

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

En Madrid, a 8 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.P.C., en representación de la empresa Allergan, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación por la que se la excluye de los lotes 2, 4 y 5, del “Acuerdo Marco para la contratación del suministro de prótesis y expansores mamarios y otros expansores tisulares, con destino a los Hospitales dependientes y adscritos al Servicio Madrileño de Salud”, expediente PA SUM 19/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 27 de septiembre de 2016 en el DOUE, el 7 de octubre de 2016 en el BOCM y el 28 de septiembre en el perfil del contratante, se publicó la convocatoria para la adquisición del acuerdo marco indicado, dividido en ocho lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. 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 1.684.700 euros, pudiendo los empresarios licitar a uno o a todos los lotes.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en su Anexo respecto de los lotes objeto del recurso establece los siguientes requisitos:

“LOTE 2.- PRÓTESIS MAMARIA ANATÓMICA.

a. Gel de silicona altamente cohesivo.

b. Superficie rugosa.

c. Tacto suave.

d. Volumen: de 100 a 800 cc.

e. Los modelos ofertados deberán disponer de al menos tres tipos de base, cada una de las tres bases con al menos tres proyecciones o perfiles. Incluirá extraproyección con doble gel.

LOTE 4 - PRÓTESIS - EXPANSOR MAMARIA ANATÓMICO.

a. Válvula extraíble.

b. Superficie rugosa.

c. Gel cohesivo.

d. Válvula de inflado a distancia, sin interruptor (conector)

e. Tapón sellador.

f. Dos alturas.

LOTE 5 - EXPANSOR ANATÓMICO CON VÁLVULA INCORPORADA.

a. Superficie rugosa.

b. Los modelos ofertados deberán disponer de al menos tres tipos de base, cada una de las tres bases con al menos tres proyecciones o perfiles

c. Proyecciones: Mínimo 3.

d. Alturas: Mínimo 3.

e. Volúmenes: 200 a 800 cc.”

Tercero.- El día 13 de diciembre de 2016 se reúne el Grupo Técnico Especialista de Cirugía Plástica - Prótesis Mamarias para analizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas de las ofertas presentadas. En el informe consta:

“Admitidas todas las proposiciones técnicas de las empresas presentadas según los lotes que se licitan,

Lotes

Allergan 2/3/4/5

Biocablan S.L. 1/2/5/6/7/8

J&J 2/3/5/8

Sebbin ibérica 8

(...)

Recomendación del Grupo Técnico.

El Grupo Técnico por unanimidad propone elevar una recomendación de no adquirir los lotes 2, 4 y 5 del fabricante Allergan, (...)"

El 15 de diciembre de 2016 se reúne la Mesa de contratación y acuerda:

“PRIMERO.

Se declara abierta la sesión por la Presidente de la Mesa iniciando el acto, y se da lectura al Informe de Evaluación técnica del Grupo Técnico Especialista de Cirugía Plástica-prótesis mamarias, de fecha 13 de diciembre, y en base al mismo, por la Mesa de Contratación se acuerda lo siguiente:

EXCLUIR A LA EMPRESA ALLERGAN, S.A.:

a) Se excluye el LOTE 3, por incumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, ya que la oferta presentada de la marca NATRELLE modelo NATRELLE 150, no cumple con el requerimiento “d”, del PPT referente a la disponibilidad. “Proporción 25, 35 y 50”.

b) Se excluyen los LOTES 2, 4 y 5, atendiendo a la recomendación del Grupo Técnico de Evaluación, antes citado”.

El acta de la Mesa fue publicada en el perfil de contratante el 27 de diciembre, sin que haya sido debidamente notificada al recurrente, habiendo solicitado al órgano de contratación el 4 de enero de 2017 tomar vista del expediente.

Cuarto.- Con fecha 18 de enero de 2017, se recibe en el órgano de contratación escrito de anuncio de recurso especial en materia de contratación y el mismo día, tuvo

entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de la recurrente de los lotes nº 2, 4 y 5.

El recurso alega la incorrecta exclusión de la oferta de la recurrente a dichos lotes ya que se fundamenta en una recomendación contenida en el Informe de evaluación técnica del Grupo Técnico Especialista de Cirugía Plástica-prótesis mamarias, de fecha 13 de diciembre, basada en criterios que no están especificados ni determinados como requisitos en el PPT, ni se corresponden con la evidencia científica disponible hasta la fecha por tanto injustificados y que en tanto suponen un potencial perjuicio para ALLERGAN, S.A., en tanto pueda ser accesible a terceros, solicita que *“se mantenga en todos sus términos la confidencialidad de la información que se ha vertido sobre los productos comercializados por esta compañía”*.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 26 de enero el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del 4 del texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de noviembre (TRLCSP).

En el informe, alega en primer lugar la extemporaneidad del recurso toda vez se interpone el 18 de enero de 2017, contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 15 de diciembre de 2016, estando acreditado en el expediente que la empresa es conocedora de su exclusión el mismo día 15, pues asistió a la Mesa de Contratación en la que se procedió a la apertura de las ofertas económicas celebrada ese día y, a petición propia, fue informada de los motivos por las que se proponía su exclusión. Justifica la exclusión en el mandato constitucional en materia de tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios encomendado a los poderes públicos, al que se refiere el art 43 de la Constitución Española, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que en su art. 3.d) establece el *“Principio de precaución ante la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando*

hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, lo que determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren.”

Alega que en cumplimiento de lo establecido en el art 19 de la citada Ley 12/2001, de 21 de diciembre, el Grupo Técnico Especialista de Cirugía Plástica-Prótesis Mamarias, por unanimidad, propuso elevar una recomendación de no adquirir los lotes 2, 4, y 5 del fabricante Allergan, siendo por tanto correcta la exclusión.

Solicita junto con la desestimación del recurso, ante los perjuicios de imposible o difícil reparación, que supone el retraso de la licitación, al amparo del artículo 47.5 del TRLCSP, se aprecie temeridad y mala fe en la presentación del recurso, y se acuerde la imposición de la multa correspondiente a la recurrente.

Sexto.- Con fecha 23 de enero del 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación. En esa misma fecha, la Mesa de contratación se reúne para elevar propuesta de adjudicatarios para cada lote del Acuerdo Marco.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal el 26 de enero de 2017 se da traslado del recurso a los restantes licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose recibido las formuladas por Johnson & Johnson de cuyo contenido se dará cuenta al analizar los motivos del recurso.

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 Allergan, S.A.

para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica excluida de los lotes 2, 4 y 5 del Acuerdo Marco *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

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 el acto de trámite adoptado por la Mesa de contratación por el que se acuerda la exclusión de un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El plazo para interponer el recurso especial viene establecido en el TRLCSP que en el apartado 2 del artículo 44 dispone: *“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 151.4”* y en su apartado b) dispone *“Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

El Acuerdo de la Mesa de contratación fue adoptado el 15 de diciembre de 2016, publicado en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 27 de ese mismo mes sin que se haya practicado su notificación formal.

Según manifiesta el órgano de contratación en su informe, la empresa es concedora de su exclusión el mismo día 15 de diciembre de 2016, *“pues asistió a la Mesa de Contratación en la que se procedió a la apertura de las ofertas económicas celebrada ese día y, a petición propia, fue informada de los motivos por las que se*

proponía su exclusión.” Añade que “es un hecho reconocido por la propia recurrente en su escrito de fecha 19 de diciembre de 2016 (presentado en el Registro de la Comunidad de Madrid el 20 de diciembre de 2016 con el número de referencia 47/533811.9/16) que obra en la documentación que conforma el expediente administrativo. En el exponiendo segundo del referido documento la recurrente dice:

SEGUNDO.- Que el día 15 de diciembre de 2016, esta representación acudió al acto público de apertura de plicas, apertura de proposición económicas, siendo entonces informada de que había resultado excluida del procedimiento por riesgos relacionados con la asociación entre los implantes mamarios y el desarrollo de linfomas.”

Asimismo en el escrito de alegaciones formuladas por Johnson & Johnson, afirma que la exclusión es correcta y además que a “*los licitadores se les dio cumplida información de los motivos por los que sus ofertas fueron excluidas en el propio acto de apertura de los sobres, como consta en el Acta nº 3 de la reunión de la Mesa de Contratación”.*

Por su parte el recurrente en el Hecho Segundo de su recurso manifiesta que “*El día 27 de diciembre de 2016, mi representada tuvo conocimiento de la publicación del Acta de la Mesa de Contratación, referida a la apertura del sobre nº 2 de oferta económica, por la que se daba constancia de la Exclusión de ALLERGAN, S.A., del expediente de referencia”.*

A continuación en el hecho tercero de su recurso informa que “*en fecha de 4 de enero de 2017, mi representada solicitó por medio de escrito dirigido al órgano de contratación “acceso a la documentación integrante del expediente de contratación garantizando el Principio de Publicidad y Transparencia que debe regir todo procedimiento público de selección de proveedores y, en concreto a los informes de valoración de la oferta presentada por ALLERGAN, S.A., en el expediente de referencia, con especial indicación de aquellas menciones esgrimidas al efecto por el mencionado Grupo Técnico de Evaluación Especialista en Cirugía Plástica-prótesis*

mamarias”, indicando que “El acto de acceso al expediente se produjo con fecha 12 de enero de los corrientes”.

Como concluía este Tribunal en la Resolución 61/2013, de 24 de abril “ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma.

El TRLCSP, en su artículo 151.4, sí impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4, obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince hábiles días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado y este Tribunal en diversas Resoluciones entre las que cabe citar la 56/2011, la 67/2011 o la 77/2012. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y

también lo comparte este Tribunal, como lo ha manifestado en las Resoluciones mencionadas, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de los recursos que procedan. Si el licitador no recurriera el acto de exclusión en plazo, debidamente notificado, el acto devendría firme, y no podrá impugnarla en ocasión de la adjudicación.”

En este caso, resulta acreditado que no se ha notificado debidamente el acto de exclusión, dándose por notificado el recurrente con la publicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid del día 27 de diciembre de 2016, interponiendo el recurso el 18 de enero 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 Allergan, S.A. debió ser admitida a la licitación de los lotes nº 2, 4 y 5, por considerar que el producto ofertado cumple las prescripciones técnicas exigidas.

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (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. 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.

La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los

contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación y que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

La exclusión del recurrente no se fundamenta en el incumplimiento de las condiciones requeridas sino en una recomendación realizada por el Grupo Técnico de Evaluación recogida en su informe de 13 de diciembre de 2016, según criterios de oportunidad en materia de prevención de la salud que constan en el expediente fundamentados en una información elaborada por la Agencia Nacional de Seguridad del Medicamento y de Productos y un informe de SECPRE.

La recurrente sostiene que la exclusión de su oferta es arbitraria e infundada máxime porque en la citada recomendación se advierte expresamente de la salvedad *“Todo ello sin perjuicio de lo que aclare el conocimiento científico”*.

Considera que la exclusión de su oferta atenta flagrantemente contra los más elementales principios en materia de contratación pública contenidos en el artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en su artículo 139; y en el artículo 42 de Directiva Comunitaria 2014/24/UE.

Solicita la nulidad de la resolución de exclusión y retroacción de las actuaciones al momento en que fue dictada para realizar una nueva valoración que se adecúe a las prescripciones técnicas y argumenta en su derecho, entre otras, la Resolución 266/2016, de este Tribunal aportando documentación científica de Agencias sanitarias, y Sociedades Científicas Internacionales en materia de Medicamentos que evidencian la idoneidad del producto ofertado.

El principio de prudencia invocado por el órgano de contratación para aplicar la exclusión de la recurrente, está recogido en la Ley General de Salud Pública y es orientador de las actuaciones de las Administraciones Públicas y los sujetos privados en materia de salud. Evidentemente dicho principio también opera en el ámbito de la contratación pública y puede informar la elaboración de los pliegos. Pero en este campo la aptitud para contratar supone cumplir los requisitos de capacidad, solvencia y no estar incurso en prohibición de contratar. La introducción de un motivo no previsto en el TRLCSP, aleatorio y discrecional, para impedir ser contratista, sería

tanto como introducir una prohibición para contratar no regulada y por ende contraria a los principios del TRLCSP. No podemos olvidar que el mismo Comité técnico que recomienda el no uso del producto de Allergan, previamente ha concluido que cumple las prescripciones técnicas prevista en el PPT. La aplicación de dicho principio determina la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren los indicios de afectación grave de la salud. Ninguna de esas actuaciones se consiguen con la exclusión de una concreta licitación de contrato, pues la cesación, prohibición o limitación ha de tener carácter general y de ser así efectivamente impediría participar en todo procedimiento de contratación pública.

El artículo 19 de la Ley General de Salud Pública relativo a la prevención de problemas de salud, tiene por objeto reducir la incidencia y prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población y atenuar o eliminar en la medida de lo posible sus consecuencias negativas mediante políticas acordes con los objetivos de dicha Ley. Es decir, la propia Ley establece que las Administraciones públicas pueden dirigir acciones y políticas preventivas sobre las determinantes de la salud, desarrollar programas de prevención, etc. que han de tener carácter de política de salud. Conviene recordar que la Agencia Española del Medicamento y productos sanitarios tiene competencia para la autorización o el cese de la comercialización de los productos sanitarios.

El Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse ante un supuesto similar en la Resolución 266/2016: *“El Tribunal ha de resolver el recurso en términos jurídicos (en este caso de adecuación de lo ofertado a lo requerido en el PPT como condición técnica) y no en términos éticos, ni tampoco puede discutir, juzgar o hacer consideraciones sobre cuestiones de la especialidad médica. Es decir, el pronunciamiento favorable a la inclusión en este procedimiento concreto de contratación del expansor anatómico con texturado BIOCELL no significa un enjuiciamiento técnico sobre el mismo, ni sobre la adecuación de su implante ni sobre la conveniencia de rechazarlo, el cual corresponde al ámbito de la medicina, siendo por tanto una cuestión que excede las competencias del Tribunal.*

En consecuencia, resultando las exigencias impuestas ahora por el órgano de contratación novedosas y que van más allá de las prescripciones de los pliegos el recurso debe estimarse por este motivo. Todo ello sin perjuicio, de que si el órgano de contratación lo considera conveniente y concurren las causas legalmente previstas, de interés público, pueda desistir del procedimiento, renunciar al contrato o finalizar el expediente de cualquier otra manera.”

Como decíamos, el supuesto es casi idéntico al que estamos resolviendo sin que exista diferencia que permita separarnos del antecedente.

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 J.P.C., en representación de la empresa Allergan, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación por la que se la excluye de los lotes 2, 4 y 5, del “Acuerdo Marco para la contratación del suministro de prótesis y expansores mamarios y otros expansores tisulares, con destino a los Hospitales dependientes y adscritos al Servicio Madrileño de Salud”, expediente PA SUM 19/2016, anulando el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación, procediendo la retroacción para la admisión y valoración de la oferta de Allergan.

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.