

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2019

VISTO los recursos especiales en materia de contratación acumulados interpuestos por don J.C. y don J.S.C., en nombre y representación de Octapharma S.A. (en adelante Octapharma) , y doña M.S.L. en nombre y representación de CSL Behring S.A. (en adelante CSL Behring) contra el acuerdo de exclusión del procedimiento con número de GCASU 2019-1-FAR, que tiene por objeto la contratación del suministro de albúmina humana 5% para el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de mayo se publica en el Perfil de contratante la convocatoria anunciada a licitación, con un valor estimado de 192.075 euros.

Segundo.- El 22 de julio la representación de Octapharma presenta recurso especial en materia de contratación contra la resolución de exclusión de ese procedimiento y el 23 de julio, CSL Behring presenta recurso por el mismo motivo. Ambas excluidas por no subsanar en plazo la documentación requerida, alegando las dos no haber sido alertadas a través del Sistema de Notificaciones Telemáticas. En fecha 6 de junio de

2019 a las 15:31 horas se publica en el Tablón de Anuncios del Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el siguiente anuncio:

“CERTIFICADO doña B.G.D., Secretaria de la Mesa de Contratación del 6 de junio de 2019 en el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda.

C E R T I F I C O: Que realizada, mediante tramitación electrónica, la apertura de la documentación administrativa del procedimiento abierto GCASU 2019-1-FAR, para el SUMINISTRO DE ALBÚMINA HUMANA 5%, por la Mesa de contratación del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, y efectuada la calificación previa de los documentos presentados por las firmas comerciales Octapharma, S.A., CSL Behring, S.A. y Grifols Movaco, S.A., de conformidad con los requisitos establecidos en la vigente legislación de Contratos del Sector Público y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se ha de regir el contrato, se han constatado los defectos u omisiones de documentación siguientes:

Octapharma, S.A.:

- Deberán declarar si cumplen los criterios de solvencia económica financiera y técnica, dado que no lo han hecho constar en el DEUC.*
- Deberán aportar la Autorización para comercializar el medicamento/-os objeto del contrato, por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, tal y como indica el punto 5 de la cláusula 1 del PCAP.*

CSL Behring, S.A.:

Deberán aportar la Autorización para comercializar el medicamento/-os objeto del contrato, por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, tal y como indica el punto 5 de la cláusula 1 del PCAP.

La documentación deberán aportarla accediendo a la página de “Gestiones y trámites” del sitio web de la Comunidad de Madrid (<https://gestionesytramites.madrid.org>).

Se concede un plazo de tres días naturales a partir de la publicación en el perfil del contratante para que los licitadores corrijan o subsanen ante la mesa de contratación los defectos u omisiones reseñados, mediante la presentación de la documentación requerida en los términos establecidos, publicándose dicha circunstancia en el tablón de anuncios del perfil del contratante de la Comunidad de Madrid (Consejería de Sanidad) y advirtiéndose que la no subsanación dentro del plazo concedido será

causa de inadmisión de la proposición; por lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 141 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, así como en el art. 19, del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el art. 22 del 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, expido y firmo. La Secretaria de la Mesa de Contratación”.

Tercero.- Habiendo dado traslado al órgano de contratación para que remitiera el expediente e informara lo verifica en fecha 29 de julio. El adjudicatario, Grifols Movaco, acusa recibo del plazo para alegaciones en fecha 7 de agosto, pero no las presenta.

Cuarto.- En fecha 24 de julio se acuerda la suspensión del procedimiento por este Tribunal a instancias de CSL Behring.

A los anteriores antecedentes son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante LCSP). y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de los recurrentes *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las*

decisiones objeto del recurso”, (artículo 48 de la LCSP), siendo licitadores en el procedimiento.

Se acredita igualmente la representación con que actúan los firmantes de los recursos.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra un acto de trámite cualificado, como es la exclusión del procedimiento, cabiendo recurso conforme al artículo 44.2. b) de la LCSP. Y en un contrato de valor estimado superior a los 100.000 euros (artículo 44.1. a)).

Cuarto.- Los escritos se interponen en plazo de quince días desde la fecha en la que, según los recurrentes, tienen conocimiento de su exclusión con motivo de la notificación de la resolución de adjudicación del contrato en fecha 11 de julio.

Procede la acumulación de los recursos al impugnarse el mismo Pliego y por similares motivos, conforme al artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Quinto.- Ambos recurrentes impugnan que no se les haya notificado la necesidad de subsanar la documentación presentada a través de las alertas del Sistema de Notificaciones Telemáticas en el que se encontraban dadas de alta.

El órgano de contratación informa que los Pliegos indican que la comunicación de la obligación de subsanar se verificará a través de la publicación en el Perfil del Contratante y no por el sistema de alertas, que probablemente tuviera inactivo el recurrente o no estuviera pendiente del mismo, y, por ello, no le conste. El sistema de alertas, común a otros procedimientos administrativos, es un servicio que presta la Comunidad de Madrid ajeno a los sistemas de notificación o publicación de la LCSP.

El aviso es un sistema informático de la Comunidad de Madrid que no supe la publicación o la notificación, y, por ende, la diligencia debida del licitador. Como dice, la propia web del Portal de Contratación: *“Servicio de alertas: en la ficha del*

correspondiente contrato es posible suscribirse a un servicio de alertas que enviará mensajes de texto a teléfono móvil (SMS) o correo electrónico cada vez que se añadan nuevos datos o documentos o que se modifiquen los publicados". El servicio de alertas tiene un carácter meramente informativo y no es un acto de notificación o publicación.

A juicio de este Tribunal el artículo 141.2 de la LCSP no establece la obligación de notificar personalmente a los licitadores la obligación de subsanar, limitándose a afirmar que *"cuando esta (la Mesa) aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija"*. En cuanto a la subsanación el Pliego prevé expresamente que basta la publicación en el Portal de Contratación.

En la cláusula 10 del mencionado documento, se especifica claramente y resaltado en fondo azul, para remarcar la importancia del texto, lo siguiente:

Tablón de anuncios electrónico: "Se comunicarán a los interesados los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada por los licitadores, los empresarios admitidos y los excluidos de la licitación, y las ofertas con valores anormales mediante su publicación en el tablón de anuncios electrónico, del Portal de la Contratación Pública -Perfil de contratante- (<http://www.madrid.org/contratospublicos>).

Quienes figuren como interesados o representantes en procedimientos abiertos en la Comunidad de Madrid pueden enviar comunicaciones o aportar nuevos documentos al correspondiente expediente, accediendo a la página de "Gestiones y trámites" del sitio web de la Comunidad de Madrid (<https://gestionesytramites.madrid.org>). También existe la posibilidad, en esa misma página, de utilizar un formulario genérico de solicitud para presentar documentos y comunicaciones dirigidos a cualquier órgano de la Comunidad de Madrid".

La cláusula 12 del PCAP incide nuevamente en este punto, estableciendo además el plazo para subsanar: *"Finalizado el plazo de admisión de proposiciones, se constituirá la Mesa de contratación, con objeto de proceder a la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la*

Comunidad de Madrid, concediéndose un plazo de tres días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen”.

Esta disposición es conforme al artículo 140.1. a) 4º de la LCSP que señala que: *“en relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación: (...) 4.º La designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*

No habiendo optado el órgano de contratación por realizar la notificación de la subsanación de defectos de otra forma que no sea a través de la publicación en el Portal de Contratación, a tal medio ha de estarse.

Este medio viene impuesto por el Art. 19 del Reglamento General de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Decreto 49/2003, de 3 de abril), que especifica lo siguiente: *“Los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada por los licitadores, los empresarios admitidos y los excluidos de la licitación, las ofertas con valores anormales o desproporcionados, u otras informaciones relativas a la tramitación de los procedimientos se comunicarán a los interesados mediante su publicación en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, indicándose así en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento que contenga las cláusulas y defina los pactos y condiciones del contrato, especificando su dirección de Internet”.*

(Actualmente, <http://www.madrid.org/contratospublicos>).

Para finalizar, en el artículo 141 de la LCSP incide en lo apuntado en la cláusula 12 del PCAP: *“Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido*

en la letra c) del apartado 4 del artículo 159. 2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”

El recurrente alega erróneamente que no fue notificada de su obligación de subsanar, pero lo cierto es que la única obligación que tiene el órgano de contratación en lo referente a la comunicación de las subsanaciones es su publicación en el Portal de la Contratación Pública, en concreto en Tablón de Anuncios, tal y como se refleja en la LCSP y en los Pliegos.

Es más, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, prevé en su artículo 45.1. b) la publicación como medio sustitutivo de la notificación en los procedimientos de concurrencia competitiva de cualquier clase.

“1. Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

En todo caso, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos”.

Por todas estas razones procede la desestimación de este motivo de los recursos acumulados.

Adicionalmente, Octapharma alega que la Resolución de adjudicación del contrato esté desprovista de motivación alguna. Ocorre, sin embargo, que siendo el precio el único criterio de adjudicación y además siguiendo en liza un único licitador, la motivación consignada es suficiente. Amén, la falta de legitimación del recurrente

para impugnar este motivo, una vez decaído su derecho a continuar en el procedimiento por no subsanar la documentación requerida.

Procede también la desestimación de este motivo.

Adicionalmente CSL Behring cuestiona la comunicación de subsanación porque la información requerida, la habilitación del medicamento, es pública y se puede acceder a ella a través de la web de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, alegando que *“los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración”* (artículo 28 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Ocurre, sin embargo, tal y como señala el órgano de contratación que el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP requiere entre la documentación a presentar:

“5.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: Sí

Autorización para comercializar el medicamento/-os objeto del contrato, por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.”

Si el licitador no estaba conforme con la obligación de presentar esta documentación, lo que debió hacer es impugnar los Pliegos, haciendo valer entonces su derecho a no presentarlos e indicando donde se encontraban publicados y la forma de acceso.

Llegados a este punto conviene recordar la Resolución 166/2018 de 30 de mayo del Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la que dice: *“Se debe reiterar que como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (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 y los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna”.

Procede desestimar este motivo de recurso.

Se extiende también el recurrente sobre principios generales como el antiformalismo o la promoción de la máxima concurrencia, que entiende vulnerados por la interpretación de la Mesa de Contratación, pero estos principios no alcanzan para sustentar una interpretación distinta o vulnerar la aplicación de los Pliegos en detrimento del principio de igualdad y de los derechos de otros licitadores.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría 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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don J.C. y don J.S.C., en nombre y representación de Octapharma S.A. y doña M.S.L. en nombre y representación de CSL Behring S.A. contra el acuerdo de exclusión del procedimiento con número de GCASU 2019-1-FAR, que tiene por objeto la contratación del suministro de albúmina humana 5% para el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento decretada por este Tribunal en fecha 24 de julio de 2019.

Tercero.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la imposición de multa, conforme al artículo 58.2 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.