RE 085/2018

Acuerdo 103/2018, de 26 de octubre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "TEMPO EXPRES, S.L." frente a la adjudicación del contrato denominado «Transporte de muestras biológicas desde el Hospital de Alcañiz a centros sanitarios de Aragón y resto de España, recogida de hemoderivados y tejidos del Banco de Sangre y Tejidos de Aragón y transporte de muestras alimentarias y de agua a Salud Pública de Teruel y Zaragoza para el Sector de Alcañiz», promovido por la Gerencia del Sector de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 1 de junio de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Transporte de muestras biológicas desde el Hospital de Alcañiz a centros sanitarios de Aragón y resto de España, recogida de hemoderivados y tejidos del Banco de Sangre y Tejidos de Aragón y transporte de muestras alimentarias y de agua a Salud Pública de Teruel y Zaragoza para el Sector de Alcañiz», promovido por la Gerencia del Sector de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud. Dicho anuncio fue igualmente insertado en el Perfil de contratante ese mismo día, 1 de junio de 2018.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, no sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de

adjudicación y un valor estimado de 117.720 euros, IVA excluido, tal y como se contempla en los artículos 131, 156 y siguientes 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 (en adelante, LCSP).

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación, se indican y extractan a continuación las partes del mismo que vienen al presente caso; su tenor literal es el que sigue:

«ANEXO III

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR EL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN

(…)

ANEXO XI

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA (SOBRE DOS)

(…)

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	*PONDERACIÓN*
1.- CRITERIO. Descripción del sistema del proceso completo de recogida, transporte y entrega. Descripción del sistema de calidad y las utilidades para la realización del control de los servicios.	*10*
DOCUMENTACIÓN: Memoria descriptiva del sistema ofertado *2.- CRITERIO: Descripción del servicio respecto al cumplimiento de los plazos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sistema de trazabilidad, seguimiento y localización de envíos, consulta de tiempos de entrega, tiempos de respuesta en envíos urgentes.*	*10*
DOCUMENTACIÓN: Memoria descriptiva del sistema de garantía ofertado	

(…)».

Tercero.- En el procedimiento licitatorio convocado presentaron proposición tres licitadores, entre ellos la recurrente.

Cuarto.- La Mesa de Contratación, en sesión de fecha 22 de junio de 2018, procedió a la apertura de los Sobres "Uno", adverando su contenido por haberse ajustado a la documentación exigida en el PCAP; en la misma sesión, a continuación, procedió a la apertura de los Sobres "Dos" de las tres empresas licitadoras.

En otra sesión de fecha 29 de junio de 2018, por la Mesa de Contratación se acordó excluir la oferta de "TEMPO EXPRES, S.L.", considerando que la oferta presentada –en lo concerniente al Sobre "Dos"– no se ajusta al contenido del PPT incumpliéndolo, por lo que no fue objeto de valoración. El acto de exclusión fue remitido ese mismo día, el 29 de junio de 2018, y la recurrente recibió la notificación de dicho acto el día 10 de julio de 2018.

Quinto.- Con fecha 16 de julio de 2018 tuvo entrada, en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.N.G.D., en nombre y representación de "TEMPO EXPRES, S.L.", frente a su exclusión de la meritada licitación.

Dicho recurso fue resuelto, previos los trámites oportunos, por este Tribunal mediante su Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre, en sentido desestimatorio.

Sexto.- Con fecha 14 de agosto de 2018 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, nuevo recurso interpuesto por "TEMPO EXPRES, S.L.", contra el acto de adjudicación del contrato de referencia. El recurso, por su parte, se fundamenta en la situación de indefensión en que se ha colocado a la recurrente, al no haber podido acceder al contenido de las proposiciones de las restantes empresas licitadoras, en la ausencia de motivación en el acto de dicha adjudicación, junto al

incumplimiento de los plazos para su notificación y publicación, así como en que tanto la empresa adjudicataria, "TRANSPORTES BOYACÁ, S.L.U.", como el otro licitador, "OCÓN ZARAGOZA DE TRANSPORTES, S.L.", están incursos en un motivo de exclusión y/o han mentido en la cumplimentación del Documento Europeo Único de Contratación (en adelante, DEUC).

Séptimo.- El 20 de agosto de 2018, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón dio traslado del recurso a la Gerencia del Sector de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud para que ésta remita el expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. La documentación tuvo entrada en el Tribunal el 22 de agosto siguiente.

Octavo.- Con fecha 23 de agosto de 2018 el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso a los restantes interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para presentar alegaciones; el 30 de agosto se reciben alegaciones por parte de la empresa adjudicataria.

Noveno.- Mediante Resolución nº 23/2018, de fecha 3 de octubre, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en atención del interés manifestado en ese sentido por la recurrente, se autorizó a ésta el acceso a determinada documentación obrante expediente de contratación cuya consulta no había sido procurada por el órgano de contratación, todo ello en aras de garantizar debidamente su derecho a la defensa.

Décimo.- Por la Secretaría del Tribunal, previa consulta a la representante legal de la recurrente y en cumplimiento de la Resolución aludida en el antecedente anterior, se fijó el pasado 15 de octubre de

2018 como fecha para tomar vista de dicha documentación en la sede del Tribunal, señalándole asimismo que el plazo para, en su caso, ampliar y completar el recurso ya interpuesto finalizaba el quinto día hábil siguiente a esa fecha, de conformidad con el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPERMC).

Undécimo.- Llegada la fecha fijada para tomar vista del expediente, el día 15 de octubre de 2018, se personó en la sede de este Tribunal la representante legal de la recurrente para presentar nuevo escrito, poniendo en conocimiento del mismo la interposición de recurso contencioso-administrativo –con fecha 11 de octubre de 2018– contra el Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, así como frente a la desestimación por silencio administrativo del recurso especial en materia de contratación presentado contra la adjudicación del contrato de referencia y a que se alude en el antecedente sexto, sin que conste a este Tribunal que en dicho recurso jurisdiccional se haya interesado medida cautelar alguna.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "TEMPO EXPRES, S.L." para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Y ello porque el tenor de dicho precepto es claro, así como su finalidad. Y así lo tiene manifestado este Tribunal, entre otros en sus Acuerdos 104/2015, de 9 de diciembre, o 20/2016, de 2 de marzo; más recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 208/2018, de 2 de marzo, con la relevante jurisprudencia comunitaria que en la misma se invoca y acoge, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-355/2015, *Bietergemeinschaft*) y de 11 de mayo de 2017 (Asunto C-131/16, *Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*).

Por otro lado, no es baladí que la exclusión de la recurrente del procedimiento licitatorio no sea todavía firme. Es cierto que el TJUE afirmó en su citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016, que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación.

En el presente caso, hay constancia de que la recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre, de este Tribunal, y no la hay de

que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni de que la recurrente haya desistido del mismo, por lo que el acto de exclusión no ha ganado aún firmeza.

SEGUNDO.- El contrato es susceptible de recurso especial: el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), en redacción dada por la Disposición Final 2ª de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, que amplía, dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón y con respeto a la legislación estatal, el ámbito del recurso especial en materia de contratación, y establece que procede el mismo para cualquier contrato de servicios cuyo valor estimado supere el umbral de 60.000 euros, como en el presente caso.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente al acto de adjudicación de un contrato de servicios. Dicho acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44 de la LCSP, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma conforme a la regulación contenida en el artículo 50 de la LCSP.

TERCERO.- Antes de entrar en la motivación del recurso, este Tribunal administrativo debe poner de manifiesto que su función se circunscribe a la consideración del –y sólo del– procedimiento de contratación que es objeto de impugnación; no de cuestiones que hayan de suscitarse fuera del mismo. Tal análisis se realiza de una manera objetiva, en aplicación de la legalidad vigente; por lo que cabe advertir en este

punto que el Tribunal no va a entrar, dado que no es su cometido, en las consideraciones y valoraciones subjetivas, ni en otras incidencias que la recurrente ha invocado a su favor con ocasión de la tramitación del presente procedimiento de recurso especial y que no guardan relación con el mismo.

CUARTO.- En lo concerniente a los motivos sobre el fondo del recurso, el primero de ellos refiere la situación de indefensión en que –a juicio de la recurrente– se le ha colocado, al no haber podido acceder al contenido de los Sobres "Uno" y "Dos" de las proposiciones de las restantes empresas licitadoras, todo lo cual considera que ha podido mermar su derecho a la defensa.

Este Tribunal quiere detenerse en este punto para recordar la obligación que pesa sobre el órgano de contratación al objeto de facilitar el acceso al expediente de contratación a los interesados que lo soliciten, así como de ponerlo de manifiesto con el único límite de la confidencialidad, *ex* artículo 52 de la LCSP (apartados 1º y 2º), con carácter previo a la interposición del recurso especial, obligación que no cabe residenciar directa y exclusivamente en este Tribunal. No hay que olvidar que el derecho a la defensa de los licitadores mediante el suministro de información suficiente para el eventual recurso se afirma en las Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2011, que resuelven los asuntos T-461/08 y T-298/09 (*Evropaïki Dynamiki/Comisión*).

Sentado lo anterior, cabe reseñar que la falta de acceso a la meritada documentación ha sido enmendada por la actuación de este Tribunal, *ex* artículo 52.3 de la LCSP, consistente en el otorgamiento a la

recurrente de trámite de vista y consulta de aquélla al objeto de completar, en su caso, el presente recurso especial. Es decir, la parte actora, al amparo de lo establecido en el artículo 29.3 del RPERMC, ha podido acceder a dicha información y conocer cuantos datos podían haber sido relevantes para ejercer su derecho a la defensa, opción de la que, finalmente, no ha hecho uso. Todo ello conduce a concluir que, en el presente caso, no se ha conculcado tal derecho ni se le ha generado indefensión pues, cabe insistir, ha sido subsanada merced a la puesta a disposición del expediente en favor de la recurrente.

Tampoco se entiende en qué ha podido afectarle la omisión –en el acto de notificación de la adjudicación– del plazo de formalización del contrato. Aduce además la parte actora que, por este mismo motivo, se le ha reducido en la práctica el tiempo para reaccionar frente a la adjudicación del contrato.

Así las cosas, no puede acogerse la tesis de la recurrente respecto a que tal omisión es determinante de indefensión, por cuanto que no le ha impedido interponer nuevo recurso especial, en este caso contra la adjudicación, ni que, *de facto*, se haya producido una reducción del plazo para dicha interposición: el tenor literal del artículo 52.2 de la LCSP, que procede en este punto traer a colación, viene a zanjar la cuestión al disponer: «*(e)l incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido*». Es decir, carece de consecuencias, a efectos del plazo de interposición del recurso especial, que el órgano de contratación no haya procurado el acceso al expediente de contratación para el interesado.

Por otro lado, y totalmente al margen de lo anterior, las posibles consecuencias por las supuestas irregularidades que hayan podido cometerse en aplicación tanto de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, como de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, no corresponde dirimirlas a este Tribunal. Así, ante la falta de transparencia invocada por la recurrente, cabe objetar la conclusión ya expuesta en los párrafos anteriores: que su derecho a la defensa no se ha conculcado.

Procede, en consecuencia, rechazar este motivo del recurso.

QUINTO.- El segundo de los motivos esgrimidos para oponerse a la adjudicación del contrato, se refiere a lo que la recurrente considera una ausencia de motivación en el acto de dicha adjudicación, así como que su notificación y ulterior publicidad no hayan sido simultáneas. Entiende que, a resultas de lo anterior, la falta de motivación es total y, por lo tanto, nula.

Centrados los términos del debate, cabe traer a colación el artículo 151.2.b) de la LCSP: «*Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:*

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8,

los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario».

De la consulta del expediente de contratación se comprueba que, por un lado, la exclusión de la recurrente tuvo lugar, con carácter previo y expreso, en una actuación anterior de la Mesa (que fue objeto del recurso especial en materia nº 073/2018, resuelto mediante el Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre, de este Tribunal que ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa); así como que, por otro lado, en la notificación de la adjudicación del contrato, y en lo que se refiere a la recurrente, se dio cumplimiento –en tanto que su oferta figuraba entre las excluidas– a lo preceptuado en el transcrito artículo 151.2.b) de la LCSP y en aquella se explicitan suficientemente los motivos de tal exclusión.

A mayor abundamiento, en dicha notificación se contenían asimismo –a respecto ya de la adjudicación– «*el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas*», de conformidad con el artículo 151.2.c) de la LCSP, por cuanto que consta el desglose de la ponderación obtenida por las ofertas de la adjudicataria y de la otra empresa licitadora, respecto de cada concreto criterio de valoración; y ello, aun en el supuesto de que se considerase que la información sobre la puntuación obtenida es genérica, que no permitiera, de una parte, efectuar una comparación entre las ofertas ni, de otra, reaccionar

frente a la adjudicación mediante la interposición de un recurso suficientemente motivado al tratarse, como en el presente caso, de un licitador excluido, que ha podido completar –y fundar más aún si cabe– su recurso, de haber hecho uso la parte actora del trámite de vista de la documentación a cuyo acceso interesaba, en la que constan todos esos datos.

Por otro lado, en cuanto al momento de publicación de la adjudicación en el Perfil de contratante, el hecho de que no tuviera lugar de manera simultánea a la notificación de la adjudicación, tal y como exige el artículo 10.2 del LMMCSPA, dicho motivo no se encuentra dentro de los supuestos del artículo 44.2 de la LCSP, siendo además que la irregularidad puesta de manifiesto constituiría, a lo sumo, una irregularidad no invalidante cuando, la notificación de la adjudicación del contrato y su publicidad en el Perfil de contratante, han respetado el plazo de quince días *ex* artículo 151.1 de la LCSP, como recuerda el órgano de contratación, habida cuenta de que la publicidad de la adjudicación en el Perfil tuvo lugar mediante anuncio insertado el 24 de julio de 2018, completado por otro el 1 de agosto siguiente, y de que dicha notificación fue cursada individualmente a la recurrente; de ahí que no pueda aducir indefensión, en tanto que ha podido reaccionar contra el acto notificado.

Consecuencia de lo anterior es la procedencia de rechazar este motivo del recurso.

SEXTO.- En cuanto al postrer motivo del recurso, la recurrente aduce que tanto la empresa adjudicataria del contrato, TRANSPORTES BOYACÁ, S.L.U.", como su otra competidora, "OCON ZARAGOZA DE

TRANSPORTES, S.L.", «*ha(n) mentido en su declaración del DEUC*», debido a que según manifiesta, ambas están incursas en prohibición para contratar por lo que procedía su exclusión.

En prueba de tal afirmación acompaña al recurso, por un lado, copia de la resolución de un contrato de mutuo acuerdo dictada –en fecha 28 de julio de 2016– por otra Gerencia del Servicio Aragonés de Salud a instancia de "TRANSPORTES BOYACÁ, S.L.U.", así como de un acta de una Mesa de contratación según la cual, la empresa "OCON ZARAGOZA DE TRANSPORTES, S.L." debía subsanar el posible error cometido en la cumplimentación del DEUC, en relación con una licitación convocada por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales. La recurrente presenta, asimismo, por otro lado, y en apoyo de su afirmación, unas noticias de prensa en las que se informa que esta última empresa ha sido condenada –por un Juzgado de lo Social de Zaragoza– a causa de vulnerar los derechos de sus trabajadores con necesidades especiales, y que fue obligada a readmitir al trabajador que denunció los hechos.

Por su parte, el órgano de contratación señala que ninguna de las dos empresas figura en la "*relación de empresas con prohibición de contratar con las Administraciones Públicas*" del Registro Voluntario de Licitadores del Gobierno de Aragón, publicada por su Departamento de Hacienda y Administración Pública.

Cabe acudir, en lo tocante a las prohibiciones de contratar, a la regulación contenida en los artículos 71 a 73 de la LCSP, que establece el marco actual y los cauces legalmente previstos para ello, que en ningún caso suponen la actuación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, dado que no resulta competente para

declarar ni, mucho menos, apreciar de oficio, que ningún licitador que haya concurrido a una licitación se halla incurso en prohibición de contratar a fin de apartarlo de la misma, como pretende aquélla. Ello conduce a que este Tribunal no pueda acoger la pretensión de la recurrente que, en prueba de sus postulados, ha aportado documentación correspondiente a una licitación distinta a la que es objeto del presente recurso, en la que además queda patente que carece de carácter definitivo pues, en otro caso, se hubiera aportado la actuación consistente en la exclusión de sus competidoras.

Por todo ello, no procede sino rechazar también este motivo del recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por "TEMPO EXPRES, S.L." contra la Resolución de dicha Gerencia, de fecha 23 de julio de 2018, por la que se adjudica el contrato denominado «Transporte de muestras biológicas desde el Hospital de Alcañiz a centros sanitarios de Aragón y resto de España, recogida de hemoderivados y tejidos del Banco de Sangre y Tejidos de Aragón y transporte de muestras alimentarias y de agua a Salud Pública de Teruel

y Zaragoza para el Sector de Alcañiz», promovido por la Gerencia del Sector de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de dicha Ley.

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

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra el mismo 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 dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.