



DIABETES CARE COMPANIES

ASUNTO: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. EXPEDIENTE Nº A/SUM-003469/2018 CONVOCADO PARA EL SUMINISTRO DE PRÓTESIS DE RODILLA PRIMARIA CON DESTINO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MÓSTOLES CONVOCADO POR EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD.

En Madrid, a 2 de enero de 2019

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA
COMUNIDAD MADRID**

D. Alicia Herráez, con D.N.I. Nº A28218675, actuando en nombre y representación de la empresa **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, con CIF Nº A28218675 y con domicilio social en Madrid (CP 28042), Paseo de las Doce Estrellas, nº 5-7, cuya representación acredito mediante copia legitimada ante Notario de mi escritura de poder (se adjunta como **Documento Nº 1**), conforme proceda en derecho y de conformidad con lo previsto en los **artículos 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre**, por el que se aprueba el **Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, actualmente contemplado en el **artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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**, interpone mediante el presente escrito,

**RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

Contra la Resolución de Adjudicación del procedimiento de contratación de referencia, expediente Nº **A/SUM-003469/2018, convocado para la contratación del suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud**, que ha sido objeto de publicación en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha de 14 de diciembre de 2018.



Se adjunta como **Documento Nº 2** copia del Anuncio presentado ante el órgano de contratación y como **Documento Nº 3** copia de la Resolución de Adjudicación objeto del presente recurso.

El recurso se fundamenta en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO. – Que, la empresa **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, presentó su oferta al **Expediente Nº A/SUM-003469/2018**, convocado para la **contratación del suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud.**

Que, por este motivo, la empresa **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, tiene la consideración de parte interesada en este procedimiento, de acuerdo con las especificaciones del **artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.**

SEGUNDO.- En fecha **9 de julio de 2018**, se presenta por la empresa **SMITHS & NEPHEW, S.A.** recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública contra la Resolución de Adjudicación del expediente referenciado y publicada en fecha 19 de junio de 2018 por la que se adjudicaba a esta casa comercial, siendo estimado el recurso y siendo publicada nueva resolución de adjudicación en favor de **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, publicándose la referida resolución en fecha 14 de octubre de 2018.

TERCERO.- Contra la resolución de adjudicación publicada en el perfil del contratante del órgano de contratación de fecha 14 de octubre **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** presentó recurso especial por incumplimiento de las exigencias obrantes en los pliegos rectores del procedimiento, siendo estimada parcialmente la misma y ordenando el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos la retroacción de las actuaciones. Se adjunta como **documento nº 4**

copia de la resolución 359/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

CUARTO. – Que, el pasado día **14 de diciembre de 2018**, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nueva Resolución de Adjudicación por la que se acuerda la adjudicación del **referido expediente de selección del contratista**, a la compañía **SMITHS & NEPHEW, S.A.**

A la vista de las serias irregularidades jurídicas de que adolece la Resolución aludida, y en la medida en que dichas irregularidades constituyen una infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público, se interpone mediante este escrito, en tiempo y forma, este **RECURSO ESPECIAL** contra dicho acto, por considerarlo contrario a Derecho y gravemente perjudicial para nuestros intereses, lo que se hace al amparo del **artículo 40.2 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** y sobre la base de los siguientes Requisitos y Fundamentos Jurídicos, actualmente contemplado en el **artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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.**

I REQUISITOS

PRIMERO. – REQUISITOS SUBJETIVOS

1.1 Órgano competente

Como quiera que el presente recurso especial se dirige contra una Resolución de Adjudicación del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles la competencia para conocer el mismo corresponde al **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.**

1.2 Legitimación

De acuerdo con el **artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**:

“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Asimismo, la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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, determina en su artículo 48:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

La compañía **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, está legitimada para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación por cuanto la Resolución de Adjudicación que se impugna resulta gravemente perjudicial para sus intereses.

SEGUNDO. – REQUISITOS OBJETIVOS

2.1 Acto impugnado

Como hemos adelantado, el acto objeto de recurso especial es la Resolución de Adjudicación del procedimiento con Expediente N° **A/SUM-003469/2018, convocado para la contratación del suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud.**

2.2 Recurribilidad del acto

2.2.1. Contrato susceptible de recurso especial

Estamos así ante un acto que cumple los requisitos establecidos en el **Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** para ser calificado como recurrible a través del recurso especial, a saber:

1. Acto objeto del recurso especial conforme al **artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**.
2. Acto referido a contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un poder adjudicador, conforme a los **artículos 15 y 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, indicando este último que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministros, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada”.

Resulta fuera de toda duda que estamos ante un contrato de suministros cuyo valor estimado está por encima del importe que, con carácter general, delimita el **Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector**, con umbral para la interposición de Recurso Especial en Materia de Contratación.

En este sentido, conviene recordar que:

- De conformidad con el **artículo 88.1 y 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** (cálculo del valor estimado de los contratos),

“En el cálculo del importe total estimado deberán tenerse en cuenta las eventuales prórrogas del contrato”, y, en particular, tratándose de la adjudicación simultánea por lotes separados de contratos de suministro homogéneos, ***“se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes”.***

- Adicionalmente, para este último supuesto, el **artículo 15.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** establece la siguiente regla que obliga expresamente a aplicar a la adjudicación de

cada lote las normas de la regulación armonizada (entre ellas, la procedencia del recurso especial):

“En el supuesto previsto en el artículo 88.7 cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere los importes indicados en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote”.

Asimismo, la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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**, concreta como actos recurribles los siguientes:

1. Acto objeto del recurso especial conforme al **artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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**.
2. Acto referido a contrato de suministros conforme a los **artículos 16 y 44.1 del Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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**, indicando este último que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.”

TERCERO. - REQUISITOS FORMALES

3.1 Plazo

Tratándose de actos recurribles conforme a lo señalado en el apartado anterior y siendo de aplicación la tramitación del Recurso Especial prevista conforme a lo señalado en la **Disposición Transitoria 4ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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**, el plazo para la interposición del mismo, conforme al **artículo 50**, es de 15 días hábiles, los cuales se contarán, a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción.

En su virtud, el presente Recurso Especial se presenta dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido por el **artículo 50 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen 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**.

3.2 Anuncio previo

Aun no siendo ya necesaria la presentación del anuncio de interposición de Recurso, toda vez que la nueva **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** ha eliminado esta exigencia, se ha decidido cumplir con la misma ya que, a pesar de que el acto impugnado fuera dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, la convocatoria de la licitación fue publicada con arreglo al marco normativo vigente con anterioridad.

Es por ello por lo que, en cumplimiento de la previsión del **artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, con fecha **2 de enero de 2019** y, dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido al efecto, **JOHNSON & JOHNSON, S.A.**, ha procedido a la presentación del anuncio de interposición de este recurso especial ante el propio órgano de contratación mediante comunicación que acompañamos, a los efectos oportunos, como **Documento N° 2**.

A estos hechos le son de aplicación los siguientes,

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN CONTRARIA A LA RESOLUCIÓN Nº 359/2018 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN FAVOR DE SMITHS & NEPHEW, S.A.

Como adelantamos en el encabezado del presente Fundamento de Derecho Primero, esta representación ha podido comprobar un flagrante incumplimiento del acuerdo emanado del Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos en su Resolución 359/2018, siendo conveniente dilucidar si el órgano de contratación se ha extralimitado, o directamente ignorado, lo resuelto en la misma por el Tribunal, adjudicando a la casa comercial **SMITHS & NEPHEW, S.A.**

Pues bien, en el anterior recurso especial interpuesto por esta representación se aseveraban una serie de incumplimientos obrantes en los pliegos que rigen el expediente de referencia y más concretamente, y entre otros, que *“toda la documentación constitutiva de la oferta técnica tendrá que entregarse en castellano y también en soporte digital en formato CD-R o DVD o similar”*.

El tribunal una vez analizado el expediente y, por tanto, la documentación que incluyó **SMITHS & NEPHEW, S.A.** en su oferta determinó lo que a continuación se reproduce:

“Este Tribunal una vez efectuado el análisis de la documentación que obra en el expediente administrativo, remitido por el órgano de contratación, así como de los escritos e informes emitidos en el procedimiento de recurso, en cuanto a los incumplimientos alegados por la recurrente de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares comprueba que la adjudicataria ha aportado documentación técnica en inglés no habiéndose efectuado requerimiento alguno para la subsanación de este defecto por parte de la Mesa de Contratación.

(...)

En consecuencia la inclusión de documentación en inglés contraviene claramente los requisitos establecidos en el PPT, no siendo justificación la innecesariedad de traducción de dicha documentación toda vez que los técnicos pueden proceder en ese idioma a valorar la oferta.

No obstante lo anteriormente manifestado, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004) siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo al objeto se determinara por la Mesa de Contratación las ofertas que deban ser excluidas por incumplimiento de los pliegos o inconsistencia de las ofertas. El órgano de contratación con el auxilio de la Mesa de Contratación delimitara en cada caso el alcance del error calificándole como subsanable o no subsanable teniendo en cuenta que en cualquier caso la subsanación no podrá amparar variaciones de la oferta ya presentada. En este caso concreto el error padecido por la adjudicataria no afecta de forma directa al cumplimiento de las prescripciones técnicas de las prótesis ofertadas sino a su acreditación, constituyendo una omisión fácilmente subsanable con la aportación de la documentación traducida al castellano.

La falta de subsanación de este defecto documental y la innegable exigencia de aportar solo documentación en castellano que se encuentra recogida en los PCAP deriva en la exclusión de la oferta por incumplimiento de las exigencias del PCAP y con ello en la nulidad de la adjudicación.

(...)

Por todo lo cual se propone estimar el recurso en cuanto a este motivo.

(...)

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por doña Alicia Herráez Sánchez, en nombre y representación de Johnson & Johnson S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles, de fecha 4 de octubre de 2018 por la que se

adjudica el contrato "Suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles", número de expediente: A/SUM-003469/2018 retrotrayendo las actuaciones administrativas al momento de admisión de las ofertas por incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones por parte de la licitadora Smith & Nephew S.A.U."

Es decir, el Tribunal acordó en la referida Resolución la retroacción de las actuaciones con el objeto de que se excluyera la oferta presentada **SMITHS & NEPHEW, S.A.** al expediente de referencia, entrando a resolver sobre los fundamentos de derecho expuestos y el suplico de esta representación en su escrito de recurso especial presentado respecto de la resolución de adjudicación publicada en fecha 14 de octubre de los corrientes y que reproducimos a continuación:

"SOLICITO

- (I) *Que, tenga por presentado este escrito que constituye Recurso Especial en Materia de Contratación Administrativa, contra la Resolución de Adjudicación a favor de la empresa **SMITHS & NEPHEW, S.A.** al procedimiento de contratación con nº de Expediente **A/SUM-003469/2018**, convocado para la contratación del suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud.*
- (II) *Que, se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y conforme a los incumplimientos de prescripciones técnicas y de las exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares acreditados en el presente recurso, se proceda a la exclusión de la oferta presentada por **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, en respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores y no discriminación.*

Pues bien, el órgano de contratación retrotrajo actuaciones y concedió trámite de subsanación a **SMITHS & NEPHEW, S.A.** en fecha 27 de noviembre de 2018, siendo aportada la traducción de la referida documentación al castellano,

dictándose posteriormente resolución de adjudicación a favor de la casa comercial **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, desatendiendo el mandato obrante en la resolución del Tribunal.

Lo cierto es que si hubiera sido voluntad del Tribunal que el órgano de contratación retrotrajera actuaciones con el objeto de dar trámite de subsanación, así constaría en la propia resolución, extremo que no resuelve el Tribunal puesto que determina la retroacción de las actuaciones que tiene por objeto excluir a la casa comercial **SMITHS & NEPHEW, S.A.**

En este sentido, no podemos obviar las previsiones legales obrantes en el artículo 36.1 del **Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual** y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“Artículo 36. Ejecución de las resoluciones.

1. Las resoluciones que pongan fin al procedimiento de recurso se ejecutarán por el órgano de contratación autor del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos.

*Si la resolución acordara la anulación del procedimiento de licitación, para poder proceder a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación deberá convocar una nueva licitación. **Cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites ordenada por el Tribunal no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.***

Es decir, una vez que no se dio trámite de subsanación por parte del órgano de contratación en el desarrollo del procedimiento de adjudicación y acordada resolución por parte del Tribunal, el órgano de contratación debe estar estrictamente a los términos de la resolución del mismo, en este caso concreto, la exclusión de **SMITHS & NEPHEW, S.A.**

Por todo lo anterior, esta representación no puede sino solicitar la nulidad de la resolución de adjudicación puesto que el órgano de contratación no ha atendido el acuerdo del Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos de excluir a la casa comercial **SMITHS & NEPHEW, S.A.**

SEGUNDO. – CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS PROVEEDORES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como se viene expresando en los Fundamentos anteriores, las circunstancias que hemos puesto de manifiesto deben ser suficientes para determinar la nulidad del acto objeto de la presente reclamación.

En este sentido, dispone el **artículo 31 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público** que,

“Los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”.

De manera correlativa al anterior, el actual **artículo 38 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**:

“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado”.

En esta misma línea dispone el **artículo 32 del TRLCSP** que,

“Son causas de nulidad de Derecho administrativo las siguientes:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común”.

El artículo 62.1 e) de la ya derogada Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que, los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

“Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”.

Este precepto, se concreta según el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.**
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

1. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

En su virtud, al Tribunal,

SOLICITO

- (III) Que, tenga por presentado este escrito que constituye Recurso Especial en Materia de Contratación Administrativa, contra la Resolución de Adjudicación a favor de la empresa **SMITHS & NEPHEW, S.A.** al procedimiento de contratación con nº de Expediente **A/SUM-003469/2018**, convocado para la **contratación del suministro de prótesis de rodilla primaria con destino al Hospital Universitario de Móstoles convocado por el Servicio Madrileño de Salud.**
- (IV) Que, se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y conforme a la Resolución 359/2018 el órgano de contratación en estricta aplicación de la misma proceda a la exclusión del procedimiento de referencia por el referido incumplimiento las exigencias obrantes en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares estimados en la citada resolución, se proceda a la exclusión de la oferta presentada por **SMITHS & NEPHEW, S.A.**, en respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores y no discriminación y del principio de seguridad jurídica en estricto acatamiento de las resoluciones emanadas del Tribunal al que humildemente nos dirigimos.

PRIMER OTROSÍ DIGO:

Que se adopte la medida cautelar consistente en la **suspensión** del acto administrativo que origina el presente recurso.

La medida cautelar solicitada cumple los requisitos exigidos por la legislación vigente, en la medida en que:

- La ejecución del acto hará perder al recurso su finalidad legítima.
- La medida cautelar no produce perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Tal como se recoge en el Auto del Tribunal Supremo (RJ 1990/10412) de 20 de diciembre de 1990, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar y es necesario recordar que esa fuerza expansiva del artículo 24 citado, y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de presunción de validez de los actos de la administración, viene impuesta por el principio general del derecho comunitario al que se alude en la **Sentencia Factortame** del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no deber convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Este principio general del derecho, aplicado por nuestro más alto Tribunal en, entre otros, el citado Auto, obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto (por ello la necesidad de examinar cada caso) lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia de buen derecho. Esta apariencia, aun siendo sólo esto, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990 y de 20 de marzo de 1990 aplican este mismo principio señalando que “es la Administración la que corre el riesgo de la ejecución de un acto que no es firme, de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal”.

También el Tribunal Constitucional (SSTC 14/1992, 218/1994 y 78/1996) ha establecido al respecto que la efectividad que se predica de la tutela judicial de

La razón determinante para acceder o no a la suspensión solicitada, es pues, evitar que la ejecución del acto impugnado haga perder al recurso su legítima finalidad, previa valoración de los intereses en conflicto.

De las circunstancias concretas del caso que nos ocupa, se deduce que si no se produce la suspensión del acto administrativo impugnado, cuando se resuelva el recurso ya se habrá ejecutado y llevado a término el objeto del mismo, por lo que, aunque a la empresa a la que represento se le dé la razón no habrá podido cumplir.

Por todo ello, esta parte,

SOLICITA

Al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que acuerde la suspensión cautelar del procedimiento de licitación del expediente de referencia, hasta la resolución del Recurso especial interpuesto mediante el presente escrito.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO:

Que por medio del presente propongo y desde ahora acepto que cualquier notificación se me pueda verificar por medios electrónicos o telemáticos, y señalo para ello los siguientes datos:

Email: RA-INJES-MEDCONTRATA@its.inj.com

Teléfonos para confirmación: 91-722 82 62

Y que, en todo caso, el domicilio postal a efectos de notificaciones es el que figura en los datos incluidos en el encabezamiento del presente.

Por todo ello, esta parte,



DIABETES CARE COMPANIES

SOLICITA

Al **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid** que tenga por realizada la anterior manifestación a efectos de medios de notificación.

Y para que conste a los efectos oportunos, se firma la presente en Madrid, a 2 de enero de 2019

 **Johnson & Johnson, S.A.**
Paseo de las Doce Estrellas, 5-7
Campo de las Naciones
28042 MADRID

Fdo. **Alicia Herráez**

Apoderado

JOHNSON & JOHNSON, S.A.

DOCUMENTACIÓN ANEXA

- **Documento N° 1:** Copia de la escritura de poder.
- **Documento N° 2:** Copia del Anuncio presentado ante el órgano de contratación.
- **Documento N° 3:** Copia de la Resolución de Adjudicación que se impugna.
- **Documento N° 4:** Copia de la resolución 359/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.