



Recurso nº 164/2013 C.A. Cantabria 014/2013

Resolución nº 137/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 10 de abril de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. T. P. C. en representación de ORBIMED, S.A., contra la resolución de 18 de enero de 2013 del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, por la que se adjudicaba el “Acuerdo marco de suministro de componentes para prótesis primaria de cadera”, expdte. 2012.2.CC.03.0005, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección Gerencia del Servicio Cántabro de Salud, convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 8 de agosto de 2012, en el Boletín Oficial del Estado de 17 de agosto de 2012 y en el Boletín Oficial de Cantabria de 24 de agosto de 2012, la licitación para adjudicar por procedimiento abierto el Acuerdo marco de suministro arriba citado, dividido en 27 lotes, por un valor estimado de 3.635.476 euros, licitación a la que presentó oferta, entre otras, la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en las disposiciones que lo desarrollan.

Tercero. En la sesión celebrada el 1 de octubre de 2012 la Mesa de contratación procede a la apertura de la documentación acreditativa de la capacidad para contratar (sobre A), observando que la ahora recurrente ha incluido en dicho sobre todo lo relativo a la documentación que se debe contener en el sobre B (aspectos técnicos no cuantificables

mediante la mera aplicación de fórmulas), motivo por el cual la Mesa acuerda su exclusión del procedimiento.

Según consta en el expediente (documento 20, páginas 116 y 117), con fecha 3 de octubre de 2013 se notifica a la ahora recurrente su exclusión mediante correo electrónico, haciéndose constar la causa de la misma. Al día siguiente ORBIMED, S.A. remite correo electrónico al Servicio Cántabro de Salud señalando que: *“En respuesta a su mail y tras la conversación mantenida, ruego tengan a bien el hecho de que el error cometido ha sido totalmente involuntario como demuestra el hecho de que se han enviado dos sobres A, y un sobre C. El error no ha sido meter la documentación administrativa en el sobre equivocado ya que iba en el sobre A, lo único que al pegar la carátula en el sobre B por error coloque otra carátula A”*.

En este sentido interesa a este Tribunal anotar que, aun cuando la recurrente manifiesta en su recurso que no se le comunicó su exclusión del procedimiento, lo cierto es que la dirección de correo electrónico en la que se comunica a ORBIMED, S.A. su exclusión –con fecha 3 de octubre de 2012- es coincidente con la dirección de correo en la que se le notifica la resolución de adjudicación del Acuerdo marco –con fecha 28 de febrero de 2013- y que la recurrente, en su recurso, afirma haber recibido.

Cuarto. Celebrado el 10 de octubre de 2012 el acto público de apertura de los sobres B (proposición y documentación relativa a aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas), en la sesión de la Mesa de contratación de 19 de diciembre de 2012 se celebró el acto público de notificación del resultado de la valoración de los sobres B y la apertura de los sobres C (criterios de valoración dependientes de la aplicación de fórmulas).

Quinto. Efectuada por la Mesa de contratación la valoración de los sobres C de las ofertas presentadas (criterio de valoración sujeto a fórmulas), con fecha de 23 de enero de 2013 se formuló la correspondiente propuesta de adjudicación, que se elevó al órgano de contratación.

Sexto. Mediante resolución de 18 de enero de 2013 del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud se resolvió la adjudicación del Acuerdo marco de continua referencia. Dicha resolución fue notificada a los licitadores y, en concreto, a la entidad recurrente, el 28 de febrero de 2013.

Séptimo. Contra dicha resolución de adjudicación la representación de ORBIMED, S.A. interpuso recurso especial mediante escrito dirigido a este Tribunal y presentado en la Delegación del Gobierno en Murcia el 18 de marzo de 2013, con entrada en el registro de este Tribunal el 25 de marzo de 2013.

Impugna la recurrente la resolución de adjudicación del Acuerdo marco, la valoración del sobre B (criterios no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas) y el acta de apertura del sobre B, por no haberle sido comunicada su exclusión del procedimiento, solicitando la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente, la anulación de la resolución de adjudicación y actos de trámite impugnados.

El 27 de marzo de 2013 se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Octavo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 27 de marzo de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. El 3 de abril de 2013 la empresa EXACTECH IBÉRICA, S.L.U. formuló escrito de alegaciones al recurso.

Noveno. Con fecha 27 de marzo de 2013 el Tribunal acordó dejar sin efecto la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la afirmación de que ha sido interpuesto contra acto susceptible de impugnación por dicho cauce, atendido lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP.

Segundo. Asimismo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria el 28 de noviembre de 2012, corresponde la competencia para resolver el citado recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que no ha resultado adjudicatario.

Cuarto. Antes de entrar a examinar el fondo del asunto, procede establecer si el escrito de recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo preceptuado al respecto en el artículo 44 del TRLCSP.

A estos efectos interesa indicar que, aun cuando, tal y como hemos señalado en el antecedente tercero, el 3 de octubre de 2012 se comunicó a la ahora recurrente su exclusión del procedimiento haciendo constar su causa, será la resolución de adjudicación la que determine el plazo de cómputo para la interposición del recurso, pues es en la misma (no así en la comunicación de exclusión) en la cual se hacen constar los recursos procedentes, los plazos para su interposición y los órganos ante los que pueden interponerse. Así, tal como dijimos en nuestra reciente resolución 107/2013 de 5 de marzo (recurso 107/2013), *“aun cuando el artículo 151.4 del TRLCSP no prevé de forma expresa la necesidad de que la notificación de la adjudicación contenga, en cuanto aquí interesa, el órgano ante el que ha de interponerse el recurso, ello cabe deducirlo de forma implícita de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 4 a que nos hemos referido. Este párrafo hace referencia a la necesidad de que la notificación contenga la **“información necesaria** que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”. Dentro del concepto de información necesaria han de incluirse, no sólo los aspectos sustantivos relativos a la calificación de la documentación y valoración de las ofertas presentadas, sino también los aspectos formales relativos a la forma de impugnación de la decisión de adjudicación, es decir, recurso procedente, plazo para su interposición y órgano ante el que ha de interponerse.”*

El TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*, añadiendo en su apartado 3 que *“La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*.

Por lo que aquí interesa, de acuerdo con la documentación incorporada al expediente remitido a este Tribunal, y reconocido en su escrito de recurso por la propia recurrente, la notificación de la adjudicación del Acuerdo marco ahora recurrido tuvo lugar el 28 de febrero de 2013. El recurso fue presentado por la recurrente el día 18 de marzo de 2013 en el registro de la Delegación del Gobierno en Murcia, teniendo entrada en el registro de este Tribunal el 25 de marzo de 2013, días después a la fecha límite de presentación, el 18 de marzo.

Según la redacción del citado artículo 44 del TRLCSP, las especialidades del recurso en materia de contratación respecto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, son fundamentalmente el cómputo del día inicial del plazo para la interposición del recurso y que no se admiten las formas de presentación previstas en ella. Como hemos señalado, el artículo 44.3 establece expresamente que el plazo de quince días hábiles será contado a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado y que la presentación ha de hacerse necesariamente ante el órgano de contratación o ante el órgano competente para la resolución del recurso.

Sentado lo anterior, y visto que el plazo transcurrido entre la fecha en la que se efectúa la notificación de la adjudicación a la recurrente, el 28 de febrero de 2013, y la fecha de entrada del recurso en el registro de este Tribunal, el 25 de marzo de 2013, supera los quince días hábiles establecidos en el artículo 44.2 del TRLCSP para interponer el recurso correspondiente, procede inadmitir el recurso por extemporáneo.

Quinto. No obstante lo anterior, y a la vista del informe del órgano de contratación que se muestra favorable a admitir el recurso, pues entiende que procede la apertura del “otro” sobre A, el referido a la documentación de la capacidad para contratar, con posterioridad a la apertura que tuvo lugar del sobre B, denominado por la recurrente también sobre A, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento anterior al de la valoración de los criterios no cuantificables mediante fórmulas (sobre B), este Tribunal quiere poner de manifiesto que dicha actuación es contraria a derecho, en cuanto supone una infracción de los artículos 145.2 del TRLCSP según el cual “*Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, ...*”, y 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, el cual exige que la apertura de los sobres relativos a los

criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor se lleve *“a cabo en un acto de carácter público”*. De ello debe deducirse que rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario al mandato reglamentario transcrito, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones sujetas a juicio de valor antes de que se celebre el acto público para su apertura (téngase en cuenta que el artículo 160.1 ‘in fine’ del TRLCSP exige la apertura de la oferta económica en acto público).

En este sentido, este Tribunal ha reiterado en diversas resoluciones (la 147/2011 y la 67/2012 relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012, entre otras) la procedencia de excluir a los licitadores que han incluido información de los sobres relativos a criterios sujetos a juicio de valor o a criterios evaluables mediante fórmulas en el referido a la documentación administrativa (a efectos dialécticos y siguiendo la denominación del expediente de referencia, se trataría respectivamente de los sobres B, C y A), lo cual es aplicable al caso presente pues, aun cuando no se trate de un supuesto de inclusión de documentación de un sobre en otro (por ejemplo del sobre B en el A o del C en el A), al igual que los casos anteriores, afecta al secreto de las proposiciones y a la publicidad en su apertura, en cuanto que aquí se trata de un supuesto de apertura del sobre B (que debe celebrarse en acto público), cuando el acto para el que se reúne la Mesa de contratación es la apertura del sobre A (que se celebra en acto privado).

Así, en nuestra resolución 67/2012 de 14 de marzo, en la cual se trata de un supuesto de inclusión de documentación que debiera haberse incluido en el sobre conteniendo la oferta económica en el sobre correspondiente a la documentación administrativa, afirmábamos que: *“En consecuencia, debe entenderse que, cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso, la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate.”*

De lo anterior se concluye que, aun cuando el escrito de recurso se hubiera interpuesto en plazo, hubiera procedido su desestimación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. T. P. C. en representación de ORBIMED, S.A., contra la resolución de 18 de enero de 2013 del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, por la que se adjudicaba el “Acuerdo marco de suministro de componentes para prótesis primaria de cadera”, expdte. 2012.2.CC.03.0005, por haber sido interpuesto fuera del plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.