

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

En Madrid, a 13 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don T.C.V., en nombre y representación de Nutricia, S.R.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 11 de julio de 2017, por el que se admite a la empresa Nestlé España, S.A., a la licitación del Acuerdo marco P.A. 10/2017, “Suministro de productos dietoterápicos a hospitales del Servicio Madrileño de Salud y a centros de asistencia social de titularidad pública dependientes de la Agencia Madrileña de Atención Social”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21 y 31 de marzo, y 5 de abril de 2017, fue publicado respectivamente en el DOUE, BOCM y BOE la convocatoria de licitación del contrato de suministros mencionado, dividido en 48 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios (lotes 1 al 22 y 25 al 46), y criterio único, precio (lotes 23, 24, 47 y 48). El valor estimado del contrato es de 9.290.243,44 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que de acuerdo con lo previsto en la cláusula 10 del PCAP relativa a las reglas de presentación de proposiciones: *“Los licitadores estarán obligados a presentar oferta económica para todos los lotes en los que tengan algún producto comercializado. Será requisito imprescindible ofertar todos los productos y presentaciones que se tengan comercializados de cada lote”*. Debiendo los productos a ofertar estar incluidos en la oferta de productos dietéticos susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud, considerando como tales los que figuren en el Nomenclátor de Productos Dietéticos del Sistema Nacional de Salud.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron nueve empresas incluida la recurrente.

Una vez examinada la documentación aportada con fecha 6 de julio de 2017 se emite el Informe de valoración técnica de inclusión de empresas licitadoras en el procedimiento Acuerdo Marco, en el que se da cuenta de que la empresa Nestlé presenta oferta económica para todos los productos excepto ISOSOURCE PROTEIN FIBRE, por lo que se le solicitó aclaración en relación con este extremo, adjuntando asimismo determinada documentación.

Con fecha 11 de julio de 2017, la Mesa de Contratación acordó admitir la oferta de Nestlé señalando que se trataba de un error de transcripción o de cuenta, no constituyendo un error invalidante de la oferta. Este Acuerdo fue publicado en el Perfil de Contratante del Servicio Madrileño de Salud en fecha 25 de julio de 2017.

Tercero.- La representación de Nutricia, previo anuncio al órgano de contratación, efectuado el 2 de agosto de 2017, interpone recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de admisión de fecha 11 de julio, ante este Tribunal, el mismo día 2 de agosto.

Requerido el órgano de contratación para el envío del expediente y del informe previsto 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), los mismos tuvieron entrada en este Tribunal el 11 de agosto siguiente.

La recurrente solicita que se anule la admisión al procedimiento de la empresa Nestle España, S.A., al presentar su oferta económica de forma claramente extemporánea y al infringir los requisitos previstos en la cláusula 10 del Pliego, esto es la presentación de oferta para todos los productos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe solicita que se inadmita el recurso al haberse interpuesto contra un acto no susceptible de recurso al no estar incluido en el elenco de los recogidos en el artículo 40 TRLCSP. Subsidiariamente solicita la desestimación del recurso, exponiendo que la Unidad Técnica, procedió a la revisión del informe de adjudicación de este Acuerdo marco, verificando que el producto ISOSOURCE PROTEIN FIBRE no se encuentra incluido en el mismo. Pudiendo comprobar que Nestlé no figura en los lotes 12 y 36, lotes a los que corresponde el producto ISOSOURCE PROTEIN FIBRE, pero entiende que Nutricia S.L., ha mal interpretado la aceptación de una propuesta económica fuera del plazo fijado en el PCAP para la presentación de ofertas, indicado en el punto 2 (página 11 y siguientes) del recurso, ya que no hubo oferta económica al respecto. Concluye, después de exponer la normativa reguladora de las funciones de la Mesa de contratación, que el Acuerdo adoptado por la Mesa de contratación en fecha 11 de julio de 2017, es ajustado a derecho, adecuado a la legalidad, y está dentro de las competencias que, por el ordenamiento jurídico, tiene atribuidas.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado a Nestlé para que efectuara las alegaciones que tuviera por convenientes, lo que verificó el 7 de septiembre de 2017, aduciendo que en ningún momento presentó su oferta económica extemporáneamente, ni subsanó ésta, sino que al igual que otros licitadores, efectuó

una aclaración –que no subsanación-, sin que dicha aclaración comprendiera ninguna oferta económica, por lo que en ningún momento se produjo una modificación de la oferta. Considera que no procede su exclusión por incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 10 del PCAP ya que ello no determina la inviabilidad de la oferta, ni tampoco resulta proporcional, teniendo en cuenta que se trata de la omisión de oferta a 2 lotes de 48.

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, en principio corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso al tratarse de un Acuerdo marco de suministros sujeto a regulación armonizada.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 11 de julio de 2017, y publicado el 25 de julio siguiente, y que el recurso se interpuso el 2 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- Especial análisis merece el acto objeto de recurso, ya que siendo el contrato de suministro susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) TRLCSP al estar sujeto a regulación armonizada, se plantea si el acto de admisión de ofertas, es susceptible de recurso.

Establece el artículo 40 del TRLCSP que son susceptibles de recurso especial los relacionados en el apartado 2 del mismo:

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio

irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”.

En el caso que analizamos, el acto objeto del recurso no aparece recogido en el elenco de actos susceptibles de recurso especial del artículo, de manera que de forma sistemática, tanto este Tribunal, como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el resto de Tribunales autonómicos, han venido inadmitiendo los recursos presentados contra la admisión de ofertas. Así por ejemplo en la Resolución 6/2017, de 11 de enero, del TACPCM.

Ya señalábamos al respecto en la Resolución 218/2014, de 3 de diciembre, que en el procedimiento de licitación hay una resolución final que pone fin, la adjudicación, y para llegar a la misma se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos y con actos diferentes. Estos actos previos a la resolución son los que la Ley denomina actos de trámite. Son actos instrumentales de la resolución. No quiere decirse que los actos de trámite no son impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración, quiere decir que no son impugnables separadamente salvo que la ley los considere de una importancia especial (que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos). No pueden impugnarse de forma separada y por el principio de concentración procedimental habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.

Para llegar a una interpretación adecuada del artículo 40.2.b) es preciso tener en consideración una doble posibilidad en cuanto a la función que se pretende

cumpla el mismo. De una parte, cabe entender que mediante él se pretende evitar que los actos de trámite, que son irrecurribles en principio, priven de la posibilidad de ejercitar sus derechos a los licitadores al quedar al margen del procedimiento de adjudicación a pesar de tener derecho a participar en él. Por otra, cabría entender que el legislador ha querido dotar de sustantividad a los actos de la Mesa sobre la exclusión de licitadores y, por ello, ha admitido la posibilidad de que sean impugnados sus actos en tal sentido. Por la misma razón se excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues queda la posibilidad de recurrir contra el acto de adjudicación.

Sin embargo no cabe desconocer que tras las indicadas Resoluciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado la Sentencia, de 5 de abril de 2017, en el Asunto C-391/15, Marina del Mediterráneo, S.L., y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en la que el TJUE recuerda que *“toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. (Directiva 89/665 de recursos). Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada), (...) De lo anterior se deduce que la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación, como es la decisión controvertida en el litigio principal, constituye una decisión a efectos del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva.(...) aunque la Directiva 89/665 no ha determinado formalmente el momento a partir del cual existe la posibilidad de recurso prevista en su artículo 1, apartado 1, el objetivo de la mencionada Directiva, al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, no autoriza a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del*

derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 38))”.

De acuerdo con todo lo anterior resulta claro que el TJUE parece admitir el recurso especial contra cualquier decisión de un poder adjudicador al que se apliquen normas de derecho de la Unión Europea, y así lo ha reconocido al caso concreto en preservación del efecto útil de la Directiva de recursos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 64/2017, de 22 de mayo.

Por otro lado la propia Sentencia del TJUE señala que la Directiva 89/665 no ha determinado formalmente el momento a partir del cual existe la posibilidad de recurso, si bien indica que ello no autoriza a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase. Reconoce también que corresponde al Derecho nacional, según reiterada jurisprudencia, configurar la regulación del procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, respetando los conocidos principios de equivalencia y de efectividad, sentados asimismo por la doctrina del TJUE.

De todo lo anterior concluye que *“el hecho de que la normativa nacional en cuestión en el procedimiento principal obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador infringe las disposiciones de la Directiva 89/665”*. Ahora bien, también señala la indicada sentencia en su considerando 36 que *“Además, incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los*

procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665”, lo que necesariamente exige el examen conjunto tanto de la recurribilidad del acto como de la legitimación del recurrente en relación con el mismo, legitimación que la propia Directiva de recursos reconoce en su artículo 1 “como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”. Debe por tanto cohonestarse la posibilidad genérica de interponer recurso contra los actos de admisión de ofertas, con la legitimación de los recurrentes definida en tales términos.

Por otro lado reconoce la Sentencia que el legislador europeo no se ha pronunciado sobre el momento en que puede deducirse el recurso especial, de manera que corresponde al nacional “configurar la regulación del procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables”, en sus propias palabras, siempre con salvaguarda de los principios de equivalencia y de efectividad, de manera que son estos dos principios los parámetros de la legalidad desde la óptica del derecho de la Unión, de la regulación de los procedimientos jurisdiccionales. En este caso el principio de equivalencia respecto del recurso administrativo resulta más que evidente puesto que la previsión de recurso únicamente respecto de los actos de trámite supone una reproducción de lo establecido en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el artículo 25 de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, contiene una regulación pareja a la anterior.

Quizá sea más importante el principio de efectividad puesto que se trata a la postre de no privar a la Directiva de su efecto útil, que tal y como se expone en la propia Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, en definitiva consiste, en la lucha contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más

importante del Derecho comunitario, para la cual establece la ineficacia o, en nuestro ordenamiento, nulidad del acto de adjudicación. A este respecto considera el Tribunal que la circunstancia de acumulación procedimental por mor de la economía de trámites y la sencillez en la tramitación, no afecta al derecho de defensa que podrá ejercerse cuando el licitador afectado de una causa de inadmisión tras ser admitido al procedimiento resulte adjudicatario, como venimos sosteniendo los órganos de recursos contractuales. Por otro lado el derecho de defensa en nuestro ordenamiento se residencia en esta fase del procedimiento de licitación en la posibilidad de plantear ante la Mesa de contratación las reclamaciones previstas en el artículo 87 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP).

No cabe por otro lado desconocer que desde el punto de vista de la gestión contractual se abre un panorama difícil sobre todo en licitaciones como la que ahora nos ocupa, con nueve empresas licitadoras y 48 lotes, frente al supuesto que sirve para plantear la cuestión prejudicial en que solo había dos licitadoras, dos Uniones Temporales de Empresas, puesto que al ser posible la impugnación vía recurso especial de los actos de admisión y publicarse por efecto de la Ley de Transparencia los distintos actos que se produzcan en el procedimiento de licitación resultará imposible “evitar” recursos contra admisiones que a la postre no tendrán ninguna virtualidad al no ser el admitido adjudicatario, habiendo sin embargo introducido un trámite meramente dilatorio del procedimiento cuya falta ninguna afectación tendría sobre el derecho de defensa de los licitadores; si bien la misión de los Tribunales de recursos contractuales es la revisión de la actividad contractual desde parámetros exclusivamente normativos.

Por tanto, exclusivamente desde parámetros de legalidad, este Tribunal entiende que a falta de una norma específica que recoja esta previsión, la Sentencia de 5 de abril de 2017, debe ser aplicada al caso concreto. En aquel supuesto solo

había dos licitadoras, dos Uniones Temporales de Empresas, de manera que el acto de admisión o inadmisión a la postre puede convertirse en un acto de adjudicación, donde el interés de cada uno de los licitadores resulta claro puesto que la inadmisión de una oferta, coloca al admitido en situación virtual de ser adjudicatario, mientras que en el Acuerdo marco que ahora nos ocupa, el resultado de la licitación es incierto en tanto se trata de con nueve empresas licitadoras y 48 lotes. Esto no obstante dado que el Acuerdo marco se adjudicará a todos los licitadores admitidos menos uno, puede afirmarse la presencia de un beneficio o perjuicio cierto para la recurrente, al equivaler prácticamente la admisión a la adjudicación de forma que la admisión de un licitador más perjudica los intereses de la recurrente, por lo que puede afirmarse indubitadamente la presencia del requisito de legitimación respecto del acto de admisión exigido por la Sentencia comentada de concurrencia de las restantes condiciones relativas a la accesibilidad.

Por lo tanto procede admitir el recurso reconociendo legitimación activa a la recurrente.

Cuarto.- El recurso se contrae a solicitar la exclusión de la oferta de Nestlé por considerar que se ha producido una presentación extemporánea de la misma al ser requerida la empresa para subsanar su oferta y por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 10 del PCAP.

Por su parte el órgano de contratación, reconociendo que Nestlé no aportó oferta a los lotes 12 y 36, como más arriba hemos recogido, señala que realmente no puede hablarse de oferta extemporánea ya que no hubo oferta económica para esos dos lotes, habiendo sido, según aduce correcta la actuación de la Mesa de contratación en el ejercicio de sus competencias.

En el trámite de alegaciones, Nestlé también afirma que no hubo subsanación de la oferta sino aclaración de la misma y que no puede hablarse de oferta

extemporánea puesto que no se ofreció precio alguno por el producto de los lotes 12 y 36, aduciendo asimismo respecto del pretendido incumplimiento de la cláusula 10 del PCAP, que no procede su exclusión desde el principio de proporcionalidad al tratarse de dos lotes de 48.

Expuestas las posiciones de las partes conviene recordar que 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.

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”, artículo que en este caso se ha recogido en la cláusula 12 del PCAP invocada asimismo por Nestlé.

Qué duda cabe ante el reconocimiento de todas las partes que Nestlé no había incorporado en su oferta el producto ISOSOURCE PROTEIN FIBRE, dicha omisión, dados los hechos constatables en el expediente no sería susceptible de subsanación, puesto que cualquier inclusión posterior de un producto supondría modificación de la oferta, proscrita en virtud del principio de igualdad de los licitadores. Tal y como afirma el órgano de contratación la Mesa actuó debidamente al solicitar aclaración de la oferta teniendo en cuenta que algunos productos en función de su fecha de comercialización podían o no estar incluidos en el Nomenclator de Productos Dietéticos del Sistema Nacional de Salud. Cuestión distinta es la aceptación de la aclaración y consiguiente admisión de la oferta por parte de la Mesa de contratación a la vista del contenido del PCAP.

En concreto se ha considerado que la omisión constituye un error no invalidante, señalando Nestlé que la cláusula 12 del PCAP solo establece la exclusión para los casos en que del error resulte que la oferta es inviable. Sin embargo, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste a Nestlé, la misma no debe desconocer que el incumplimiento de las condiciones de la licitación también determina la exclusión de las ofertas, por más que en este caso como reconocen las partes no ha habido nueva oferta económica para el producto omitido. Esta circunstancia constituye precisamente el supuesto de incumplimiento puesto que el PCAP es claro y taxativo a la hora de obligar a los licitadores a presentar oferta para todos los lotes para los que tengan productos comercializados, lo que en este caso no se ha cumplido de forma indubitada.

En cuanto a la posible aplicación del principio de proporcionalidad, precisamente la finalidad de la medida expuesta en su informe por el órgano de contratación, excluye de plano la aplicación en esta licitación del indicado principio

en el caso del error ante el que nos encontramos. Y es que como explica el órgano de contratación *“El motivo de incluir este requisito fue el de poder garantizar que todas las necesidades y requerimientos de los pacientes del SERMAS y residentes del AMAS quedaran cubiertas, asegurando así una garantía de calidad del procedimiento en ambos ámbitos asistenciales, para que no se quedara ningún lote desierto y no hubiera carencias en el suministro de productos dietoterápicos a Hospitales y Centros de Asistencia Social del SERMAS”*.

Por lo expuesto, verificado el incumplimiento de la cláusula 10 del PCAP, debe estimarse el recurso y excluir la oferta de Nestlé de la licitación.

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 interpuesto por don T.C.V., en nombre y representación de Nutricia S.R.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 11 de julio de 2017, por el que se admite a la empresa Nestlé España, S.A. a la licitación del Acuerdo marco P.A. 10/2017, “Suministro de productos dietoterápicos a hospitales del Servicio Madrileño de Salud y a centros de asistencia social de titularidad pública dependientes de la Agencia madrileña de Atención Social”.

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.