

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.D.A., en nombre y representación de 3M España, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas de fecha 22 septiembre de 2015, por la que se adjudica el contrato de suministro denominado “Adquisición de coberturas para cirugía, pijamas y batas quirúrgicas desechables para los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste, del Tajo y de Fuenlabrada”, número de expediente: 17/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21, 28 y 30 de abril de 2015, se publicó respectivamente, en el DOUE, BOE y BOCM anuncio de licitación para la “Adquisición de cobertura para cirugía, pijamas y batas quirúrgicas desechables para los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste, del Tajo y de Fuenlabrada”, a adjudicar por procedimiento abierto, con criterio único precio, y un valor estimado de 1.618.637,08 euros y un presupuesto base de licitación de 703.755,25 euros, IVA excluido (851.543,85 euros con IVA).

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 2 ofertas siendo ambas excluidas, por lo que se procedió a declarar desierto el procedimiento de licitación promovido, mediante Resolución de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas, de 8 de julio de 2015 por haber superado las ofertas económicas presentadas por las empresas licitadoras el presupuesto de licitación, lo que se publicó el 14 de julio de 2015.

Mediante Resolución de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas de 13 de agosto de 2015 se aprobaron nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato de suministro para su adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad, con el mismo valor estimado de contrato y duración, invitándose a participar en el procedimiento negociado únicamente a las dos empresas que habían presentado oferta en el anterior procedimiento, en esa misma fecha.

Tras realizar la oportuna tramitación del procedimiento y la correspondiente negociación que tuvo lugar el día 4 de septiembre, en los términos que constan en el Acta de la negociación incorporada al expediente de licitación, el 22 de septiembre de 2015 se adjudica el contrato a la empresa Mölnycke Health Care, S.L., por un importe total de 833.534,02 euros, publicándose la adjudicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 28 septiembre siguiente.

Tercero.- Con fecha 14 de octubre de 2015 la empresa 3M España, S.L. presentó recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal contra la adjudicación del contrato. Con carácter previo a la presentación del recurso la recurrente solicitó el día 2 de octubre, acceso al expediente administrativo, que le fue denegado con fecha 8 de octubre, por considerar que al no haber participado en la licitación del procedimiento abierto y no haber sido consiguientemente invitada a participar en el procedimiento negociado, no tiene la consideración de interesado.

En el recurso se solicita que se acuerde la anulación de la Resolución impugnada *“por referirse a una adjudicación enmarcada en la ilegalidad del*

procedimiento y en la conculcación de los principios rectores de la contratación pública con mención expresa a la transparencia y publicidad y a la libre concurrencia". La recurrente esgrime como motivos en los que fundamenta su pretensión: la inadecuación del procedimiento negociado sin publicidad por el que se ha adjudicado el contrato, lo que implica, a su juicio, vulneración de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas y del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por considerar que la adjudicación constituye un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Así mismo solicita que se promueva el acceso al expediente de referencia, en los términos en los que el mismo se solicitó, obligando al órgano de contratación en ese sentido para evitar la indefensión y posibilitar el real y efectivo ejercicio de sus derechos.

El mismo día de su recepción se dio traslado del recurso al órgano de contratación, para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo de conformidad con lo establecido en 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).

Cuarto.- Mediante Acuerdo de este Tribunal se concedió a la recurrente un plazo de cinco días hábiles para que procediera al examen del expediente administrativo, en la sede del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, para que, en su caso, completara su recurso, lo que se verificó con fecha 18 de noviembre.

En su escrito de ampliación del recurso afirma la recurrente que *"el órgano de contratación entiende pertinente justificar la convocatoria de un procedimiento negociado sin publicidad, en el cual quedan coartados los principios de publicidad transparencia y concurrencia en la licitación- rectores todos ellos de la contratación*

pública- en base a la confusión de un licitador y la comisión de un error de otro”, insistiendo en que la invalidez de las ofertas presentadas en todo caso debe llevar aparejada una nueva convocatoria de licitación puesto que ello no comporta que el procedimiento haya quedado desierto.

De otro lado afirma que se han producido alteraciones o modificaciones sustanciales en las condiciones esenciales de la contratación que concreta en la inclusión de la frase *“Se negociarán las mejoras respecto a los mínimos exigidos en el Pliego de condiciones técnicas”* y en la variación del importe de las anualidades previsto en el PCAP, que impiden la licitación a través del procedimiento negociado sin publicidad.

Habiéndose dado traslado del escrito de ampliación al órgano de contratación y al resto de interesados en el recurso, con fecha 23 de noviembre se remitió nuevo informe por el órgano de contratación en los términos del artículo 29 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPER).

En dicho informe se afirma que *“la recurrente tras examinar el expediente de contratación del procedimiento 17/2015, NO aporta un solo argumento con trascendencia jurídica que soporte su pretensión de nulidad del procedimiento, que ya había solicitado previamente sin haber analizado el contenido del expediente y al que simplemente se remite en el petitum de fecha 17 de noviembre de 2015.”* A continuación defiende que los nuevos pliegos no modifican sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, destacando la mala fe de la recurrente, para concluir abundando en la circunstancia de que la recurrente no concurrió voluntariamente a la anterior licitación por procedimiento abierto lo que evidencia que solo parece pretender el daño de un tercero sin perseguir el interés propio.

Quinto.- Habiéndose concedido trámite de audiencia a las demás interesadas en el procedimiento, con fecha 1 de diciembre se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa Mölnlycke Health Care, en las que alega la falta de legitimación activa de la

recurrente por no haber concurrido a la licitación, entendiéndose que incluso en el supuesto de que se proclamara la nulidad del procedimiento nada impediría que el órgano de contratación convocara un nuevo procedimiento negociado sin publicidad al que nuevamente no sería llamada. Asimismo y respecto de las concretas cuestiones de fondo hechas valer en el recurso aduce la legalidad y adecuación del procedimiento negociado sin publicidad.

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.- El acto es susceptible de recurso especial al tratarse de la adjudicación de un contrato de suministro con un valor estimado de 1.618.637,08 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- Habiéndose presentado el recurso dentro de plazo, tal y como se examinó en el Acuerdo de concesión del trámite de ampliación del recurso, dicha ampliación se presentó en el plazo concedido en el Acuerdo de este Tribunal de fecha 28 de octubre de 2015, de acuerdo con el artículo 29.3 del RPER.

Cuarto.- La recurrente está legitimada como ya se estableció por este Tribunal en el Acuerdo de concesión del acceso al expediente de licitación, en los términos indicados en el mismo.

Quinto.- El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación, solicitando la nulidad de todo el procedimiento de contratación, por entender que el procedimiento negociado sin publicidad no procede al no darse los supuestos para su convocatoria y de otro lado por entender que se han producido modificaciones sustanciales de la licitación entre ambos procedimientos.

De acuerdo con lo establecido en el apartado c) del artículo 170 del TRLCSP, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado, entre otros supuestos, cuando tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Ciertamente, la tramitación de un procedimiento negociado, tanto en la regulación positiva como en la jurisprudencia, tiene carácter excepcional, pero también aparece configurado como un medio ágil para conseguir ofertas de varios licitadores cuando no ha sido posible hacerlo en un procedimiento abierto.

El artículo 170 del TRLCSP se limita a establecer los supuestos en que, con carácter general, podrá acordarse la utilización del procedimiento negociado para la adjudicación del contrato. Es decir, concurriendo las circunstancias enumeradas en el mismo, se permite -que no se le impone-, que potestativamente decida acudir al procedimiento negociado, pudiendo optar también por el procedimiento abierto o restringido.

Aduce la recurrente al respecto que los errores en las ofertas que han llevado a la necesidad de exclusión de las mismas no permite aplicar este precepto, puesto que la invalidez las ofertas presentadas no implica que el mismo haya quedado desierto.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 150.3 del TRLCSP *“No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*, de manera que interpretando *a sensu contrario* el precepto, el presupuesto de hecho para que se declare desierta una licitación es que no haya ofertas admisibles, si bien el precepto no diferencia distintos supuestos de inadmisibilidad de las ofertas. Así en virtud del aforismo *ubi lex non distinguit*, no cabe discriminar distintos supuestos de inadmisibilidad de las ofertas en orden a la declaración de desierta de una licitación,

de manera que caben causas atinentes a falta de acreditación de requisitos de solvencia, de incumplimiento de prescripciones técnicas o de errores en las ofertas económicas. De ello solo cabe concluir que habiéndose declarado desierto el procedimiento por falta de ofertas admisibles, válidas o adecuadas, se da el presupuesto de hecho necesario para convocar un procedimiento negociado sin publicidad.

Cuestión distinta sería la de considerar que los errores que pudieran haberse padecido no fueran involuntarios y tuvieran precisamente por objeto que la licitación se hiciera mediante un procedimiento negociado. Sin embargo en este caso, si se permite la expresión, esta interpretación entra dentro del campo de la hipótesis-ficción, en tanto en cuanto advierte el Tribunal que ello hubiera exigido la concertación entre dos empresas, con el único objeto de excluir de la licitación a una tercera (la recurrente en este caso) con anterioridad a la fecha en que se termina el periodo de presentación de ofertas y desconociendo si esta última iba o no a presentar oferta. A todo ello cabe sumar que si bien la recurrente no afirma esta circunstancia limitándose a insinuar la existencia de irregularidades, tampoco acredita siquiera sea indiciariamente conducta alguna en tal sentido. Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

Por otro lado se aduce que se han producido modificaciones sustanciales en la licitación que no permiten acudir al procedimiento negociado sin publicidad, en concreto considera modificación sustancial la posibilidad de negociar las mejoras respecto de los mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el importe de cada una de las anualidades en que se divide el contrato, y la falta de desglose presupuestario de centros.

Dado el carácter excepcional del procedimiento negociado, la interpretación del concepto jurídico indeterminado *"modificación no sustancial"*, debe determinarse al caso concreto, haciéndolo además de forma estricta, tal y como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, cuando señala que *"las disposiciones que autorizan excepciones a*

las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.”

Se han venido considerando condiciones esenciales del contrato entre otras el objeto, el precio, el plazo, condiciones de solvencia y particularidades esenciales de ejecución del contrato.

Para determinar el concepto de modificación sustancial puede acudir a los preceptos que regulan, precisamente, la modificación contractual desde la perspectiva de si estas son o no sustanciales para prohibirlas en el primer caso y admitirlas en el segundo.

Sobre este particular, dispone el artículo 107.3.e) del TRLCSP que “(...) se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos (...)

e) En cualesquiera casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que forma parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas”.

Sobre el concepto “condiciones esenciales del contrato” se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informes 43/2008, de 28 de julio de 2008 y 5/2010, de 23 de julio de 2010. A propósito de la redacción inicial del artículo 202 de la derogada LCSP, señala con argumentación plenamente

extrapolable al caso que nos ocupa que *“La redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión “condiciones esenciales del contrato” es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer.*

En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del “concepto jurídico indeterminado” supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual.”

En primer lugar cabe señalar que las reglas por las que se rige cada procedimiento, negociado y abierto, necesariamente son distintas y obedecen a la distinta naturaleza de ambos procedimientos, de manera que el enjuiciamiento de unas y otras necesariamente ha de venir determinado por dicha distinta naturaleza, que permite un mayor grado de flexibilidad como es obvio en el procedimiento negociado. Ello exige entre otras cosas redactar un nuevo pliego adecuado a este procedimiento donde no cabe confundir criterios de valoración, con aspectos sobre los que es posible la negociación, que por definición son algo más amplios permitiendo modular la oferta durante la tramitación del procedimiento.

El nuevo PPT reproduce el contenido de lo dispuesto en el artículo 176 del TRLCSP en cuanto a los aspectos sobre los que se podrá negociar.

Como se ha señalado más arriba esta cuestión debe resolverse al caso concreto. Así, en el caso que nos ocupa consta en el informe del procedimiento negociado sin publicidad 17/2015, incorporado al expediente administrativo, que únicamente fue objeto consideración y valoración en ambas propuestas la oferta económica, y que no se han introducido elementos que hubiera determinado razonablemente que la recurrente habría concurrido a la licitación, sobre todo tratándose de productos tan estandarizados, circunstancia que por otro lado no

invoca, a lo que debe sumarse que en la práctica ni se han propuesto mejoras por una de las licitadoras, ni se han tenido en cuenta las propuestas por otra.

Por lo que se refiere a la distribución del presupuesto de licitación en dos anualidades, es claro que el retraso en la adjudicación derivado de la interposición y resolución de este recurso exige una redistribución de las anualidades que no afecta en modo alguno al monto total del importe de licitación, ni al importe a percibir por la adjudicataria.

Por último en cuanto a la falta de desglose de unidades por centro, de nuevo resulta indiferente desde el punto de vista de los intereses de los licitadores, tal desglose, no afectando a las ofertas al tratarse de precios unitarios, sin que tampoco la recurrente en este punto explique, en relación con su argumentación, cuál es el elemento sustancial presente en esta omisión que podría haber determinado que hubiera presentado su oferta en este caso y no en la licitación inicial. Por lo demás esta circunstancia está expresamente prevista en el artículo 96 del RGLCAP.

Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

Sexto.- Debe aún examinarse la procedencia de la imposición de multa por mala fe ante la solicitud expresa del órgano de contratación en tal sentido.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este*

Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”

Es cierto que la pretensión de la recurrente está fundada en motivos endebles, y que su argumentación en relación con la legitimación que ostenta respecto de cada una de ellas es casi inexistente, no invocando, como más arriba se ha dicho, en qué aspectos las modificaciones que pretende que son sustanciales hubieran enervado el obstáculo que le hubiera permitido presentar su oferta en el procedimiento abierto o al menos la hubieran hecho más atractiva. Ello sin embargo no permite concluir, como afirma el órgano de contratación que su único interés sea perjudicar a terceros, puesto que de obtener la nulidad del procedimiento negociado de licitación por los motivos que expone, el órgano de contratación hubiera debido acudir a un nuevo procedimiento abierto en el que eventualmente hubiera podido presentar su oferta.

De acuerdo con lo anterior este Tribunal,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don M.D.A., en nombre y representación de 3M España, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Hospital de Vallecas de fecha 22 septiembre de 2015, por la que se adjudica el contrato de suministro denominado “Adquisición de coberturas para cirugía, pijamas y batas quirúrgicas desechables para los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste, del Tajo y Fuenlabrada”, número de expediente: 17/2015,

Segundo.- Levantar la suspensión automática del procedimiento mantenida por este Tribunal en sesión de su Pleno del día 21 de octubre de 2015.

Tercero.- 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.

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.