

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

En Madrid, a 4 de octubre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.V.C. y don C.V.C., en nombre y representación de Prótesis Hospitalarias, S.A. (Prohosa), contra la Resolución de 31 de julio de 2017, del Viceconsejero de Sanidad por la que se renuncia a la licitación del lote 4 del “Acuerdo Marco para el Suministro de Mallas quirúrgicas y prótesis de pared con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM-4/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 5, 18 y 20 de abril de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Perfil de contratante, en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al Acuerdo Marco de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en 17 lotes. El valor estimado del Acuerdo marco es de 6.868.994,60 euros.

El Pliego de Prescripciones Técnicas PPT describe el lote 4 del siguiente modo:

LOTE 4. MALLA IRREABSORBIBLE PLANA MONOCAPA

Lote	Denominación	Nº Orden	Medidas	Cantidad Estimada
4	Malla irreabsorbible plana	1	15/20 x 15/20 cm	3.698
		2	25/30 x 30/35 cm	2.028
		3	50 x 50 cm	54

- Para reparación de Hernia incisionales.
- Monofilamento irreabsorbible.
- Que permita ser recortado sin desestructurarse o deshilacharse.
- Tipo de material principal: Polipropileno.
- Macroporosa.

Segundo.- A la licitación del lote 4 se presentaron 5 empresas, entre ellas la recurrente.

Realizada la oportuna tramitación, con fecha 20 de julio de 2017, se reunió la Mesa de contratación, para proceder a la apertura del sobre número 3 oferta económica, constando en el Acta lo siguiente:

“Por parte de los miembros de la Mesa se procede al estudio del Informe elaborado por el Grupo Técnico para la evaluación de la documentación incluida en el sobre 2 A, criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. En base a las observaciones expuestas por el Grupo Técnico en el informe emitido con fecha 29 de junio de 2017, para el número de orden 3 del LOTE 4, que adolece de error en las medidas exigidas en las prescripciones técnicas: 50 x 50 cm, al no haberse hecho constar un rango de medidas como en el resto de los números de orden, la Mesa de Contratación acuerda suspender la lectura de la valoración técnica y de la oferta económica del citado Lote, integrado por los números de orden 1, 2 y 3. En consecuencia, se propone al órgano de Contratación que resuelva, en su caso, su renuncia por interés público, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 155 del RDL

3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Tercero.- Por Resolución del Viceconsejero de Sanidad de 31 de julio de 2017, se renuncia a la contratación del lote 4 del mencionado Acuerdo Marco, en base a las consideraciones expresadas por el Comité Técnico de valoración y la propuesta de la Mesa. La Resolución fue notificada a los interesados el día 6 de agosto de 2017.

Cuarto.- El día 17 de agosto de 2017, la representación de Prohosa presentó ante el órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución de renuncia al lote 4.

El órgano de contratación remitió al Tribunal el texto del recurso, copia del expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), el 12 de septiembre de 2017.

En el recurso presentado se alega que “*ha habido varias empresas que podrían haber cumplido con los requisitos y características exigidas en ese lote y si no han llegado hasta esta fase del concurso ha sido por no alcanzar la puntuación mínima o por haber tenido problemas y no haber aportado la documentación requerida o cometer algún error en la documentación general (como así ustedes lo han reportado en sus comunicaciones)*. Por todo esto creemos que no se ve afectada la libre competencia ya que habría varias empresas capacitadas para cumplir con los requisitos técnicos requeridos en ese lote. Así mismo consideramos que la suspensión y modificación de los parámetros de este lote, daría ventaja a otras empresas que ahora no optan a este lote (...). Consideramos que la renuncia al LOTE 4 se podría haber hecho antes o al principio del concurso que ustedes dieron para dudas, sugerencias, etc., en el que todo el mundo (o la mayoría) aportó algo y no se hizo esa modificación y suspensión pero si se hace ahora, en una fase tardía del concurso, cuando algunos sobres ya se han abierto y podrían dar ventaja

o información a los decisorios u otras empresas podrían influir en poder tomar esta decisión ahora. Por todo lo mencionado anteriormente y considerando además que cumplimos con todos los requisitos y creemos que estamos en nuestro derecho, solicitamos nuestra aceptación y admisión del LOTE 4”.

El órgano de contratación en el informe preceptivo señala que “el Comité para la valoración de los criterios subjetivos del Acuerdo Marco emite informe para el número de orden 3 del LOTE 4, en el que se manifiesta lo siguiente:

El número de orden 3 adolece de error en sus prescripciones técnicas en cuanto a las medidas objeto de licitación (50x50 cm), al no haberse hecho constar un rango de medidas como en el resto de los números de orden. A la vista de las muestras presentadas por los distintos licitadores, se puede constatar que únicamente dos licitadores, PROHOSA y LORCA MARIN, disponen de esa medida de malla que en el uso diario quirúrgico no resulta habitual y, de utilizarse, en ocasiones se recorta para adaptarse al acto quirúrgico específico y llegar a medidas inferiores (p.ej. 40 x 40, 45 x 45,...). Desde el punto de vista de la competencia entendemos que no se puede aceptar que sólo 2 empresas se vean primadas por una específica medida de malla que es, en vista de las unidades objeto de licitación para 24 meses (54 unidades) y de su no uso por todos los Hospitales de la Comunidad de Madrid, la que menos se implanta, y que las demás empresas licitadoras en los números de orden 4.1 y 4.2 (las más utilizadas por todos los Hospitales y que quedarían fuera) se vean penalizadas por carecer de esa específica medida del número 4.3 por presentar para dicho número de orden medidas inferiores a 50 x 50cm, que quedan excluidas, cuando en la práctica habitual, aunque sean mallas de uso excepcional, son medidas inferiores a las que se llega para su implante al permitirse su recorte, como se ha expuesto, para adaptarlo a la patología concreta. Esta situación se agravaría aún más si tenemos en cuenta la puntuación técnica obtenida en la valoración de dicho Lote por uno de los licitadores, 0 puntos, que redundaría previsiblemente en favor del otro por la mayor puntuación técnica obtenida”.

Por ello argumenta que *“las razones de interés público han quedado suficientemente acreditadas en el expediente, ya que el grupo de expertos encargados de valorar las ofertas ha manifestado que se ha producido un error en número de orden 3 del lote 4, pues las medidas exigidas eran 50 x 50, sin que se hiciera constar un rango de medidas como en el resto de los números de orden. Este error ha podido provocar que alguna empresa no haya presentado su oferta, puesto que era necesario licitar a todos los números de orden de cada Lote, extremo que vulneraría el principio de concurrencia recogido en el artículo 1 del TRLCSP”*.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de alegaciones, sin que se haya presentado ningún escrito de alegaciones en plazo.

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.- Prohosa ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), al haber sido admitida a la licitación del lote cuya renuncia se impugna, en el procedimiento del Acuerdo Marco.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la renuncia de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada. El contrato es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento y renuncia precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000).

Así lo argumentó este Tribunal respecto de la renuncia a la celebración de un contrato en la Resolución 107/2014 de 20 de noviembre y 225/2016 de 26 de enero, sobre el desistimiento.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 31 de julio de 2017 y comunicada el 6 de agosto, según reconoce en su escrito de interposición la recurrente, e interpuesto el recurso el 17 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Conviene recordar previamente que el artículo 155 del TRLCSP regula los supuestos de renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración y dispone:

“(...).

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. Solo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá

promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia”.

Como se indicaba en la Resolución 92/2016 de 11 de mayo, “*El adverbio “sólo” que utiliza el mencionado artículo 155.3 del TRLCSP tiene el significado de únicamente, es decir la renuncia solamente procede cuando la prosecución de los trámites del procedimiento de adjudicación perjudique al interés público, debiendo motivar dicho acto con las causas de tal decisión. Se trata por tanto de una decisión reglada, no de libre utilización por el órgano de contratación. El límite que establece el citado artículo a que sólo procede cuando existan razones de interés público trata de sembrar confianza y seguridad en los licitadores. Los órganos de contratación deben extremar el cuidado en la preparación correcta de los contrato de manera que, en la medida de lo posible se eviten situaciones que puedan dar lugar a la necesidad de renunciar a la licitación por un defecto de los actos preparatorios que impida conseguir el fin que se pretendía y de paso se vean afectados los licitadores que de buena fe participan en el procedimiento y muestran sus ofertas viendo luego revocada la licitación.*

De acuerdo con la legislación nacional el término “interés público” es el elemento central para ejercer el control sobre la decisión recurrida. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe fundamentar y justificar la decisión de renuncia a la celebración de un contrato. Este concepto genérico se concreta cuando la Administración actúa guiada con la intención de obtener el interés general. La imprecisión del concepto no puede servir de amparo para una actuación abusiva de la Administración. El interés público es la oposición al interés privado, es decir representa aquello que interesa a la comunidad.

Por ello, requiere una adecuada motivación del acto de renuncia que evite que por los licitadores se pueda invocar de existencia de desviación de poder para favorecer a otros competidores o con otros fines.

Si el fin pretendido con el contrato es satisfacer las necesidades para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de los entes públicos, cuando tal interés desaparece o no existe, no deben celebrarse los contratos y por ello cabe admitir la posibilidad de renunciar a su celebración. Por tanto, la causa del contrato debe quedar reflejada en el documento de necesidad a que se refiere el artículo 22 del TRLCSP y cualquier causa sobrevenida o existente, pero no tenida en cuenta puede justificar la renuncia por razones de interés público, sin que necesariamente deba ser la desaparición sobrevenida del objeto, sino que son admisibles también otras razones”.

En consecuencia, en este momento la cuestión se centra en determinar si concurren o no en el supuesto analizado, y si se han justificado adecuadamente en el expediente, las “razones de interés público” que puedan justificar la renuncia al contrato por parte del órgano de contratación, dado que este es el requisito esencial para que se pueda proceder a la renuncia a un contrato aún no adjudicado, pero en pleno proceso de licitación, con arreglo a la normativa legal vigente.

Por tanto, este Tribunal tendrá que dilucidar si la argumentación incluida en la resolución recurrida está suficientemente motivada, y si la misma podría encuadrarse dentro del concepto jurídico indeterminado de “interés público”.

Las causas que alega el órgano de contratación en su informe y que sustentan la renuncia se basan en que las prescripciones técnicas del número de orden 3 del lote 4, en cuanto a las medidas exigidas (50 x 50 cm), no son habituales y solo las poseen tres licitadoras.

Sin embargo, esa circunstancia no puede ser considerada como una causa de interés público que impida la adjudicación ni la concurrencia puesto que existen en el procedimiento licitadoras que cumplen los requisitos.

Nos encontramos posiblemente ante una omisión que el órgano de contratación califica de error material a la hora de confeccionar los Pliegos y fijar los requisitos de un determinado producto pero dicho error no invalida un procedimiento ni impide que el producto cumpla su finalidad por lo que no aprecia la existencia de causa de interés público para renunciar.

Además existen licitadoras admitidas y la decisión de renunciar al contrato produciría una clara vulneración de los principios de confianza legítima y vulneración de la doctrina de los actos propios.

El principio de confianza legítima que tiene su origen en el Derecho Administrativo Alemán constituye desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de Marzo de 1961 y 13 de Julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo y por nuestra legislación

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1999 y la de 26 de Abril de 2012 recuerdan que *“la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy, de la Unión Europea- y la jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones, O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas”*

de mantenimiento y este criterio se reitera en la STS de 16 de Mayo de 2012, al resolver el recurso de casación núm. 4003/20082”.

Por otro lado tampoco parece que la intención del órgano de contratación sea no promover una nueva licitación del producto, sino modificar las prescripciones técnicas del Pliego en cuanto a las medidas exigidas.

Por todo ello, considera el Tribunal a la vista de las circunstancias expuestas, que no se ha justificado debidamente la existencia de causa de interés público en la renuncia, basándose en una supuesta promoción de la concurrencia.

En consecuencia, procede estimar el recurso y anular la Resolución de renuncia, por no justificar la motivación de la misma, el interés general preciso para que el órgano de contratación no continúe la tramitación del procedimiento.

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 en materia de contratación interpuesto por doña M.V.C. y don C.V.C., en nombre y representación de Prótesis Hospitalarias, S.A. (Prohosa) contra la Resolución número 410/2017, de 31 de julio, del Viceconsejero de Sanidad por la que se renuncia a la licitación del lote 4 del “Acuerdo Marco para el Suministro de Mallas quirúrgicas y prótesis de pared con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM-4/2017, anulando la Resolución impugnada.

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.