

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

En Madrid, a 8 de marzo de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por don M.P.M., en nombre y representación de CIPLA EUROPE NV-Sucursal en España, (en adelante CIPLA) contra la Resolución de adjudicación del lote 17 del contrato denominado “Suministro de Medicamentos Antineoplásicos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente número P.A. 2016-0-85, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 24 de septiembre de 2016 se publicó en el DOUE, 11 de octubre de 2016 en el perfil de contratante, 18 de octubre de 2016 en el BOCM y 24 de octubre de 2016 en el BOE, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en treinta lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos ellos objetivos. El plazo de ejecución es de doce meses con posibilidad de prórroga por otro periodo de igual duración. El valor estimado del contrato asciende a 2.500.078,09 euros, pudiendo los empresarios licitar a uno o a todos los lotes.

**Segundo.-** El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en su punto 4 relativo a las

“características del suministro” enumera las características del contrato y en su párrafo quinto advierte *“No se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos”*

Al lote 17 “Capecitabina 500 mg/comp.” presentaron oferta cuatro licitadoras, una de ellas la recurrente.

**Tercero.-** El 7 de diciembre de 2016 se reúne la Mesa de contratación y acuerda respecto de la oferta presentada por CIPLA su exclusión por el siguiente motivo *“No compromiso no exigencia pedido mínimo”*.

El 27 de enero de 2017 se publica en el perfil del contratante y se notifica por fax a CIPLA el día 30 de ese mes, la Resolución de la Directora Gerente del Hospital 12 de octubre, por la que se adjudica el referido contrato en la que se especifican los licitadores excluidos y motivos de la exclusión, figurando respecto de la recurrente *“No compromiso no exigencia pedido mínimo”*.

**Cuarto.-** Con fecha 17 de febrero de 2017, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 17.

El recurso alega la incorrecta exclusión de la oferta ya que CIPLA no presentó ninguna declaración comprometiéndose a no exigir pedidos mínimos porque el Pliego ni lo especificaba, ni los permitía sino que expresamente no los admitía. Por lo que solicita la nulidad del Acuerdo de exclusión y del acto de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de las ofertas para su adjudicación a la oferta que, cumpliendo con el PPT, resulte más ventajosa.

**Quinto.-** El órgano de contratación remitió al Tribunal el 22 de febrero de 2017, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

**Sexto.-** Con fecha 22 de febrero de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Séptimo.-** Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiéndose formulado ninguna.

## 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 recurso.

**Segundo.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa CIPLA para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote 7 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al resultar excluida del procedimiento.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 25 de enero de 2017, practicada la notificación el 30 del

mismo mes e interpuesto el recurso el 17 de febrero de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de CIPLA, debió ser admitida a la licitación del 17, por considerar que ni el PCAP ni el PPT exigían expresamente la presentación de un compromiso de no exigencia de pedido mínimo, y que siendo el criterio doctrinalmente aceptado que *“la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna”* y estando además expresamente prohibido en el PPT que los licitadores impongan la exigencia de un pedido mínimo, su no presentación no supone ningún incumplimiento.

Considera la recurrente que incluso en el supuesto de que se entendiera que dicho documento era exigible, no hay que olvidar que el pliego no contempla la exclusión de la oferta para aquellas empresas que no lo presenten, sino que establece el mandato expreso de que no sería admitida la exigencia de pedidos o cantidades mínimas, siendo distinta la consecuencia de no admitir (que sería la no consideración de dicha condición) que excluir la oferta.

Alega en su derecho la Resolución 1/2016, de 14 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Castilla y León, que manifiesta que *“no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato”*.

Por su parte el órgano de contratación defiende lo actuado señalando que según lo establecido en la cláusula 12, el apartado B) SOBRE Nº 2 “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA” del PCAP, y dentro del marco legal establecido en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, el licitador debe acreditar de manera documental y fehaciente, los requisitos exigidos en el PPT, para su posterior valoración por los

técnicos encargados de elaborar el correspondiente informe técnico para la Mesa de Contratación, por cualquier medio que se considere adecuado. Y el apartado 4 “Características del Suministro” del PPT, contiene el requisito de que *“no se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos de pedido”*, lo cual no ha sido acreditado en modo alguno por el licitador recurrente al que la Ley y el Pliego le permitía acreditarlos *“por cualquier medio que se considere adecuado”*. Es por ello que tras ponerse de manifiesto en el Informe Técnico, este licitador fue excluido, porque debió aportar el correspondiente compromiso/declaración sobre su cumplimiento y forma de llevarlo a cabo. En el informe emitido por el Jefe de Servicio de Farmacia del Hospital se considera que no basta el mero hecho de la aceptación de los Pliegos en el momento de licitar mediante la firma de la instancia de presentación de la oferta con la manifestación expresa de la conformidad a las condiciones del pliego por parte del licitador, para garantizar que todas esas especificaciones se cumplen. De hecho, la experiencia en diferentes concursos, e incluso en este que es objeto del recurso, ha mostrado que algunos laboratorios presentan sus ofertas a pesar de que sus productos incumplan especificaciones tan relevantes como las referidas a presentación o identificación. El Servicio de Farmacia considera que no menos importante que la garantía del cumplimiento de las características técnicas de los lotes ofertados es la de las características de suministro que aparecen también en el PPT, y que están motivadas en poder adecuar los sucesivos pedidos al adjudicatario a las necesidades reales del Hospital y consiguientemente reducir el inmovilizado.

Concluye que siendo un requisito exigido en el PPT, por tanto de obligado cumplimiento, al no quedar acreditado, la oferta queda automáticamente excluida del procedimiento conforme establece el artículo 83 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas.

La exclusión del recurrente no se fundamenta en el incumplimiento de las condiciones requeridas, sino en un defecto formal consistente en no aportar una declaración de compromiso que, por otra parte, el PPT no especifica la obligación de

presentarlo, ni en qué sobre debía incluirse, aparte de requerirse en el PPT como contenido obligatorio para la realización de la prestación por el adjudicatario.

Si bien es cierto, que el artículo 160 del TRLCSP permite solicitar informes para verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego, esto no puede llevarse a extremos de exigir documentación no prevista en los pliegos ni se puede pretender verificar el cumplimiento de obligaciones que se corresponden con la fase de ejecución del contrato. Una cosa es comprobar que el producto y/o servicio ofrecido se ajusta a los requerimientos técnicos y la procedencia de exclusión de aquellas ofertas que no se adecúan a lo requerido para satisfacer las necesidades del órgano contratante y otra cosa es pretender verificar el cumplimiento de obligaciones cuyo cumplimiento se demora a la fase de ejecución contractual.

En este caso debemos señalar que, tal como sostiene la recurrente, ningún precepto de los pliegos indica que deba incluirse una declaración expresa asumiendo las condiciones de suministro. El apartado 4 del PPT recoge entre otras condiciones de ejecución del contrato, *“No se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos”*. Esta obligación se asume por la mera formulación de oferta sin que sea necesaria ninguna declaración enumerativa de cuáles son las que se asumen o cuáles no. Al efecto consta en el modelo de oferta económica que *“don (...) enterado de las condiciones, requisitos y obligaciones establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente (...) se compromete a tomar a su cargo la ejecución del contrato, en las siguientes condiciones (...)”*. Salvo que alguna de las condiciones que se señalen por el licitador sea distinta, condicionada, o exceptúe el cumplimiento de alguna de las contenidas en dichos pliegos, su oferta asume todas las impuestas en ambos. Ninguna referencia consta en la oferta condicionando el precio a un pedido mínimo, o que no acepta alguna otra de las obligaciones impuestas en el PPT, por lo que la Mesa de contratación no pudo dudar sobre la voluntad contractual de la recurrente.

En el mismo sentido se ha presentado por la recurrente la instancia de presentación de la oferta en la que expresamente *“Solicita su admisión como LICITADOR en el expediente arriba indicado, convocado por este Hospital, manifestando previamente su conformidad con todas y cada una de las Condiciones del Pliego del mismo”*.

Las condiciones de ejecución del suministro se recogen en el PPT y todas quedan comprendidas dentro de las declaraciones de asunción del mismo sin que se solicite desarrollar alguna de ellas y sin que de la documentación aportada se compruebe la declaración de excepción o salvedad de ninguna, por lo que no se puede apreciar el incumplimiento en el momento de formular la oferta. Incorporado el PPT al contenido obligacional del contrato, su cumplimiento deberá comprobarse en la fase de ejecución. Sería desproporcionado exigir que las proposiciones hagan una declaración explícita y exhaustiva de cada una de las condiciones de ejecución o condiciones técnicas previstas en el PPT.

La interpretación de las causas de exclusión como contraria al principio de concurrencia ha de ser restrictiva.

Aun considerando la necesidad de presentación de una declaración explícita tampoco procedería la exclusión automática. Como hemos dicho no hay una declaración contraria y por ello, la omisión podría ser objeto de aclaración.

El artículo 56.3 de la Directiva 2014/24/UE establece: *“3. Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia”*.

Una vez presentada una oferta no puede ser modificada ni por el licitador ni por el poder adjudicador. Sin embargo, la línea marcada por la doctrina del TJUE, como la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (Asunto C- 599/10, SAG ELV Slovensko a.s.) del Tribunal de Justicia, viene a reconocer la posibilidad de aclaración y subsanación, al señalar que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”*. Esta línea doctrinal aparece respaldada en la Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2009 (Asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV), que señala que es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime las ofertas sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones: *“Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente”*.

Como hemos señalado anteriormente, conforme al artículo 115 del TRLCSP que establece que los PCAP incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y el artículo 145.1 que la presentación de proposiciones por los interesados supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, solo cabe entender que el licitador asume el compromiso motivo de la exclusión, por lo que, aún siendo posible la solicitud de aclaraciones no modificativas, en este caso, siendo clara la voluntad de CIPLA de aceptar las condiciones de ejecución del contrato en los términos del PPT, manifestada de forma explícita en el expediente de contratación e implícita en la formulación del recurso, se hace innecesario solicitar aclaración de la oferta para incluir la declaración que motivó la exclusión.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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.-** Estimar el recurso especial, interpuesto por don M.P.M., en nombre y representación de CIPLA EUROPE NV-Sucursal en España, contra la Resolución de adjudicación por la que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 17 del contrato denominado “Suministro de Medicamentos Antineoplásicos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente número P.A. 2016-0-85, procediendo la retroacción del procedimiento para la admisión y valoración de su oferta.

**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.