellas ofertas cuyo porcentaje de baja sea superior al menos en 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las proposiciones presentadas”.

Tercero.- El 25 de agosto de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Logista Pharma S.A.U., en el que solicita la anulación de la adjudicación por haber incurrido la oferta propuesta en anormalidad y no haberse declarado por la mesa ni solicitado informe de viabilidad.

El 31 de agosto de 2023 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 tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados 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, el adjudicatario Severiano Servicio Móvil S.L. ha presentado 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 y notificado el 7 de agosto de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 25 de agosto de 2023, 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 en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. 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 se basa en considerar que la oferta presentada por el adjudicatario es anormal y este hecho no ha sido determinado por la mesa de contratación y, en consecuencia, no se ha tramitado el expediente contradictorio recogido en el artículo 149.1 de la LCSP.

Al objeto de motivar su impugnación, el recurrente precisa que la oferta del adjudicatario es de 3.910.595,28 euros y la presentada por él es de 3.917.989,28

euros, por lo que aplicando las reglas contenidas en el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP, ya transcrito en los fundamentos de hecho de esta resolución, resulta que la oferta de Severiano Servicio Móvil, S.L. presenta una bajada respecto al precio de licitación (4.891.372,18 euros) de más del 20%, por lo que debe considerarse anormal.

El órgano de contratación, en su escrito al recurso, entiende, y así justifica, que la oferta presentada por Severiano Servicio Móvil, S.L. no es anormal por no superar la bajada en 10 puntos porcentuales a la media aritmética de las dos ofertas presentadas.

Resultando, tras transcribir las operaciones matemáticas precisas, que la baja propuesta respecto de la media aritmética de las dos proposiciones es del 0,09%, lo que arroja un saldo de 4.402,24 euros, en un contrato con presupuesto base de licitación de cerca de 5.000.000 euros.

Por su parte el adjudicatario, en su escrito de alegaciones, manifiesta que siguiendo el textual del apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP existen dos requisitos para considerar a una oferta como anormal; el primero de ellos que su presupuesto sea un 20% inferior al presupuesto base de licitación y, además, de forma acumulativa y no alternativa, en el caso de que sean dos los licitadores que sea inferior al menos en un 10% a la media aritmética de las ofertas presentadas, no cumpliéndose en este caso dichas condiciones.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone,

por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

En el presente caso el número de proposiciones es de dos, por lo que la regla aplicable para determinar la anormalidad junto con la rebaja de un 20% del PBL acumulativamente deberá representar también un 10% de baja respecto a la media aritmética de las dos ofertas presentadas y no como pretende el recurrente aplicar solo la primera de las reglas, es decir el 20% de baja respecto al precio de la licitación.

Por todo ello, se desestima el recurso interpuesto por Logista Pharma S.A.U.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los



términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o*



expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la actuación del recurrente ha sido temeraria, al aplicar las reglas de determinación de la anormalidad de las ofertas de forma incompleta a beneficio de su posición. La multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Logista Pharma S.A.U., contra el acuerdo del Viceconsejero de Sanidad, de fecha 7 de agosto de 2023, por el que se adjudica el contrato de “servicio de gestión logística en el Hospital Universitario 12 de Octubre y



sus centros adscritos”, número de expediente 2023-0-140.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP, en su cuantía mínima de 1.000 euros.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2023.09.20 12:39



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.tribunalcontratacionmadrid.org
mediante el siguiente código seguro de verificación: **0982447**