

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

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don I.R.S.J y don F.M.G., en nombre y representación de la entidad Roche Diagnostics, S.L.U. (en adelante ROCHE), contra su exclusión del “Acuerdo Marco para el Suministro de Reactivos, Material Fungible, Animales de Experimentación y Equipamiento para todos los Proyectos y Programas de Investigación de la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario de la Princesa”, expte. AM1/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de licitación del contrato se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (PCPCM), el 3 y el 5 de julio de 2018 respectivamente, mediante acuerdo marco dividido en 9 lotes a celebrar con pluralidad de empresarios, por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 4.800.000 euros, con un plazo de ejecución de dos años, prorrogable por dos más hasta un máximo de cuatro.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 43 empresas entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación en sesión ordinaria celebrada el día 12 de septiembre de 2018 se reúne para la apertura de la documentación administrativa presentada por las empresas que concurrieron a la licitación del contrato de referencia, comprobando que la documentación presentada por diferentes empresas no estaba completa por lo que acuerda requerir su subsanación. Respecto a ROCHE fueron identificados los siguientes defectos subsanables:

“Respecto a los LOTES 2, 3, 6, 7 y 8 a los que ha presentado oferta:

*1º.- No cumple con lo establecido en la cláusula 13 del PCAP al no presentar el DEUC, **completo y cumplimentado en todos los términos previstos para esta licitación, incluida la información desglosada respecto a la solvencia técnica, por cada uno de los últimos tres años, relativa a cada uno de los lotes a los que ha presentado oferta en los términos señalados por el apartado 5.***

***B) de la cláusula 1- Capítulo 1- del PCAP, conforme al formulario puesto a disposición de los licitadores** en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en el siguiente enlace:*

http://www.madrid.org/cs/Satellite?pagename=ComunidadMadrid/Comunes/Presentacion/popupGestionTelematica&op=PCON_&language=es&c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354723212915&nombreVb=documentos&other=2

El 24 de septiembre de 2018 se publica en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Acta de calificación del sobre A -Subsanación de documentación- requiriendo a las empresas que referencia para que, en el plazo de tres días a partir de la comunicación de los defectos subsanables, presentasen la documentación oportuna que lo subsane en los términos descritos para cada uno de los casos señalados, utilizando para ello el mismo método y fórmula de presentación que el que fue empleado para la presentación de ofertas.

La Mesa el 21 de noviembre acuerda la exclusión de las empresas que no han subsanado la documentación administrativa y la admisión de las que han subsanado la documentación requerida, publicándose en el PCPCM el 29 de noviembre de 2018. Roche resulta excluida porque *“La documentación de*

subsanación entra en el registro el día 28 de septiembre de 2018, siendo el fin de plazo el día 27 de septiembre de 2018. No se ha dado aviso de su envío a lo largo del día 27 de septiembre de 2018 de acuerdo a lo previsto en el art. 80.4 del RD 1098/2001, en virtud de lo cual, esta subsanación se ha de declarar extemporánea”.

El 3 de diciembre de 2018 la recurrente remite escrito dirigido a la mesa de contratación, por el que solicita la revisión del acto de exclusión y la readmisión de la oferta presentada por Roche. El órgano de contratación ante la falta de competencia, tanto de la Mesa de Contratación como de la propia Fundación, para resolver esta petición de revisión de oficio, procede a la remisión del escrito recibido a la Dirección General de Investigación perteneciente a la Consejería de Sanidad como órgano competente al respecto.

Tercero.- Con fecha 21 de diciembre de 2018 se ha recibido en este Tribunal escrito de recurso de Roche, en el que solicita se anule la exclusión de su empresa del procedimiento, se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a su exclusión, y se paralice el procedimiento de contratación como medida provisional.

El 8 de enero de 2019, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) en el que solicita al Tribunal que inadmita el escrito de alegaciones presentado por Roche, en aras de que se pueda resolver en primer lugar la solicitud de revisión que recibe la Mesa de Contratación, con fecha 10 de diciembre de 2018, desestimando el escrito por considerar que no se trata de un recurso especial sino de un escrito de revisión de oficio y por haberse interpuesto primero. Subsidiariamente, pide la desestimación por extemporaneidad de la presentación de la subsanación por parte de Roche.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, licitadora cuya oferta ha sido rechazada por lo tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, según dispone el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la oferta de la recurrente de la licitación de un acuerdo marco de contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al fondo del asunto se concreta en si la subsanación de la documentación se ha efectuado o no fuera de plazo.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso lo que establecen las siguientes cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares:

La cláusula 12 del PCAP, al regular los medios electrónicos en concordancia con lo dispuesto en el apartado 9 de la cláusula 1 dispone que no procede la

utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la presentación de proposiciones, recogiendo la siguiente justificación:

“En todo caso, la Fundación implementará el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las comunicaciones relativas a los procedimientos regulados en la Ley. No obstante, en el momento actual y acogiéndose a lo dispuesto en el número 3 de la disposición adicional decimoquinta, el envío de información se realizará por correo ordinario o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo ordinario o de cualquier otro medio apropiado hasta que, tras la incorporación de las nuevas herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, sea posible cumplir todas y cada una de las especificaciones establecidas en la disposición adicional decimosexta, con total garantía para la integridad de los datos transmitidos y para el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación en los términos especificados en dicha disposición”.

La cláusula 14 del PCAP prevé que *“Finalizado el plazo de admisión de proposiciones, se constituirá la Mesa de contratación, con objeto de proceder a la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, concediéndose un plazo de tres días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios ante la propia Mesa de contratación.”*

Roche en su escrito de interposición alega que el 25 de septiembre, recibió en su dirección de correo electrónico dos notificaciones relativas a la publicación de la información de defectos subsanables y plazo de subsanación, y que el día 26 de septiembre envía un correo electrónico a la Mesa para informarle que ya tiene la documentación de la subsanación preparada, solicitando enviar la documentación por correo electrónico. A ello contestó la Fundación que *“La documentación debe presentarse **en papel** en el mismo lugar en el que presentaron las ofertas”.*

La recurrente mantiene que la notificación de los defectos subsanables, como indica la cláusula 14 del PCAP, se comunica a los interesados a través de la publicación en el tablón de anuncios pero que dicha publicación genera un aviso de notificación, que se corresponde con dos correos electrónicos que recibió Roche el 25 de septiembre, en los que se incluía el enlace al perfil del contratante para el acceso a su contenido. Por tanto, el *dies a quo* en el cómputo del plazo, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, es el día siguiente a la recepción del aviso, es decir el 26 de septiembre, siendo el último día del plazo para presentar la documentación el 28 de septiembre.

El órgano de contratación informa que se debe rechazar el computo desde el día 25 de septiembre de 2018, en aras de garantizar la igualdad de todos los licitadores, puesto que la comunicación se realiza a todos a la vez con su publicación en el Tablón de Anuncios en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 24 de septiembre de 2018.

Igualmente, afirma, se debe rechazar lo expuesto por Roche respecto al cómputo del plazo desde la recepción de la notificación por el interesado del sistema de alertas del Tablón, teniendo en cuenta que este sistema es potestativo, y que los que no opten por él, quedan a su diligencia en la observancia del perfil del contratante para tener conocimiento de las comunicaciones que la cláusula 14 del PCAP reserva a éste.

Por tanto las comunicaciones no pueden quedar condicionadas a cuando se pueda recibir la alerta por cada uno de los licitadores, dado que los plazos de subsanación deben ser iguales para todos. Admitir lo contrario supondría un trato discriminatorio a todos aquellos licitadores que, requeridos a través de la misma vía que Roche, lo presentaron en plazo.

Expuestas las posiciones de las partes, debe señalarse que 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 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, ya que no consta que los Pliegos hayan sido impugnados.

Este Tribunal comprueba que ambas partes reconocen expresamente que el requerimiento de subsanación de la documentación se efectuó el día 24 de septiembre, y que el plazo concedido es de tres días naturales, conforme a lo dispuesto en la cláusula 14 del PCAP y en el artículo 141.2 de la LCSP.

Los plazos de subsanación en este momento procedimental de concurrencia han de ser los mismos para todos los licitadores por evidentes razones de igualdad y no discriminación, además de por motivos de eficacia procedimental, reconociéndose por ambas partes que la documentación aportada para subsanar por la recurrente se presentó el 28 de septiembre, al cuarto día computado desde el día siguiente a la publicación del requerimiento en el PCPCM.

Por lo expuesto, este Tribunal considera procedente desestimar el recurso presentado por Roche, puesto que no queda acreditado que la actuación de la Mesa se haya apartado de lo establecido en el PCAP respecto a la comunicación y los plazos de subsanación de la documentación administrativa del sobre 1, pliego que además no ha sido objeto de impugnación.

Quinto.- No se dan las circunstancias de inadmisión o desestimación del recurso solicitado en primer lugar por el órgano de contratación en su informe, puesto que el hecho alegado, de que Roche haya presentado una reclamación ante la mesa de contratación, no desvirtúa su derecho a interponer potestativamente un recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal. El rechazo de su proposición, adoptada por la mesa de contratación el 21 de noviembre, es objeto de recurso por constituir uno de los actos de trámite expresamente recogidos en el artículo 44.2.b) de la LCSP y cumplir el resto de requisitos de interposición previstos en la Ley, sin

que se dé ninguno de los supuestos de inadmisión recogidos en el artículo 55 de la LCSP.

Sexto.- Este Tribunal no considera necesario proceder a adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, solicitada por la recurrente en su escrito de interposición, por tratarse de un acuerdo marco con pluralidad de adjudicatarios y dado el momento procedimental en que se encuentra la tramitación el expediente de adjudicación, considerando que la medida cautelar de suspensión tiene carácter excepcional, y que en este caso no concurren los supuestos necesarios de que se puedan consolidar situaciones de ilegalidad e impedir que se causen otros perjuicios a los interesados afectados.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don por don I.R.S.J y don F.M.G., en nombre y representación de la entidad Roche Diagnostics, S.L.U., contra su exclusión del “Acuerdo Marco para el Suministro de Reactivos, Material Fungible, Animales de Experimentación y Equipamiento para todos los Proyectos y Programas de Investigación de la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario de la Princesa”, expte. AM1/2018, por haber subsanado la documentación exigida en pliegos fuera del plazo establecido.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.