RE 044/2019

Acuerdo 61/2019, de 13 de mayo de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por don F.Z.F., en nombre y representación de la mercantil "PALEX MEDICAL, S.A.", frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Arrendamiento sin opción de compra de un ecógrafo para el Servicio de Urología del Hospital San Jorge del Sector de Huesca», promovido por el Sector de Huesca del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de enero de 2019 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) y en el Perfil del Contratante del Gobierno de Aragón (en adelante, PCGA), anuncio de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este Acuerdo.

Se trata de un contrato de suministro, licitado por procedimiento abierto, de tramitación urgente, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 88.218,72 euros, IVA excluido. Según indican los anuncios, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 8 de febrero de 2019 a las 14 horas. Presentaron ofertas tres licitadoras, una de las cuales es la actual recurrente.

Segundo.- Con fecha 27 de febrero de 2019 la Mesa de contratación acordó la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación objeto de este recurso, así como de otra de las licitadoras, notificándosele a la recurrente tal acuerdo el día 4 de marzo de 2019.

Con fecha 14 de marzo de 2019 se publicó, en la PCSP y en el PCGA, la Resolución de la Gerencia del Sector de Huesca del Servicio Aragonés del Salud por la que se adjudicaba el contrato de referencia a la mercantil "GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A". Dicha resolución le fue remitida a la recurrente el día 18 de marzo de 2019 quien la recibió el 20 de marzo siguiente.

Tercero.- Con fecha 9 de abril de 2019 tuvo entrada, en el correo electrónico de este Tribunal, escrito de la recurrente adjuntando copia del recurso especial en materia de contratación interpuesto en oficina de correos en esa misma fecha, frente a la adjudicación del procedimiento.

En dicho recurso, en síntesis, la recurrente manifiesta su disconformidad con la adjudicación, alegando, por una parte, que su oferta no ha sido correctamente valorada, lo que le ha impedido superar el umbral mínimo que establece el Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCAP) en su Anexo XI y ha determinado su exclusión y por otra parte, que la empresa propuesta como adjudicataria, según su criterio, debería haber sido excluida por incumplimiento de algunos de los requerimientos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige el procedimiento.

Por ello interesa que, con estimación del recurso, se ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la fase de valoración de las ofertas y que se realice una nueva valoración de su oferta y de la de la adjudicataria, procediéndose a la exclusión de la adjudicataria por incumplimiento del PPT y que se adjudique a la licitadora que haya presentado la mejor oferta.

Cuarto.- El día 10 de abril de 2019 se solicitó, al órgano de contratación, la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 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 (en adelante, LCSP).

El 15 de abril de 2019 el órgano de contratación remitió, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la documentación solicitada a través de correo electrónico.

Quinto.- El 25 de abril de 2019 se dio traslado a la otra mercantil que tiene la condición de interesada en el procedimiento, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP, habiéndose presentado dentro de plazo.

Sexto.- Con fecha 2 de mayo de 2019 fue otorgado a la recurrente e interesada, trámite de alegaciones sobre la posible existencia de una causa de inadmisión, prevista en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA). Se han recibido alegaciones de la recurrente oponiéndose a la inadmisión.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la exclusión y la adjudicación de la licitación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 60.000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), en relación con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Respecto a la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial, el artículo 48 de la LCSP reconoce legitimación para la formulación del recurso especial en materia de contratación a aquellos «*cuyos derechos e intereses*

legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso».

Especial y conjunto análisis requieren en este recurso, los requisitos procesales del plazo y la legitimación. Respecto a esta última, en anteriores acuerdos de este Tribunal, entre otros, en el Acuerdo 100/2018, de 15 de octubre, se afirma –en el Fundamento de Derecho Segundo-: «(…) *llegados a este punto y siguiendo con la doctrina anteriormente expuesta respecto de la legitimación para interponer un recurso especial en materia de contratación, es preciso traer a colación la Resolución nº 216/2017, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se pone de manifiesto que:*

"Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión `interés legítimo´, utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de `interés directo´, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de

febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).

Así, este concepto amplio de legitimación confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, de manera que es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Tal como se expone en los Antecedentes de hecho, la recurrente fue excluida de la licitación y dicha resolución le fue notificada a la recurrente con carácter previo e independiente de la adjudicación.

El apartado 3 del artículo 19 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, dispone que «*Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión*».

Pues bien, el plazo para la impugnación de su exclusión comenzó a contar desde la notificación de dicho acto de exclusión, que se produjo el día 4 de marzo de 2019, tal y como se ha señalado en el Antecedente de hecho segundo, y terminó el día 26 de marzo de 2019, de forma que, presentado el recurso con fecha 9 de abril del ejercicio corriente, el recurso frente a la exclusión estaría interpuesto fuera de plazo.

Sin embargo, respecto de la adjudicación, el *dies a quo* del plazo para recurrir es el 20 de marzo de 2019, por lo que el plazo finalizaba el 10 de abril de 2019, de manera que el recurso frente a la adjudicación si estaría interpuesto en plazo.

Por tanto, la exclusión de la recurrente del procedimiento ha devenido firme por ser el recurso frente a ella extemporáneo, de manera que no podría obtener la adjudicación de la licitación como consecuencia del recurso frente a la adjudicación, lo que hace plantear la cuestión de la concurrencia del interés de la recurrente en el recurso y, por tanto, la legitimación. Ahora bien, cabe argumentar en este caso, tal y como hace la recurrente en su escrito de alegaciones, que la eventual estimación del presente recurso implicaría la declaración de desierto del procedimiento y su probable convocatoria posterior en la que la recurrente podría participar, puesto que solo hay otra licitadora admitida, la adjudicataria, respecto de la cual, el escrito de recurso plantea que debió ser excluida.

Resulta muy clara, a este respeto, la Resolución nº 208/2018, de 2 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en la cual se afirma:

«*Debe reseñarse, en primer lugar, que este Tribunal ha establecido la doctrina que postula la falta de legitimación activa para recurrir el acto de adjudicación respecto del licitador que hubiera sido excluido del procedimiento de contratación, por razón de la imposibilidad de resultar adjudicatario, cuando tal acto de exclusión hubiera sido notificado no en el Acuerdo de adjudicación, sino con anterioridad, de forma separada Así se han pronunciado las Resoluciones nº 559/2015, 140/2015 o 197/2015: "En términos generales, ha señalado el Tribunal que el licitador excluido carecerá de legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación (….). En esta línea, la imposibilidad de resultar adjudicatario del contrato sí que es determinante de la ausencia de legitimación, como hemos declarado en multitud de ocasiones." De hecho, así lo ha hecho constar la reciente Resolución nº 32/2017, de 13 de enero, que declara: "Al estar excluido del procedimiento de licitación, carece de objeto su pretensión de que se anule el acuerdo de adjudicación." En este punto, aduce la recurrente la existencia de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-355/2015, Bietergemeinschaft) que, afirma, considera activamente legitimado al licitador que ha participado en*

la licitación, aun cuando haya sido previamente excluido, respondiendo a la cuestión prejudicial suscitada fijando la siguiente doctrina: "El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada." Sostiene la recurrente que existe una identidad absoluta de circunstancias entre el caso resuelto en dicha sentencia y el presente, por cuanto que en este supuesto solamente han concurrido a la licitación aquélla y FCC, a lo que añade que la exclusión de la UTE no es firme y además se solicita en el recurso la exclusión de la adjudicataria, por lo que entiende que debe admitirse su legitimación para interponer el recurso. En sentido similar, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Asunto C-131/16): "(…) A este respecto, debe recordarse que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790) establece que los Estados miembros deben velar por que, con arreglo a modalidades detalladas que les corresponde determinar a ellos mismos, los procedimientos de recurso sean accesibles, 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. Al interpretar las disposiciones equivalentes del artículo 1, apartado 3, de la Directiva

89/665/CEE (LCEur 1989, 1895) del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores tienen un interés legítimo equivalente en que se excluya la oferta de los otros para obtener el contrato (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013 (TJCE 2013, 222), Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33; de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125) , PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27, y de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 20685), Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, apartado 29), con independencia del número de participantes en el procedimiento y del número de participantes que haya interpuesto recurso (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 29). En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato (véase la sentencia de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27). En tales circunstancias, debe reconocerse al licitador que ha interpuesto el recurso un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, que puede llevar, en su caso, a que se determine que la entidad adjudicadora no puede proceder a la selección de una oferta adecuada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013 (TJCE 2013, 222), Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33, y de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 24). Confirma esta interpretación lo dispuesto en el artículo 2 bis, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790), donde se establece expresamente el

derecho de los licitadores no excluidos definitivamente a recurrir, en particular, contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades adjudicadoras. Es cierto que el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 20685), Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), apartados 13 a 16, 31 y 36, 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 de dicho licitador había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada 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 del contrato público de que se trataba. En cambio, en el litigio principal, Archus y Gama han interpuesto un recurso contra la decisión que excluía su oferta y contra la decisión de adjudicación del contrato, adoptadas simultáneamente, por lo que no cabe considerarlas definitivamente excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato público. En tales circunstancias, la expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790) puede, en su caso, referirse a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público. De las anteriores consideraciones se desprende que la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790) debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un procedimiento de adjudicación de un contrato público ha dado lugar a la presentación de dos ofertas y a la adopción por parte de la entidad adjudicadora de dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro, el licitador excluido que recurre contra esas dos decisiones debe poder solicitar que la oferta del licitador adjudicatario quede excluida, de modo que la expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva

92/13 puede referirse, en su caso, a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público." Procede en este punto acoger la tesis patrocinada por la recurrente. A tenor de la interpretación postulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando en un procedimiento de licitación concurren dos licitadores, habiendo acordado la exclusión de una oferta y la adjudicación a favor de la otra, debe admitirse la legitimación del licitador excluido para impugnar ambas decisiones, pudiendo solicitar, asimismo, en dicho recurso la exclusión del adjudicatario.»

En consecuencia, cabe reconocer a la recurrente legitimación activa para interponer el recurso frente a la adjudicación, por lo que debe admitirse, mientras que el recurso sería extemporáneo en cuanto a la impugnación de su exclusión, por lo que procede su inadmisión respecto a este acto administrativo.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso en la parte señalada, procede entrar a valorar el motivo en que se fundamenta el mismo.

A criterio de la recurrente, el órgano de contratación, debería haber excluido de la licitación a la mercantil "GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.", que ha resultado adjudicataria, porque su oferta no se ajusta a las especificaciones técnicas exigidas por los Pliegos, concretamente por el apartado 2 del PPT que, entre otras, exige las siguientes características mínimas:

- Monitor TFT 19"
- Teclado sellado para limpieza y desinfección.

La recurrente aduce en su recurso que el equipo ofertado por "GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A." incumple las dos características anteriores limitándose a afirmar tal incumplimiento sin más argumentación de

apoyo, y concluye que la Mesa de contratación debió excluir a la mercantil que resultó ser adjudicataria.

Por su parte, en el informe del órgano de contratación emitido a raíz del recurso interpuesto, se argumenta al respecto:
«*Según se desprende de la oferta técnica presentada por GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE, S.A.U. (y que se adjunta a este informe), el ecógrafo GE modelo Logiq S8 XD Clear aporta monitor TFT 23", asimismo dispone de sistema de sellado del teclado para limpieza y desinfección, mediante membrana externa que permite su recambio e impide que penetren líquidos*».

La adjudicataria en su escrito de alegaciones se opone también a lo manifestado en el escrito de recurso defendiendo que dicho incumplimiento no concurre, y a tal efecto aporta la correspondiente argumentación técnica, invocando la doctrina de la discrecionalidad técnica y negando las afirmaciones de la recurrente en la que sustenta su tesis.

Una vez expuestos los términos del debate, la resolución del mismo exige partir del hecho de que la finalidad del recurso especial es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable, tal y como viene sosteniendo reiteradamente este Tribunal (entre otros, en los Acuerdos 3/2015, de 9 de enero, 11/2017, de 6 de febrero, y 96/2017, de 5 de septiembre).

Este criterio es igualmente defendido por el TACRC que advierte que, cuando se tratan cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resoluciones 176/2011, de 29 de junio, y 516/2016, de 1 de julio). De tal manera que corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de

competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, las valoraciones de las propuestas se ajustan a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente (Acuerdo 23/2012, de 28 de junio y, más recientemente, Acuerdo 55/2019, de 26 de abril).

Partiendo de esta doctrina, a la vista del expediente, del informe técnico obrante en él y de la justificación del informe del órgano de contratación al presente recurso, del detalle de la oferta de la adjudicataria donde expresamente se recogen las características exigidas en el PPT, así como que la recurrente no ha llevado a cabo actuación probatoria alguna al objeto de acreditar el desacierto del criterio técnico de la Administración, necesariamente este Tribunal administrativo debe concluir que la recurrente no logra destruir la presunción de acierto que a su favor tienen los informes técnicos de los órganos de contratación, por lo que se debe desestimar este motivo y el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, 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 unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por la mercantil “PALEX MEDICAL, S.A.” en el recurso planteado frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Arrendamiento sin opción de compra

de un ecógrafo para el Servicio de Urología del Hospital San Jorge del Sector de Huesca», promovido por el Sector de Huesca del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

CUARTO.- 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.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, 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 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.