

Recurso nº 18/2017

Resolución nº 31/2017

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.O.A., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A., contra la Resolución de 19 de diciembre de 2016, de la Dirección Gerencia del Hospital La Paz de subsanación de errores del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Adquisición de neuroestimuladores implantables compatibles con RM”, expediente P.A. 2017-0-1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 7, 10, 17 y 18 de noviembre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, BOE y BOCM, el procedimiento de licitación del contrato citado, a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio de adjudicación, el precio. El valor estimado del contrato es de 723.566,68 euros. El plazo de presentación de proposiciones finalizaba el 23 de diciembre de 2016.

Segundo.- Con fechas 20 y 21 de diciembre de 2016, se publica respectivamente en el Perfil de contratante, en el BOE y BOCM, la Resolución de 19 de diciembre de

2016 de la Dirección Gerencia del Hospital por la que se procede a subsanar los errores detectados en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación convocada y se amplía el plazo de presentación de proposiciones hasta el día 2 de febrero de 2017.

No consta en el expediente que se haya producido la publicación de dicha corrección y ampliación del plazo el DOUE.

Tercero.- El 10 de enero de 2017, tuvo entrada en el registro del Hospital escrito de la representación de Medtronic, Ibérica, S.A., de interposición de recurso especial en materia de contratación, contra la rectificación de errores realizada. La recurrente alega que *“no puede estimarse conforme a derecho la utilización del mecanismo de la corrección o subsanación de errores para modificar y más en concreto, suprimir, una de las características técnicas exigidas inicialmente para la presentación de ofertas. El Concurso se ha establecido bajo la exigencia de superar un umbral técnico predefinido y a partir de ahí, las ofertas se adjudicarán por el criterio del precio más bajo. Por ello, cualquier alteración de las prescripciones técnicas exigidas, modifica totalmente la configuración del Concurso y afecta necesariamente a la confección de las ofertas que puedan presentar los licitadores. De ahí que esta parte entienda que más allá de considerar la modificación del pliego una simple rectificación de un error, entra de lleno en la configuración técnica de las exigencias médicas que solicita el Hospital (...) esta parte considera que no se ha producido una mera rectificación de error material de hecho o numérico en la resolución combatida, sino que realmente se ha modificado el PPT redefiniendo las exigencias técnicas y la descripción tecnológica de los suministros objeto de contratación a través de un nuevo juicio valorativo de carácter científico y médico. En definitiva, se han alterado los pliegos de un concurso vulnerando su intangibilidad”*.

Por otro lado, añade que *“salvo error, a esta parte no le consta que la resolución que acuerda la rectificación de errores haya sido publicada en el DOUE, como exige la normativa de aplicación al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada. Esta circunstancia acarrearía la nulidad de pleno derecho de la*

resolución combatida, por la ausencia de publicidad en todos los boletines oficiales exigibles". En consecuencia, solicita se anule la Resolución de 19 de noviembre de 2016, por la que se procede a la corrección de errores mencionada y se acuerde la prosecución del procedimiento en los términos en que fue convocado.

Cuarto.- Con fecha 17 de enero de 2017, el órgano de contratación ha remitido al Tribunal el recurso, el expediente de contratación y el correspondiente informe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP. El órgano de contratación afirma que se trata de la corrección de errores materiales que es posible subsanar y además la modificación está motivada por razones sanitarias, todo ello de acuerdo con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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 Medtronic Ibérica, S.A., potencial licitadora, para interponer el recurso especial, de conformidad dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la Resolución de corrección de errores del Pliego de Prescripciones Técnicas de un contrato de suministro, sometido a regulación armonizada, por lo que el acto es recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución se publicó en el perfil de contratante el día 20 de diciembre e interpuesto el recurso el

día 10 de enero de 2017, dentro del plazo de quince días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Dos son las cuestiones planteadas por la recurrente, en primer lugar la posibilidad de modificar el PPT de un contrato que se está licitando dentro del plazo de presentación de proposiciones y en segundo lugar, el incorrecto procedimiento de la modificación, ya que se afirma que no ha sido publicada en el DOUE a pesar de tratarse de un procedimiento sometido a regulación armonizada.

El órgano de contratación en su informe alega que “*debemos invocar el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que permite que la Administración pública pueda rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos. Al amparo del citado artículo el órgano de contratación publicó la Resolución de 19 de diciembre de 2016 recurrida por Medtronic Ibérica. En el caso que nos ocupa, el error material se sustancia en haber introducido un requisito en el Pliego de Prescripciones Técnicas de forma inadvertida e improcedente.*

Es improcedente por cuanto que la exigencia de posibilidad de sensor de movimiento (adaptación de la postura) es inconveniente e innecesario: inconveniente por cuanto que con esa exigencia se restringe indebidamente la competencia, principio inspirador de la Ley de Contratos del Sector Público, ya que no todos los fabricantes disponen de dicho sensor en el dispositivo objeto del procedimiento de contratación, además de implicar un mayor coste del mismo por ser de precio más caro los dispositivos dotados de sensor de movimiento, yendo por tanto contra el principio establecido en la citada ley que hace mención a la eficiente utilización de los fondos públicos; e innecesario porque con los dispositivos objeto de este procedimiento de contratación lo que se pretende es que sean compatibles con resonancia magnética a los efectos de que determinados pacientes puedan ser sometidos a la referida prueba diagnóstica, siendo la citada posibilidad de estar dotado de sensor de movimiento superflua a estos efectos”.

En primer lugar debe aclararse que existe la posibilidad de modificar los Pliegos si en algún momento del procedimiento se advierte que existe un error en los mismos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todo error puede reconducirse a la aplicación del artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Han de tratarse de errores materiales, de hecho o aritméticos y de ahí que se incluya en la Ley la expresión rectificar y no modificar y ni siquiera corregir.

En el presente caso lo que se ha advertido es la inclusión de un requisito técnico en el PPT, documento esencial en la licitación por cuanto incluye las especificaciones técnicas requeridas, que según se argumenta, restringe indebidamente la competencia e implica un mayor coste. Por lo tanto, el error no puede considerarse material o de hecho sino de apreciación o de oportunidad y requiere no una rectificación sino una modificación del PPT.

Para ello debería, al igual que para la aprobación del actualmente en licitación, constar una propuesta motivada de modificación y la correspondiente aprobación por Resolución del Director Gerente.

No consta en el expediente tal Resolución, si bien se hace referencia a la misma en los anuncios de corrección de errores publicados.

Respecto a la publicación, debe tenerse en cuenta lo establecido por el TRLCSP, puesto que las modificaciones de los anuncios de las convocatorias deben someterse a la misma publicidad que los originalmente publicados y siendo en este caso un procedimiento sometido a regulación armonizada, debería haberse publicado además en el DOUE. Así viene impuesto por el artículo 142 del TRLCSP y por el artículo 75 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el cual determina que cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de los contratos se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse en su

caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones. La finalidad de la publicación es garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia y esos principios solo pueden garantizarse si las modificaciones de las convocatorias, incluso las ampliaciones de plazo, son conocidas por todos los potenciales licitadores con anterioridad a la finalización del plazo originalmente establecido en el anuncio publicado.

En este caso no se ha producido la publicación de la modificación en el DOUE puesto que como indica el informe del órgano de contratación, el anuncio no fue enviado.

En consecuencia, habiéndose llevado a cabo la modificación de forma indebida mediante una rectificación de errores, y no habiéndose publicado debidamente, procede estimar parcialmente el recurso anulando la resolución publicada y retrotrayendo el procedimiento al momento previo, para dictar nueva resolución de modificación y proceder a su publicación en los boletines correspondientes y el perfil.

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 parcialmente el recurso especial interpuesto por doña M.O.A., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A., contra la Resolución de 19 de diciembre de 2016, de la Dirección Gerencia del Hospital La Paz de subsanación de errores del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “*Adquisición de neuroestimuladores implantables compatibles con RM*”, anulando la corrección de

errores publicada y retrotrayendo el procedimiento al momento previo a la misma para proceder a la modificación del PPT, en los términos expuestos.

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.