

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

En Madrid, a 23 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña R.M.M., en representación de la empresa BAMA-GEVE S.L., contra la adjudicación del lote nº 1 del contrato de adquisición de material de antiescaras y hemostático para el Hospital Universitario de Getafe, Expte. PACP 2014-1-1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Hospital Universitario de Getafe convocó licitación para adquisición de material de antiescaras y hemostático mediante procedimiento abierto y criterio único el precio. El valor estimado del contrato asciende a 378.797,80 euros.

Segundo.- La descripción del lote 1 es:

“Ácidos grasos hiperoxigenados para la prevención de úlceras por presión. Presentado en envase pulverizador de aproximadamente 30 ml.”

BAMA-GEVE S.L., licitó a los lotes 1 y 2.

En cumplimiento del artículo 160.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), se solicitó informe técnico para verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.

El 31 de marzo de 2014, el órgano de contratación del Hospital Universitario de Getafe resuelve adjudicar el lote 1 a la empresa B. Braun Medical S.A. En fecha 2 de abril de 2014 se remite por correo electrónico la resolución de adjudicación.

Tercero.- Con fecha 9 de abril de 2014 se recibe en el Registro del Hospital Universitario de Getafe anuncio de recurso especial en materia de contratación por parte de la empresa Bama-Geve. El 11 de abril de 2014 tuvo entrada en el citado Hospital el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote nº 1.

El recurso alega, que siendo su oferta la económicamente más ventajosa debió ser el adjudicatario y no B. Braun. Tratándose de un procedimiento con un único criterio de adjudicación y no habiendo otro parámetro (ni técnico, ni de envase, ni de servicio, etc.) debió ser el adjudicatario. Por ello solicita que se revise y rectifique la propuesta de adjudicación resultando definitivamente adjudicataria del lote 1 la empresa Bama-Geve.

Cuarto.- El recurso especial, se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 14 de abril, junto con una copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En su informe el órgano de contratación alega que en la descripción del lote 1 aparece como prescripción técnica la presentación en envases de aproximadamente 30 ml. y el ofertado por la recurrente es de 200 ml.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de

interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de B. Braun Medical en el que alega que el lote 1 requiere un envase aproximado de 30 ml. habiendo ofertado Bama-Geve un volumen casi siete veces superior al solicitado y dado que comercializa su producto en diferentes volúmenes podía haber ofertado el envase de 30 ml. Siendo el único criterio de adjudicación el precio, solo se pueden admitir aquellas ofertas que cumplan las prescripciones técnicas. A su vez pone de manifiesto el incumplimiento de Bama-Geve de las prescripciones técnicas del lote 2 donde también oferta un volumen diferente al solicitado en el pliego por lo que entiende que ha habido un error en la valoración de este producto por la Mesa de contratación, y que al ponerlo de manifiesto debe ser resuelto también en este recurso, por lo que Bama-Geve no puede ser adjudicataria de ese lote 2.

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 de la empresa Bama-Geve S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote nº 1 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 31 de marzo de 2014, practicada la notificación el 2 de abril, e interpuesto el recurso el 11 de abril, 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 Bama-Geve S.L. debió resultar adjudicataria del lote nº 1 al presentar la oferta económicamente más ventajosa en un procedimiento cuyo único criterio de adjudicación es el precio.

De lo expuesto en el recurso y a la vista de la notificación de adjudicación así resulta, pues no consta que la recurrente haya sido excluida ni las razones de su exclusión. En consecuencia, de ser así, debió resultar adjudicataria.

No obstante, en su informe al recurso el órgano de contratación alega que el producto ofertado incumple determinada prescripción técnica en cuanto que no se ajusta al volumen de presentación del producto exigido en los pliegos que rigen la licitación.

Examinado el expediente administrativo consta que ni en la propuesta de adjudicación, ni en la adjudicación misma, ni en la notificación practicada se haya excluido la oferta de la recurrente ni se haya puesto en su conocimiento los motivos de tal exclusión de manera que pueda formular en su caso un recurso debidamente fundado.

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. 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 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 licitador 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.

En concreto respecto del contenido de las notificaciones de adjudicación 151.4 del TRLCSP: *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

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: (...)

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”.

A la vista de la notificación efectuada resulta claro que la misma no declara excluida la recurrente indicando las causas, pero es que además tampoco la propia Resolución de adjudicación concreta los motivos de la exclusión de la recurrente, por lo que produce indefensión en orden a la interposición de recurso.

El primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto, constando de modo expreso cuál de todas las exigencias es incumplida.

Por tanto, el contenido de la notificación no permitía a la ahora recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, recurso suficientemente fundado, prueba de ello es que no realiza alegación alguna de fondo sobre el cumplimiento de las prescripciones técnicas sino sobre su derecho a ser adjudicataria.

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 el artículo 1 del TRLCSP y supone la vulneración de la legislación de contratación del sector público determinando la anulabilidad de la notificación y de la adjudicación misma, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de dictar una Resolución debidamente motivada y practicar una notificación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP.

Sexto.- El Tribunal, por otra parte, analiza el escrito de alegaciones presentado por B. Braun en el que pone de manifiesto que el producto ofertado por Bama-Geve no cumple las prescripciones técnicas del lote 2 y que al ponerlo de manifiesto debe ser resuelto en este recurso.

Aunque la petición se incardina dentro de un escrito calificado como alegaciones y no se califica expresamente constituye un recurso, pues expresa de forma inequívoca la solicitud de que se deje sin efecto la adjudicación del lote 2.

A falta de remisión del expediente, parece que el recurso se interpone dentro de plazo por lo que procede su tramitación.

Por otra parte considera el Tribunal que no procede la acumulación del mismo ni procede la resolución conjunta en este acuerdo del Tribunal. No se dan las condiciones de identidad en el asunto que aconsejen la acumulación y procede además dar la tramitación que se establece en el artículo 46 del TRLCSP remitiéndolo al órgano de contratación para su informe y a los interesados para que formulen alegaciones.

A pesar del defecto de forma el escrito de B. Braun de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procede tramitarlo ante este Tribunal como expediente independiente.

Habiendo finalizado el plazo suspensivo de la formalización del contrato, también considera el Tribunal que procede la suspensión de oficio de la tramitación del lote 2 hasta la resolución del recurso o se acuerde su levantamiento.

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 parcialmente el recurso especial, interpuesto por Doña R.M.M., en representación de la empresa Bama-Geve S.L., contra la adjudicación del lote nº 1 del contrato de adquisición de material de antiescaras y hemostático para el Hospital Universitario de Getafe, Expte. PACP 2014-1-1, declarando la nulidad de la Resolución recurrida y de su notificación por falta de motivación generadora de indefensión.

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.- Suspender la tramitación del lote nº 2 en tanto se resuelva el recurso interpuesto por B. Braun Medical S.A. o se acuerde su levantamiento por este Tribunal.

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.