

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 15 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don F.F.N., en nombre y representación de Gabinetes Audioprótesis y Electromedicina y Servicios, S.A., (GAES) contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, de fecha 11 de junio de 2015, por la que se adjudica el contrato de suministro de implantes cocleares con número de expediente 2015-3-267 derivado del Acuerdo Marco P.A. 2/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 29 de diciembre de 2013 fue adjudicado el Acuerdo Marco para el suministro de implantes cocleares de referencia, siendo suscrito el contrato de Acuerdo Marco el 12 de diciembre de 2013, con cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que el Acuerdo Marco establece como criterios de adjudicación de los contratos derivados tanto el precio (70 puntos), como criterios de calidad a los que se atribuyen 30 puntos, señalando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) “*en la solicitud de oferta, se*

recogerán además del presupuesto máximo del contrato, los criterios de adjudicación y su ponderación, los plazos y lugar de entrega y todas aquellas condiciones que se consideren necesarios cumpliendo, en todo caso, lo estipulado en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el Acuerdo Marco”, y que “Una vez aplicados los criterios de adjudicación (en el marco de la ponderación y criterios técnicos marco establecidos en este Pliego), se seleccionará la empresa/proposición, que para cada lote, resulte más ventajosa. No obstante, por motivos clínicos, podrá adjudicarse más de uno de entre los dispositivos que han sido aceptados en el Acuerdo Marco, si bien, en este caso, habrá de realizarse de modo justificado, en función de los criterios de adjudicación, del objetivo de dar respuesta a las necesidades clínicas y/o del perfil concreto de pacientes.”

Con fecha 1 de abril de 2015 se remitió a la empresa Gabinetes Audioprótesis y Electromedicina y Servicios, S.A., (en adelante GAES) escrito de invitación en el procedimiento de licitación nº 2015-3-267, con importe estimado de 883.391,99 euros, IVA incluido, para el suministro durante doce meses de los productos del Lote 2 del Acuerdo Marco. Dicha convocatoria comprendía en concreto el suministro de: 40 unidades de implante coclear, 20 unidades de procesador externo para implante coclear y 20 unidades de antenas.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que de acuerdo con la invitación cursada *“Las cantidades estimadas de cada lote podrán ser adjudicadas a más de un Proveedor por razones clínicas, según establece la cláusula 34 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco para el suministro de Implantes Cocleares .M.P.A. N° 2/2013”.*

Segundo.- Con fecha 19 de junio de 2015 se remite a GAES notificación de la adjudicación del contrato de suministro de implantes cocleares a la misma por importe de 31.977,90 euros, en la que se adjunta relación de los productos adjudicados, en la que constan 6 unidades de procesador externo para implante coclear y 6 antenas.

Consta que el 26 de junio de 2015 la recurrente dirigió un escrito a la Subdirección de Gestión-Suministros del Hospital Universitario La Paz, solicitando copia completa de la resolución de adjudicación de los tres sublotos dictada por el Director Gerente Atención Especializada Área V, y copia del informe de valoración de los criterios técnicos y la motivación por la cual se ha adjudicado el contrato a más de un proveedor, sin que hasta la fecha conste que se haya atendido dicha petición.

Tercero.- El 6 de julio de 2014 tuvo entrada, en este Tribunal, previa la presentación del anuncio contemplado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por GAES, contra la antes indicada Resolución de adjudicación.

El recurso se fundamenta en la falta de motivación de aquella, para solicitar que se declare la nulidad del acto recurrido.

Ese mismo día se comunicó al órgano de contratación la interposición del recurso especial y se le requirió para que de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 TRLCSP remitiera el expediente administrativo y su informe preceptivo, que tuvo entrada en este Tribunal el día 15 de julio de 2015. En dicho informe después de reconocer que la notificación de adjudicación no cumple las exigencias del artículo 151 del TRLCSP, se pone en conocimiento del Tribunal que con fecha 7 de julio, esto es con posterioridad a la interposición del mismo, se ha efectuado una nueva notificación con el contenido legalmente exigible. Así mismo se alega que no procede anular la adjudicación, como solicita la recurrente puesto que el único defecto o reparo que alega en el recurso es la falta de notificación suficientemente motivada que, según se aduce, se produce a posteriori de la adjudicación por lo que el defecto en la primera en nada vicia la adjudicación propiamente dicha. Por último explica que el órgano de contratación procedió a la adjudicación del contrato teniendo presente, las condiciones establecidas en el citado PCAP del A.M.P.A.

2/2013, así como en los informes emitidos por el Servicio clínico competente, donde se motivan adecuadamente los cumplimientos o no de las ofertas formuladas por las empresas concurrentes, así como en las respectivas proposiciones económicas.

Cuarto.- No se ha dado traslado del expediente administrativo para alegaciones al resto de interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas Procedimiento Administrativo Común, aplicable en virtud del artículo 46 del TRLCSP, al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de GAES para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del formante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato derivado de un acuerdo marco de suministro, sujeto a regulación armonizada, siendo por tanto susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.c) del TRLCSP puesto que remitida la notificación de adjudicación el 19 de junio, el recurso se presentó ante este Tribunal el 6 de julio.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Quinto.- Alega la recurrente una falta absoluta de los elementos esenciales en la notificación de la adjudicación, como son el nombre de los otros adjudicatarios y una absoluta ausencia de motivación, que generan una grave indefensión a GAES, así como la vulneración de los principios de publicidad, transparencia y no discriminación e igualdad de trato, recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, puesto que la notificación de la adjudicación del contrato derivado del Acuerdo Marco no especifica ni el nombre de la otra u otras empresas adjudicatarias del lote, ni las características y ventajas de sus ofertas, ni la justificación de los motivos técnicos que existen por los cuales se ha adjudicado el lote a más de uno.

En el caso que ahora nos ocupa se comprueba que son cinco las licitadoras seleccionadas en el Acuerdo Marco e invitadas a presentar proposiciones para el contrato derivado, que el mismo tenía por objeto el suministro de 40 unidades de implante coclear, 20 unidades de procesador externo para implante coclear y 20 unidades de antenas, habiendo sido adjudicado a la recurrente el suministro de 6 implantes cocleares y 6 antenas. Además, en la notificación de adjudicación únicamente consta el número de unidades que deberá suministrar la recurrente y su precio, junto con una serie de instrucciones para hacerlo y los recursos procedentes contra dicha adjudicación, pero no consta como se aduce, ni quienes han sido adjudicatarias del resto de las unidades objeto del contrato derivado, ni las ventajas o razones que han llevado a adjudicar el contrato a unos y otros licitadores.

La vulneración del artículo 151.4 en cuanto establece que la notificación de adjudicación *“deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”*, ha sido reconocida por el órgano de contratación que además ha pretendido corregir esta falta de

información mediante la práctica de una nueva notificación el día 7 de julio, en la que consta para cada lote, las ofertas excluidas, las admitidas, y la puntuación asignada a cada oferta, explicando únicamente la valoración de los productos de la recurrente, no así de la otra licitadora, recogiendo la expresión “*adjudicado el 30% de los números de orden (...) por motivos clínicos*”, sin especificar cuáles pudieran ser estos motivos .

Teniendo en cuenta que se ha practicado una nueva notificación *prima facie* podría considerarse que se ha producido una satisfacción extra procedimental de la pretensión, que permitiría la inadmisión del recurso. Sin embargo por economía del procedimiento cabe pronunciarse sobre la suficiencia de la nueva notificación efectuada.

De acuerdo con el artículo 151 más arriba citado la notificación expresará en particular entre otros los siguientes extremos: “*En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas*”.

La notificación de la adjudicación ha de contener la motivación suficiente que permita la interposición de un recurso, sin que en el caso de contratos derivados de un previo acuerdo marco, se justifique en modo alguno la falta de motivación de aquélla, sin perjuicio de que esta motivación pueda ser algo menos exhaustiva en cuanto las características técnicas y la calidad de los productos a suministrar, cuando haya quedado fijada en la adjudicación de acuerdo marco.

En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los

actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

Como decíamos, la notificación de adjudicación, a pesar de su subsanación solo contiene respecto de la decisión de adjudicación, el nombre del adjudicatario y los puntos por él obtenidos por cada lote y número de orden con una remisión genérica al PCAP del Acuerdo Marco, pero sin desglosar la puntuación por criterios, ni detallar los parámetros utilizados de acuerdo con el Acuerdo Marco. Respecto de la recurrente se recogen los puntos obtenidos por cada criterio de adjudicación con una breve explicación. Por tanto, el contenido de la notificación sigue sin permitir a la recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCS, recurso suficientemente fundado, de ahí que el contenido de la misma no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP.

Lo expuesto es contrario a los principios generales de la contratación como son la publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato, recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP y supone la vulneración de la legislación de contratación del sector público determinando la anulabilidad de la notificación. Con tal actuación, el órgano de contratación además de vulnerar el principio de transparencia que proclama el artículo 191 TRLCSP, se ha apartado de lo previsto en el propio pliego regulador del procedimiento que se remite al contenido de la notificación expresado en el artículo 151.4 del TRLCSP.

Por otro lado la persistencia de defectos en la notificación, unida a la falta de acceso al expediente, coloca a la recurrente en una posición de clara indefensión y vulnera los principios de contratación pública, especialmente el principio de transparencia contemplado en el artículo 1 del TRLCSP, que debe traducirse en la

necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del procedimiento de contratación, con las limitaciones que impone del deber de confidencialidad al que el mismo precepto se refiere y que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 del TRLCSP.

Por último cabe señalar que como acertadamente señala el órgano de contratación la falta de motivación de la notificación, sin perjuicio de la adecuada motivación del acto de adjudicación, no determina la nulidad de esta última. Efectivamente la notificación es un acto distinto del acto notificado que actúa como condición de eficacia de aquél. De la documentación incorporada al expediente no se deriva que el acto de adjudicación esté insuficientemente motivado, por lo que, si bien la notificación del mismo ha sido realizada incorrectamente, no concurre causa suficiente para anular la adjudicación por falta de motivación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don F.F.N., en nombre y representación de Gabinetes Audioprótesis y Electromedicina y Servicios, S.A., (GAES) contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, de fecha 11 de junio de 2015, por la que se adjudica el contrato de suministro de implantes cocleares con número de expediente 2015-3-267 derivado del Acuerdo Marco P.A. 2/2013, declarando la nulidad de la notificación de adjudicación, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento anterior a la misma, al objeto de que se notifique debidamente motivada con el contenido del artículo 151.4 del TRLCSP a todos los licitadores en el procedimiento.

Segundo.- 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.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.