RE 150/2017

Acuerdo 26/2018, de 14 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial y subsidiariamente la cuestión de nulidad interpuestos por LEONARDO TASCÓN RÍOS frente al contrato «Servicio de transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el Sector de Calatayud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III. Hospital «Ernest Lluch» de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución de 15 de octubre de 2015, del Gerente de Sector de Zaragoza III, se inició el expediente de contratación relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Servicio de Transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el Sector de Calatayud», convocado por la Gerencia del Sector Zaragoza III, Hospital «Ernest Lluch» de Calatayud (en adelante el Hospital), contrato de servicios licitado mediante tramitación simplificada del procedimiento abierto, con un sólo criterio de adjudicación –precio–, y con un valor estimado de 111.497,02 euros, IVA excluido.

El 21 de octubre de 2015 se publicó, en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón, el anuncio de licitación del procedimiento de contratación.

SEGUNDO.- A la licitación presentaron proposiciones dos empresas, "TRANSPORTES BOYACÁ, S.L." y "VELOX LOGÍSTICA 2006, S.L.".

Por Resolución de 15 de diciembre de 2015, del Gerente del Sector de Zaragoza III, se adjudicó el servicio de transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el Sector de Calatayud a la empresa "TRANSPORTES BOYACÁ S.L.". Dicha Resolución se publicó en el Perfil de contratante el 16 de diciembre de 2015.

TERCERO.- El contrato denominado «Servicio de Transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el Sector de Calatayud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III. Hospital «Ernest Lluch» de Calatayud, ha sido recurrido ante este Tribunal en las siguientes ocasiones:

1) El recurso 092/2015, interpuesto por D. Delfín Tascón Ríos, en nombre y representación de "TRADELEO, S.L." frente a la licitación, que dio origen al Acuerdo 101/2015, de 20 de noviembre de 2015, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que fue desestimado con rechazo de todos los motivos de recurso. Acuerdo que fue recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que denegó la medida cautelar de suspensión solicitada.
2) El recurso 001/2016, interpuesto por D. Delfín Tascón Ríos, en nombre y representación de "TRADELEO, S.L." frente a la adjudicación, que dio lugar al Acuerdo 7/2016, de 18 de enero,

de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que fue inadmitido por falta de legitimación de la recurrente.

3) La cuestión de nulidad 1/2016 planteada por D. Leonardo Tascón Ríos «contra la adjudicación directa que supone el modificado de condiciones esenciales sin reunir los requisitos legales oportunos», y que dio lugar al Acuerdo 12/2016, de 2 de febrero, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que fue inadmitida tanto por falta de legitimación activa, como por tratarse de actuación no susceptible de impugnación, al existir cosa juzgada administrativa (Acuerdo 7/2016 de este Tribunal).

CUARTO.- El 28 de diciembre de 2017 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, escrito de recurso especial en materia de contratación pública, y subsidiariamente, cuestión de nulidad, interpuesto por D. Leonardo Tascón Ríos en nombre propio, frente a lo que, según su criterio, es una modificación del referido contrato, todo ello de conformidad con lo previsto por el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

El recurso aduce en síntesis, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

a) Se tramite este recurso especial o, en caso contrario, sea tramitado como cuestión de nulidad.
b) Se reconozca que ha habido una modificación del contrato sin cumplir con su régimen de publicidad.
c) Se reconozca que la modificación realizada cambia el balance económico del contrato a favor del contratista.

d) Se reconozca que esta modificación del contrato no es acorde a derecho, implicando una nueva adjudicación según lo establecido por la normativa comunitaria.
e) Se proceda a la inmediata paralización de la ejecución del contrato por ser una adjudicación directa.

Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso, y se dicte resolución por la que se anule la modificación practicada y se inste a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación sobre la parte afectada.

QUINTO.- El Tribunal solicita al Hospital, el 5 de enero de 2018, la remisión del expediente de contratación completo (salvo la parte ya remitida con ocasión de los recursos RE 92/2015 y RE 1/2016) y del informe al que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP). El 16 de enero de 2018, el Hospital remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón la documentación solicitada.

SEXTO.- Con fecha 4 de abril de 2018 por parte del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se otorga el trámite de cinco días para formular alegaciones a la empresa adjudicataria del servicio, "TRANSPORTES BOYACA, S.L.", sin que se haya evacuado el trámite conferido.

SEPTIMO.- Con fecha 2 de mayo de 2018 se otorga a D. Leonardo Tascón Ríos trámite de audiencia por plazo de cinco días de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2011 de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Públicos de Aragón (en adelante, LMMCSPA) sobre la posible existencia de una causa de

inadmisión del recurso así como de la causa de nulidad. Al respecto, con fecha 7 de mayo de 2018 son presentadas alegaciones en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dado que con fecha 9 de marzo de 2018 entró en vigor la nueva ley básica en materia de contratación, esto es, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), es preciso determinar el régimen jurídico aplicable a la presente licitación así como al presente recurso especial.

Respecto a la licitación, y dado que nos encontramos ante un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la LCSP, al amparo de la Disposición transitoria primera, apartado primero de la citada LCSP, se regirá por la normativa anterior, y por tanto le resulta de aplicación el TRLCSP así como la Directiva 2014/24/UE y restantes disposiciones de desarrollo.

En cuanto al presente recurso especial, se regirá por el TRLCSP hasta su resolución dado que se inició al amparo del artículo 40 del citado texto legal, tal y como establece la Disposición transitoria primera, apartado cuarto de la LCSP.

SEGUNDO.- Respecto a la legitimación, D. Leonardo Tascón Ríos interpone en nombre propio, recurso especial frente al contrato de «Servicio de transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el Sector de Calatayud», respecto al cual no presentó proposición, fundamentado en la consideración de que se ha producido una modificación ilegal en el contrato, dado que el contratista está ejecutando el contrato con menos vehículos de los exigidos en el mismo.

Pues bien, en relación a la finalidad del recurso especial interpuesto frente a una modificación contractual, se decía en el Acuerdo de este Tribunal 3/2013, de 16 de enero, «*la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual*». Ya que la consecuencia de una eventual estimación recurso especial sería la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, lo que le permitiría presentar una oferta al recurrente, resulta claro que concurre en él, la legitimación para interponerlo, al amparo del artículo 42 del TRLCSP.

Además, en el mismo escrito y con carácter subsidiario, el recurrente plantea una cuestión de nulidad basada en los mismos fundamentos y frente a la misma actuación relativa al contrato de «Servicio de transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el Sector de Calatayud» en la que basa el recurso especial. Pues bien, el recurrente, que actúa en nombre propio, carece de legitimación para interponer la presente cuestión de nulidad, pues no existe interés legítimo

para recurrir ninguna decisión frente a un procedimiento de adjudicación en el que no participó.

Careciendo así de legitimación activa, procede, en consecuencia, inadmitir la cuestión de nulidad planteada, de conformidad con lo regulado en el artículo 47.2 del TRLCSP, por remisión del artículo 39.5 de dicho Texto Refundido.

TERCERO.- En cuanto al recurso especial planteado, frente a lo que el recurrente define como una modificación ilegal en el contrato en cuanto a «*que pasa de tener una obligación de realizar el contrato con al menos tres vehículos y conductores a realizarlo con una drástica reducción a tan sólo 2, pasando a tener que estar en distintos sitios a la vez*», con carácter previo cabe determinar si el objeto de la pretensión del recurrente se encuentra entre alguno de los actos tipificados en el artículo 40.2 del TRLCSP. En particular, si se trata de una modificación del contrato como pretende el recurrente y, en su caso, si como tal es susceptible de impugnación por vía del recurso especial.

Para ello procede analizar si se ha producido una alteración indebida de las reglas de la licitación, a resultas de la cual, puede considerarse que debía haberse iniciado una nueva licitación, en el sentido referido tanto por el tenor del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, precepto en parte dotado de efecto directo a partir del 18 de abril de 2016, como por la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea del 31 de enero de 2013 (asunto T-235/11: España contra Comisión Europea), que recoge toda la doctrina del Alto Tribunal comunitario sobre los principios de

igualdad de trato y transparencia que el recurrente invoca en su escrito, cuyo fundamento jurídico 69 afirma que «*(…) Como se desprende de la jurisprudencia, con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46; véase, por analogía, la sentencia Pressetext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 60 supra, apartado 34)*».

El recurrente, para justificar sus argumentos aporta una resolución de la Dirección de la Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de fecha 28 de noviembre de 2017, por la que se resuelve la solicitud de acceso a información pública presentada por D. Leonardo Tascón Ríos y en la que figuran como medios materiales con los que se viene realizando el servicio, dos vehículos, indicando las rutas que realizan, aportando además la mencionada resolución, documentación relativa al personal que presta el servicio.

En el informe emitido por el órgano de contratación se viene a señalar que los horarios de las distintas rutas, como figura expresamente en el pliego de prescripciones técnicas son orientativos, indicativos y que pueden ser susceptibles de variaciones. Continúa señalando el mencionado órgano de contratación, «que no existen modificaciones del contrato, es una organización del adjudicatario el adaptarse y ajustar

los horarios siempre que las necesidades del órgano contratante no se vean afectadas; y que por lo tanto no existe ninguna obligación de publicar, al no tener ninguna modificación sustancial». Además, manifiesta que «los kilómetros que se deben realizar en el procedimiento se los tendrían que repartir entre todas las furgonetas, con lo que al contratista no se le ha mejorado el balance económico del contrato».

El órgano de contratación considera que no se han modificado los kilómetros de las rutas, ni el importe del contrato, ni el balance económico del adjudicatario, señalando que no existe una modificación de un elemento esencial del contrato por lo que no supone una nueva adjudicación.

Señala que «*en conclusión que la única modificación llevada a cabo es la prórroga del contrato desde el 1-2-2017 al 31-12-2017» y ellos como consecuencia de la interposición de recurso especial en materia de contratación por parte de la misma persona que interpone el presente recurso, que también recurrió el procedimiento para la realización del transporte en el expediente 3/PA/18, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la LMMCSPA*».

De la documentación obrante en el expediente, a diferencia de lo que postula el recurrente de manera oscura y enrevesada, se deduce que el objeto y las obligaciones de la licitación inicial no han sido objeto de modificación posterior, permaneciendo así invariables. Es decir, no se han alterado las reglas de la licitación ni se ha modificado el régimen jurídico del contrato ex artículo 105 del TRLCSP, válidamente celebrado en su día, por otra parte, sin que además el recurrente concurriera a la licitación. Los motivos de oposición del recurrente a la actuación

administrativa cuestionada, están relacionadas con la fase de ejecución del contrato en la cual corresponde al órgano de contratación velar por el cumplimiento de las prestaciones ofertadas por el contratista, en tanto que le resultan vinculantes durante toda la vigencia del contrato habiendo de serle exigido por aquél; en efecto, dichas prestaciones forman parte del contrato, resultándoles de aplicación el principio general, que se contiene en el conocido aforismo `*pacta sunt servanda*´, de forma que, en tanto que han sido valoradas, cuantificadas e integradas en la oferta económica del contratista, además del precio, constituyen así un elemento esencial del contrato. Las cuestiones relativas a la ejecución del contrato –como la que trata de dilucidar por este medio el recurrente– se tienen que resolver en el marco y por los cauces legalmente establecidos, pero no mediante la actuación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Esta cuestión, además, ya fue analizada por este Tribunal en el citado Acuerdo 7/2016, en el que ya se señaló en el fundamento de derecho tercero que «*de los antecedentes de hecho que constan en el expediente, se acredita que el objeto y las obligaciones de la licitación, cuya adjudicación ahora se recurre, no han sido objeto de modificación posterior; como intenta defender, de manera confusa e interesada, la recurrente.. En conclusión, la actuación administrativa ha sido correcta, y no puede inferirse vulneración de los principios de igualdad y de transparencia, dado que no se ha alterado ni modificado el objeto, ni las reglas de la licitación.*»

Se trata, en consecuencia, de un acto que no es susceptible de recurso especial, y procede la inadmisión del recurso especial, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 21.2.c) de la precitada Ley aragonesa 3/2011.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso, no procede el examen de los motivos de fondo planteados. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad.

CUARTO.- A tenor de lo señalado en los fundamentos anteriores, el recurso especial y la cuestión de nulidad subsidiariamente planteada, no poseen el mínimo rigor exigible y la pretensión de que sean admitidos cuando están interpuestos con falta de legitimación, la una y sin fundamento alguno, el otro. No parece tener otro objetivo que el de obstaculizar la ejecución del contrato sin más motivo que el del propio pleito.

Además, es preciso señalar la relación entre D. Leonardo Tascón Ríos y D. Delfín Tascón Ríos; y la relación que ambos guardan con "TRADELEO, S.L.", pues ambos, en su representación, han venido interponiendo recursos ante este Tribunal administrativo. D. Leonardo Tascón Ríos, interpuso los codificados como 76/2013, 79/2013 y 88/2013. Y D. Delfín Tascón Rios, los recursos especiales codificados como 116/2014, 124/2014, 7/2015, 35/2015, 53/2015, 61/2015, 92/2015, 99/2015 y 1/2016, 137/2017, 1/2018.; y las cuestiones de nulidad 1/2014 y 1/2015.

Así la misma pretensión y con idénticos fundamentos respecto al mismo contrato fue planteada como cuestión de nulidad y, subsidiariamente,

como recurso especial por D. Leonardo Tascón Ríos, en nombre propio dando lugar al Acuerdo 12/2016, que acordó ya su inadmisión por falta de legitimación. A su vez, el meritado Acuerdo 7/2016 de este Tribunal, que inadmitió el recurso interpuesto por D. Delfín Tascón Ríos en representación de "TRADELEO, S.L." frente a la adjudicación del mismo contrato, pero que se basaba en los mismos motivos que se aducen aquí, si bien que la inadmisión fue por falta de legitimación, lo cierto es que, para pronunciarse sobre la existencia o no de legitimación, este Tribunal analizó, en su fundamento de derecho tercero, si se habían introducido variaciones del contenido de las previsiones del Pliego mediante una modificación que, desnaturalizando el objeto o el régimen jurídico, implicaran una alteración indebida, que de haber sido conocida, le hubiera permitido presentar una oferta a la recurrente. Y este Tribunal administrativo concluyó ya entonces, al igual que en el presente caso, que el objeto y las condiciones de la licitación no habían sido objeto de modificación posterior.

En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso por actuar con evidente temeridad en la interposición del mismo. Por consiguiente, resultan de aplicación las previsiones del artículo 47.5 del TRLCSP, por lo que procede la imposición de una multa al recurrente.

Por parte del órgano de contratación no se ha ofrecido una cuantificación del posible perjuicio ocasionado, pero se trata de garantizar un mínimo de fundamento y seriedad en la interposición del recurso, con los perjuicios que ello ocasiona a éste órgano, por lo que se fija una multa de 1.000 euros, cuantía mínima prevista en el citado artículo 47.5.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por D. Leonardo Tascón Ríos, en nombre propio, frente a cuestiones que afectan a la ejecución del contrato denominado «Servicio de Transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el Sector de Calatayud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III, Hospital «Ernest LLuch» de Calatayud, por haberse interpuesto frente a una actividad no susceptible de impugnación, así como inadmitir la cuestión de nulidad, presentada con carácter subsidiario por D. Leonardo Tascón Ríos frente a la misma actuación, por carecer de legitimación para ello.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Apreciar la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso e imponer a D. Leonardo Ríos Tascón, una multa de mil euros (1.000,00 €).

CUARTO.- Significar que contra el presente Acuerdo, que es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.