

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

En Madrid, a 31 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.P.M., en nombre y representación de World Médica S.L., contra la Resolución de fecha 26 de junio de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria por la que se adjudica el, Acuerdo Marco para la contratación del suministro de Estent coronarios con destino a los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, PA 21/2012, en relación con los lotes 6, 7 y 13, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 y 14 de febrero de 2013 se publicó respectivamente en el BOE y en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al Acuerdo Marco para el suministro de estent coronarios con destino a los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), dividido en 15 lotes, con un valor estimado de 50.344.800 euros, mediante procedimiento abierto y un único criterio de adjudicación, el precio.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se exige, a efectos de acreditar la solvencia técnica, para los lotes 7 y 13 *“Todos los estent deberán presentar la evidencia científica disponible”*, mientras que para el lote 6 se exige: *“Todos los estent farmacoactivos ofertados por los licitadores deberán demostrar evidencia científica en estudios amplios de eficacia clínica y seguridad con nivel de evidencia científica de al menos 2++ y grado de recomendación de al menos B en relación a:*

- *Baja tasa de reestenosis, con pérdida luminal tardía inferior a 0,35 mm a los 6 – 12 meses de la implantación.*
- *Baja tasa de trombosis: inferior a 2 % en el primer año.”*

Asimismo debe señalarse que en la cláusula 10 del PCAP se indica que la documentación administrativa a presentar deberá incluirse el sobre 1, que contendrá dos sobres numerados:

SOBRE Nº 1-A. Documentación Administrativa.

SOBRE Nº 1-B. Documentación Técnica y complementaria.

Segundo.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Durante el plazo de presentación de ofertas se presentaron 14 licitadoras para los lotes objeto del presente recurso, siendo una de ellas la recurrente. Con fecha 13 de marzo de 2013, tal y como consta en el Acta correspondiente a dicho acto, se

reunió la Mesa de contratación acordando excluir a la recurrente de los lotes 6,7 y 13, especificando en el apartado “Causa” *“En los tres lotes no presenta estudios de evidencia científica”*. El acto de exclusión se sustenta en informe efectuado por la Comisión Técnica de Valoración que se limita a constatar en un cuadro el cumplimiento de las exigencias del pliego.

Respecto de la oferta de la recurrente para los tres lotes se indica *“No presenta estudios de evidencia científica”*, mientras que para alguna otra licitadora se hace constar que *“No cumple el nivel de evidencia científica solicitado”*.

De acuerdo con dicho informe con fecha 26 de junio de 2013 la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria del SERMAS dictó sendas resoluciones de adjudicación para cada lote, publicándose las mismas en el portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid el día 27 de junio. No consta una notificación individual a la recurrente.

A la vista de las Resoluciones de adjudicación con fecha 5 de julio de 2013, la recurrente solicita, como requisito previo a la interposición del recurso especial, que se le informe motivadamente de cuáles han sido las causas de la exclusión de su oferta y que se le dé acceso al expediente. Mediante escrito firmado por el responsable del área de logística y aprovisionamiento del SERMAS, se le comunica que la exclusión se acordó por la Mesa de contratación en base al informe técnico emitido por el equipo de valoración al no presentar los estudios de evidencia científica exigidos en el punto 5 del anexo I del PCAP, señalando que las exclusiones y los motivos de las mismas fueron puestas de manifiesto a las empresas licitadoras en el acto público de apertura de 13 de marzo. Así mismo se le emplaza para tener acceso al expediente el día 10 de julio.

Tercero.- La recurrente, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del TRLCPS, presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal con fecha 15 de julio de 2013, siendo requerido ese mismo día el órgano de contratación para que remitiera el expediente y el informe preceptivo exigido en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se realizó el día 25 de julio de 2013.

La recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación y que se retrotraigan las actuaciones a fin de admitirla a la licitación permitiéndole la posibilidad de subsanar el requisito correspondiente a la solvencia técnica para que la Mesa valore la proposición.

Fundamenta su recurso en la falta de notificación de la resolución de adjudicación, asimismo aduce que sí que aportó los estudios de evidencias científicas exigidos para cuya acreditación acompaña al escrito de recurso copia del índice del sobre de documentación administrativa y del contenido del mismo donde efectivamente constan estudios de evidencia científica de diversos productos, y por último aduce que en todo caso la Mesa de contratación debería haberle permitido subsanar los defectos padecidos.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, aduce que la Mesa de contratación según el informe emitido por la Comisión Técnica de Expertos de 15 de julio de 2013, en ningún caso podía admitir a trámite la oferta técnica de la recurrente debido al incumplimiento de los parámetros mínimos para la demostración de la evidencia científica que no responden a los criterios de calidad exigidos en los pliegos.

Cuarto.- Con fecha 25 de julio de 2011 se dio trámite de audiencia al resto de los interesados en el procedimiento de contratación, sin que se haya presentado escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

También queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Aunque en el expediente de licitación no se ha realizado notificación de la adjudicación a la recurrente, habiéndose producido aquélla el 26 de junio y habiéndose dado acceso al expediente a la recurrente el día 10 de julio, debe concluirse que el recurso interpuesto el día 15 de julio se presentó en plazo.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- Son tres los reproches que la recurrente realiza al acto impugnado, de un lado la falta de notificación formal del mismo, en segundo lugar el error en la apreciación por la Mesa de contratación en cuanto a la falta de la documentación acreditativa de la solvencia y en tercer lugar, la falta de requerimiento para subsanar el eventual defecto en la documentación administrativa.

Por lo que se refiere a la falta de notificación de la adjudicación, la exigencia de la misma es muy clara de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCPS *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.”* No queda duda de que la Ley exige que la notificación de la adjudicación se realice no solo a los adjudicatarios, sino también a todos los demás licitadores o candidatos, también a los que han sido excluidos, incluso aunque la causa de la exclusión se haya comunicado en el acto público de apertura de las ofertas económicas. Ello resulta de la redacción del siguiente párrafo del mismo precepto cuando indica. *“La notificación 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.”*

En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*
- b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*
- c) 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”.*

Así pues en este punto puede estimarse la pretensión de la recurrente si bien debe precisarse el alcance que la falta de notificación de la adjudicación tiene en relación con el acto recurrido.

Con carácter general la motivación de la notificación 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. La Administración 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 o el licitador excluido 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):

“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”.

En el caso que nos ocupa consta que la recurrente, como la misma reconoce, tuvo acceso posteriormente al expediente de contratación, por lo que pudo conocer no solo que había sido excluida de la licitación, sino también los motivos que justificaron tal exclusión, habiendo de hecho podido interponer recurso fundado en derecho al respecto. Por lo tanto, aunque como hemos señalado el acto recurrido no fue notificado a la recurrente, esta infracción del TRLCSP no puede tener eficacia respecto de la validez o nulidad del acto en tanto en cuanto el recurrente ha podido interponer recurso enervándose con el acceso al expediente y la información que le fue facilitada la indefensión que pudiera en su caso fundamentar la nulidad del acto.

Sentado lo anterior debe examinarse si la actuación de la Mesa de contratación excluyendo de plano a la recurrente y sin darle opción de subsanación de los defectos de que al parecer adolecía la documentación presentada es conforme a derecho.

Como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas constituyen la ley del contrato, de manera que tanto los licitadores y contratistas como los órganos de contratación deben atenerse a sus cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 del TRLCSP y constante jurisprudencia.

En este caso el PCAP exigía como medio de acreditación de la solvencia técnica, evidencia científica, a través de los estudios correspondientes tal como consta en los antecedentes de hecho. A este respecto, aduce la recurrente, y así lo acredita con la documentación que aporta con su escrito de recurso que presentó los indicados estudios. Debe señalarse que no se ha incluido en el expediente administrativo la documentación aportada por la recurrente. Sin embargo, se comprueba por el Tribunal que en el índice correspondiente a la documentación del sobre nº 1 A que acompaña al escrito de recurso, consta relacionado con el número 16 un documento denominado “Evidencias clínicas”. Dicho documento se refiere a

distintos productos, en concreto Nile Pax/Delta Pax, Nile CroCo, y Amazonia CroCo. Sin perjuicio del contenido de estos estudios, resulta que la recurrente sí que aportó la documentación solicitada.

Por otro lado el informe de valoración se realiza sobre el contenido del sobre 1 B que es el que, de acuerdo con el PCAP, debía contener la documentación de carácter técnico, por lo que es obvio que cuando se realizó la indicada valoración los técnicos no tuvieron acceso a los estudios de evidencias científicas solicitados. Por lo tanto parece que la exclusión de la recurrente obedece a un error cometido por la misma al incluir en el sobre 1 A, documentación que debería haber incluido en el sobre 1 B.

A pesar del error cometido por la recurrente, el artículo 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, relativo a la calificación de la documentación y aplicación de los criterios de selección, establece en su apartado 2 que, si se observasen defectos y omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados, concediéndoseles un plazo no superior a 5 días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios. En términos similares se dispone la subsanación de defectos u omisiones de la documentación que acompaña a las proposiciones en el artículo 81.2 del RGLCAP.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos u omisiones en la documentación que ha de acompañar a las proposiciones de las empresas. Este trámite es de obligado cumplimiento siempre que los defectos u omisiones en la documentación presentada sean subsanables, correspondiendo a la Mesa de contratación apreciar qué defectos son subsanables, o no, puesto que la normativa no lo determina expresamente.

La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, y ha de concederse por igual a todos los licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad de trato establecidos en los arts. 1 y 139 TRLCSP. En este sentido se pronuncia el informe 2/2012 de 22 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

En este caso tal y como resulta del examen del expediente administrativo, no se concedió a la recurrente el trámite de subsanación correspondiente por lo que la actuación de la Mesa de contratación en este punto no es ajustada a derecho procediendo la estimación del recurso.

Por último, como más arriba hemos indicado, consta que los estudios de evidencias clínicas fueron aportados por la recurrente para cada lote, por lo que procede también en relación con este punto la estimación del recurso, sin perjuicio del examen de la suficiencia de los estudios que corresponde a la Comisión Técnica de Valoración.

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 interpuesto por Don A.P.M., en nombre y

representación de World Médica S.L., contra la Resolución de fecha 26 de junio de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria por la que se adjudica el contrato, PA 21/2012, Acuerdo Marco para la contratación del suministro de Estent coronarios con destino a los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, anulando la misma por lo que se refiere a los lotes 6, 7 y 13, debiendo retrotraerse el procedimiento para la valoración de la documentación presentada por la recurrente.

Segundo.- Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento cuyo mantenimiento fue acordado en sesión del día 17 de julio de 2013.

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.

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 49 del TRLCSP.