RE 113/2019

Acuerdo 130/2019, de 24 de octubre de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "JOHNSON&JOHNSON, S.A." frente a la adjudicación del procedimiento denominado «Suministro de Tiras Reactivas para medición de glucosa», promovido por la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Dirección del Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud de fecha 16 de julio de 2019, se acordó iniciar el expediente de contratación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo y, con fecha 29 de julio de 2019, por el citado órgano se aprobó el gasto y el mencionado expediente.

El procedimiento de contratación por el que se ha llevado a cabo la tramitación es el negociado sin publicidad, al amparo del artículo 168.b).1º 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 contrato objeto de recurso fue calificado como un contrato de suministro con un valor estimado de 2 714 250 euros, hallándose sujeto, por lo tanto, a regulación armonizada.

Tercero.- Con fecha 29 de julio de 2019 y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 169.2 de la LCSP, se procedió a invitar a negociar en el procedimiento a las siguientes empresas: "ABBOT LABORATORIES, S.A.", "DPP INTERNATIONAL, S.A." y "ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U.". En la invitación se estableció como fecha límite de presentación de ofertas el día 2 de agosto de 2019.

La empresa "ABBOT LABORATORIES, S.A", en escrito de fecha 31 de julio de 2019, declinó presentar oferta al no poder cumplir con los requisitos exigidos en el contrato, concretamente, el alto número de medidores que se precisan.

Finalizado el proceso de negociación y una vez valoradas las ofertas, la Mesa de contratación en la reunión de fecha 14 de agosto de 2019, propuso la adjudicación del contrato, a favor de la empresa "ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U.".

Cuarto.- Aportada la documentación requerida por parte de la empresa propuesta como adjudicataria, y examinada por la Mesa de contratación reunida al efecto el día 21 de agosto de 2019, por Resolución de la Dirección del Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud de fecha 28 de agosto de 2019 se adjudicó el contrato. El anuncio de adjudicación fue publicado en la Plataforma de Contratos del Sector Público ese mismo día.

Quinto.- El día 18 de septiembre de 2019 fue presentado por don N.M.V.A.L., en nombre y representación de la mercantil "JOHNSON & JOHNSON, S.A.", recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de referencia ante el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El recurso interpuesto aduce –en síntesis– lo siguiente:

- Ausencia del supuesto habilitante del procedimiento negociado sin publicidad, lo que a su entender supone atentar contra el principio de concurrencia.
- Vulneración de los principios de publicidad y transparencia que deben regir los procedimientos de licitación pública.
- Concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores del contrato.

Solicita la recurrente, asimismo, la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Por lo expuesto, interesa que se estime el recurso y se anule la aprobación del expediente de contratación, así como la adjudicación a favor de "ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U.".

Sexto- El día 19 de septiembre 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 LCSP. El día 20 de septiembre de 2019 el órgano de contratación remitió, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la documentación concerniente al expediente contractual, siendo recibida en esa misma fecha y el día 24 de septiembre de 2019 se recibe el informe emitido a resultas del mencionado recurso especial.

Séptimo.- El día 23 de septiembre de 2019 se dio traslado del recurso a las mercantiles interesadas en el procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP.

Finalizado el plazo otorgado, no se han recibido alegaciones al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso que nos ocupa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP ya que los argumentos en los que basa su impugnación en cuanto a la disconformidad con el procedimiento negociado sin publicidad seleccionado para la adjudicación del contrato, ponen de manifiesto que esta circunstancia es la que le ha impedido la presentación de la oferta, al no haber sido invitada para ello, de tal manera que este Tribunal administrativo reconoce efectivamente que concurre el requisito de la legitimación en la recurrente, y así lo viene declarando por todos en el Acuerdo 48/2019, de 12 de abril, en el que se acoge el pronunciamiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) manifestado en su Resolución 504/2014, de 4 de julio.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de suministro, 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 los artículos 44.1.a) y 2.c) de la LCSP y 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA).

SEGUNDO.- Procede examinar, a continuación, si el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

Así el artículo 50.1.d) de la LCSP establece que *«(e)l procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento».

En el caso que nos ocupa se ha llevado a cabo la tramitación del expediente de contratación mediante procedimiento negociado sin publicidad, de tal manera que el cómputo del plazo para interponer el recurso, dado que la recurrente no fue invitada para presentar oferta y, por tanto, no se le notificó la adjudicación del contrato, comienza a partir del día siguiente en que tiene lugar la publicación del anuncio de adjudicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público (esto es, el día 28 de agosto de 2019, tal y como se ha señalado anteriormente), es decir, el *dies a quo* es el día 29 de agosto de 2019, siendo el *dies ad quem* o último día de plazo, el 18 de septiembre de 2019.

Por lo expuesto, siendo que el recurso se interpone ante este Tribunal el 18 de septiembre de 2019, se encuentra dentro del plazo establecido legalmente para su presentación, y por lo tanto debe ser admitido.

TERCERO.- Resuelta la admisión del recurso procede entrar a valorar en qué se fundamenta el mismo**.**

Así los argumentos que se aducen en el recurso convergen en un único motivo cual es considerar contrario a Derecho el procedimiento de contratación seleccionado por el órgano de contratación en el expediente que nos ocupa, esto es, el procedimiento negociado sin publicidad que regula el artículo 168.b) 1º de la LCSP, dado que, a su juicio, no queda justificado en el citado

expediente la utilización de este excepcional procedimiento, denunciando que no se dan los requisitos para entender que nos encontramos ante un supuesto de *«imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo»* pues considera que la interposición de un recurso especial contra los pliegos que regían el procedimiento abierto cuyo objeto era idéntico al que ahora nos ocupa, no es un acontecimiento imprevisible que no se pueda imputar al órgano de contratación, sino que al contrario, considera que «*es directamente derivado del irregular actuar del órgano de contratación en la configuración del referido expediente*».

Considera la recurrente que la Orden de la Dirección del Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud de inicio del expediente de 16 de julio de 2019, que es el que da lugar al expediente contractual objeto del presente recurso, se dictó cuando el otro expediente de contratación tramitado por procedimiento abierto se encontraba suspendido y a la espera de resolución por parte de este Tribunal, por lo que entiende que el órgano de contratación con este nuevo procedimiento «*prescinde del procedimiento abierto inicialmente convocado y, con el objetivo de eludir la suspensión del mismo y un más que previsible Acuerdo del Tribunal en su contra, decide utilizar un procedimiento de carácter extraordinario que elimina la exigencia de publicidad del mismo y restringe de una manera sustancial la posible competencia y, por ende, la tensión competitiva, quebrando de manera efectiva los principios que han de regir los procedimientos de licitación públicos*».

Para fundar su tesis se apoya en la Resolución 374/2018, de 13 de abril, del TACRC y en la Resolución 196/2019, de 19 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Y concluye, por todo lo expuesto, que procede declarar la nulidad del expediente contractual de suministro de tiras reactivas para la medición de glucosa tramitado por procedimiento negociado sin publicidad por la que resulta adjudicataria la mercantil “ROCHE DIABETES CARE SPAIN, S.L.U.”.

Por su parte, el órgano de contratación se opone al recurso y, en concreto, señala:

«PRIMERO: De la configuración del. procedimiento de contratación. Ausencia del supuesto habilitante el procedimiento negociado sin Publicidad. Conculcación de los principios de concurrencia y salvaguarda de la competencia.

En este primer apartado, la recurrente incide en varias "irregularidades":
1.- Inicio del expediente PN 49/2019, en fecha 16 de julio, fecha anterior al acuerdo 99/2019, de 26 de julio, de ese Tribunal Administrativo del Contratos Públicos de Aragón por el que se resuelven los recursos especialés interpuestos por las empresas Menarini Diágnosticos, S.A., Johnson&Johnson, S.A. y Ascensia Diabetes Care Spain, S.L., declarando la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas del Procedimiento Abierto 31/2019.
Previamente a este acuerdo, como la propia recurrente expone, ese Tribunal, en fecha 24 de junio, había acordado la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión del procedimiento, momento en el cual el órgano de contratación entendió que, dados los plazos ajustados en la tramitación del Procedimiento Abierto 31/2019 y aunque la resolución de los recursos se realizara del manera excepcionalmente rápida (como así se produjo) de ninguna manera se alcanzaba el objetivo contractual y asistencial necesario, por lo que se inició la tramitación de un proceso alternativo con una duración que abarcara el menor plazo posible para permitir la tramitación de un nuevo Procedimiento Abierto, si así fuera necesario. La elección fue el procedimiento negociado sin publicidad sobre la

base de las previsiones del artículo 168 b) 1° de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Para una mejor compresión del planteamiento, se detallan a continuación las fechas relevantes de los dos expedientes:

P.A. 31/2019, cuyo objeto, desglosado en cinco lotes, consistía en el suministro de tiras reactivas para la determinación de cuerpos cetónicos, y de glucemia en diferentes modalidades y para diferentes tipos de pacientes:

Actuaciones relevantes	*Fechas*
Inicio análisis técnico (asistencial e integración de información)	*2 de enero de 2019*
Justificación de la necesidad	*11 de abril de 2019*
Anuncio previo en DOUE y Perfil del Contratante	*15 de abril de 2019*
Resolución de inicio de tramitación del expediente	*5 de mayo de 2019*
Informe favorable de fiscalización de la licitación por la Intervención General de Aragón	*10 de mayo de 2019*
Acuerdo del Consejo de Gobierno autorizando la licitación y el gasto plurianual 2019 a 2022 (4 ejercicios)	*21 de mayo de 2019*
Anuncio de licitación	*3 de junio de 2019*
Fin plazo de presentación de ofertas	*18 de junio de 2019*
Acuerdo del TACPA de suspensión de la tramitación	*24 de junio de 2019*
Acuerdo del _TACPA de declaración de invalidez de los Pliegos	*26 de julio de 2019*

Actuaciones relevantes previstas NO EJECUTADAS	*Fechas*
Mesa 1 de apertura de Documentación Administrativa	*26 de junio de 2019*
Mesa 2 de apertura de Documentación Criterios de valoración previa	*3 de julio de 2019*
Mesa 3 de apertura de Documentación Criterios de valoración posterior	*7 de agosto de 2019*
Fin plazo de recurso sobre adjudicación	*30 de agosto de 2019*
Inicio vigencia nuevo contrato	*5 de septiembre de 2019*

PNSP 49/2019, cuyo objeto, en un solo lote (que sustituye exclusivamente al lote 3 del P.A. 31/2019), es el suministro de tiras reactivas para

determinación -de glucosa en modalidad profesional y de uso por paciente y para pacientes diabéticos tipo 11, ingresados y ambulatorios:

Actuaciones relevantes	*Fechas*
Justificación de la necesidad y de la elección del procedimiento	*15 de julio de 2019*
Resolución de inicio del expediente	*16 de julio de 2019*
Informe de la Dirección General de Presupuestos, aprobando el gasto plurianual de los dos ejercicios afectados: 2019 y 2020 (4 + 4 meses)	*18 de julio de 2019*
Resolución aprobación del gasto por el Consejero de Hacienda	*29 de julio de 2019*
Informe favorable de fiscalización de la licitación por la Intervención Delegada	*29 de julio de 2019*
Invitaciones al procedimiento	*29 de julio de 2019*
Resolución de adjudicación	*28 de agosto de 2019*
Fin plazo de recurso	*18 de septiembre de 2019*
Previsión inicio vigencia nuevo contrato	*25 de septiembre de 2019*

Debe observarse que, lejos de tener el órgano de contratación "el objetivo de eludir la suspensión" del P.A. 31/2019, lo que en realidad buscaba era una ejecución ágil de los procedimientos internos que preceden a la puesta en conocimiento de los licitadores de la existencia del procedimiento (publicación o invitación en su caso, según la modalidad elegida). Además, también puede observar el Tribunal, ratificando el objetivo lícito del órgano de contratación, que las acciones se iniciaron siempre después del acuerdo de suspensión y que las invitaciones a participar en el procedimiento se cursaron una vez conocido el acuerdo 99/2019 de 26 de julio de ese Tribunal, en contestación a los recursos planteados contra los Pliegos que regían el P. A. 31/2019. Obsérvese también que, a pesar de la celeridad en la tramitación, estaba prevista que el nuevo contrato iniciara su vigencia sobre el 25 de septiembre, fecha más que comprometida teniendo en cuenta que el contrato anterior había finalizado el 31 de agosto».

Una vez expuestos los términos del debate, con carácter previo a la resolución del recurso que nos ocupa, este Tribunal entiende necesario hacer una serie de consideraciones. Así, la recurrente a lo largo del escrito del recurso pone de manifiesto que únicamente tiene conocimiento del anuncio de adjudicación del contrato debido a que se ha llevado a cabo la tramitación mediante procedimiento negociado sin publicidad, no obstante cabe apuntar que para la interposición del recurso, la LCSP prevé la posibilidad de que la recurrente pueda solicitar el examen del expediente contractual de forma previa a la interposición del recurso, tal y como establece el artículo 52 del citado texto legal, opción que no ha sido acogida por la actora.

También es necesario, a la vista del recurso, señalar que la función de este Tribunal administrativo se circunscribe al análisis del procedimiento de contratación que es objeto de impugnación. Este 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 puesto de manifiesto con ocasión de la tramitación del presente procedimiento.

A continuación, procede traer a colación –puesto que traen causa de los mismos– las actuaciones concernientes a los recursos especiales n^{os} 69, 70, 81/2019 y que fueron resueltos mediante Acuerdo 99/2019, de 26 de julio, de este Tribunal administrativo.

Así resulta que, por Resolución de 3 de mayo de 2019 de la Directora del Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud, se acordó iniciar el expediente de contratación relativo al procedimiento de adjudicación denominado “Suministro de tiras reactivas con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Aragonés de Salud”. En el Pliego

de Cláusulas Administrativas Particulares que regía la contratación por procedimiento abierto se establecía, como fecha de inicio del contrato, el día 1 de septiembre de 2019 y, como fecha final, el día 31 de diciembre de 2022, con posibilidad de prórroga hasta el día 31 de agosto de 2024. Además, y por lo que respecta a los criterios de adjudicación, figuraban tanto criterios sujetos a evaluación previa como también criterios sujetos a evaluación posterior. El valor estimado del contrato se cifraba en 12 464 886, 96 euros.

El día 29 de mayo de 2019, fue insertado en el perfil del contratante del Gobierno de Aragón el anuncio de licitación, en el que se establecía como fecha límite de presentación de proposiciones el día 18 de junio de 2019. Dicho anuncio se publicó asimismo en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el día 3 de junio de 2019.

Contra los pliegos que regían el citado procedimiento se interpusieron, como se ha señalado anteriormente, distintos recursos especiales en materia de contratación y mediante Resolución 9/2019, de 24 de junio, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la adopción de la medida cautelar interesada por las recurrentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de la LCSP, suspendiéndose la tramitación del procedimiento.

A resultas del referido Acuerdo 99/2019 de este Tribunal, fueron estimados los recursos especiales presentados por las mercantiles “MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A.”, “JOHNSON&JOHNSON, S.A.” y “ASCENSIA DIABETES CARE SPAIN, S.L.” frente a los pliegos que regían el procedimiento abierto tramitado, declarándose la invalidez de los mismos.

Por otra parte, y en lo concerniente al expediente administrativo objeto del recurso que ahora nos ocupa, esto es, el tramitado por procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia, de su examen resulta que

obra en el mismo informe de 15 de julio de 2019 relativo a la justificación de la necesidad de llevar a cabo la contratación del suministro de tiras reactivas para la medición de glucosa con destino a los Centros del Servicio Aragonés de Salud, figurando en dicho informe que el objeto del contrato es cubrir las necesidades de compra de tiras reactivas para la medición de glucosa en pacientes diabéticos, señalando que su vigencia comprenderá desde el día 1 de septiembre de 2019 hasta el 30 de abril de 2020, con posibilidad de prórroga hasta el día 31 de agosto de 2020.

Para justificar la imperiosa urgencia que ampararía la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, en el citado informe se exponen los siguientes argumentos:

«*Como ya se ha expresado, los contratos derivados de la adjudicación del acuerdo marco AM/1012015 actualmente vigente,* ***finalizan su vigencia en fecha 31 de agosto de 2019,*** *no estando perfeccionados en esa fecha los nuevos contratos derivados del procedimiento abierto PA/31/2019, creándose un vacío contractual que resulta inasumible, tanto desde un punto de vista legal como desde un punto de vista de salud pública, como consecuencia de dos circunstancias:*

P ***La complejidad del objeto del contrato,*** *sobradamente probada a través de los recursos emitidos y en la contestación a los mismos por el órgano de contratación, que incluye diferentes elementos, lo cual significa una dotación de un conjunto de materiales para cada uno de nuestros Centros sanitarios y pacientes, incluyendo la formación necesaria en el manejo de estos elementos.*

El cese en esta línea de negocio del actual contratista*, la empresa NIPRO EUROPE, S.A. SUC. EN ESPAÑA, de forma que al expirar el contrato el próximo 31 de agosto no garantiza la continuidad del suministro, ni siquiera con carácter excepcional de prórroga de facto.*

Estas circunstancias podrían suponer la falta de control de glucemia de los pacientes diabéticos de la Comunidad Autónoma de Aragón.
Esta situación de imperiosa urgencia resulta de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, sin que la pronta ejecución del contrato pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119.
Esta Subdirección entiende igualmente que esta situación de excepcionalidad se ha de cubrir durante el tiempo justo" e imprescindible estimado para que entren en vigor los contratos derivados de la adjudicación del procedimiento abierto PA/31/2019, en caso de que el Acuerdo del TACPA sea desestimatorio, o los contratos derivados del nuevo procedimiento abierto que habría que licitar si el Acuerdo es estimatorio: Es por ello, que la vigencia del contrato se ha estimado en ocho meses, habiéndose previsto cuatro meses de prórroga».

El valor estimado de este contrato, tal y como se ha señalado en los Antecedentes de Hecho del presente Acuerdo, es de 2 714 250 euros; es decir que, como indica el órgano de contratación, se corresponde con el Lote 3 de los cinco Lotes que configuraban el procedimiento abierto.

Así las cosas, se comprueba tal y como apunta la recurrente y reconoce el órgano de contratación en el informe emitido, que, a resultas de la suspensión acordada por este Tribunal administrativo del procedimiento abierto objeto de los recursos anteriormente citados, el órgano de contratación decidió iniciar un nuevo procedimiento contractual para solucionar *«el problema sobrevenido con la desaparición del contratista anterior, la invalidez del procedimiento de renovación y la necesidad imperiosa de sustituir hasta 44.000 glucómetros entre profesional y pacientes usuarios de tiras, que posibilite la determinación de glucemia en diabéticos tipo II, mayoritariamente, con el fin de que puedan aplicarse el tratamiento de forma adecuada»* todo ello ante el hecho de que no hubiera adjudicatario del contrato a partir del día 1 de septiembre de 2019, puesto que el contrato anterior finalizaba con fecha 31 de agosto del ejercicio

corriente, decantándose el órgano de contratación por tramitar el expediente por procedimiento negociado sin publicidad en base al supuesto establecido en el artículo 168 b) 1º de la LCSP, por entender que se daban los requisitos necesarios tal y como se señalaba en el informe recién extractado.

Pues bien, la cuestión controvertida se centra en dilucidar si efectivamente concurren los requisitos que la Ley establece para que el supuesto del procedimiento negociado contemplado en el mencionado artículo 168.b).1º de la LCSP resulte de aplicación al caso que nos ocupa. El citado precepto legal establece lo siguiente:

«Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

b) En los contratos de obras, suministros y servicios, en los casos en que:

1.º Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119».

Este supuesto concreto de procedimiento negociado que –ya se contemplaba en el artículo 170.e) 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– se regula en el artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, del siguiente modo:

«2. *El procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse para los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en cualquiera de los casos siguientes:*

[…]

c) cuando, en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación; las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores».

Además, sobre esta cuestión el Considerando 80 de la citada Directiva se pronuncia de la siguiente manera:
«*Solo en situaciones excepcionales en que una extrema urgencia provocada por sucesos imprevisibles para el poder adjudicador de que se trate y que no puedan atribuirse al mismo haga imposible seguir un procedimiento habitual incluso con plazos reducidos, los poderes adjudicadores, en la medida en que sea estrictamente necesario, deberán tener la posibilidad de adjudicar contratos mediante un procedimiento negociado sin previa publicación. Esta situación podría darse en caso de catástrofes naturales que exijan una actuación inmediata*».

A la vista de la regulación expuesta, procede en primer lugar incidir en la excepcionalidad que la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad de suyo conlleva –en este caso, por imperiosa urgencia–, sin que sean trasladables al presente supuesto las resoluciones que invoca la recurrente pues en la Resolución 374/2018, de 13 de abril, del TACRC se analizan los criterios para acudir a un procedimiento negociado sin publicidad por falta de licitadores en el procedimiento anterior cuando se ha modificado el precio del contrato y, en cuanto a la Resolución 196/2019, de 19 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, ésta versa sobre un supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas en el que no se ha motivado suficientemente.

Sí que entiende este Tribunal que es extrapolable al caso que nos ocupa el Informe 12/2015, de 8 de julio de 2015, de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña relativo al Departamento de Interior, contratación administrativa, ejercicio 2013, cuando pone de manifiesto lo siguiente:

«*Los expedientes 7 y 8 se tramitaron por procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia justificado por el Departamento de Interior por la situación presupuestaria del ejercicio y porque los medios aéreos necesarios para la campaña de verano en el primero y porque no se podía prorrogar más el segundo. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (con cita de las sentencias TJCE 1992/67, 1996/64, 2004/241, 2004/335 y 2005/160) *declara que la imperiosa urgencia está supeditada al cumplimiento de los tres requisitos siguientes de forma acumulativa: existencia de un acontecimiento imprevisto, de una imperiosa urgencia incompatible con los plazos establecidos en otros procedimientos y de una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que se deriva de él. La Sindicatura considera que en dichos expedientes no se cumplen los requisitos indicados ya que el Departamento era conocedor de la necesidad al inicio del ejercicio. Por lo tanto, estos expedientes se deberían haber tramitado por la vía ordinaria*».

A su vez, también procede traer a colación el Informe 2/13, de 25 de julio de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el que se reseña:

«*3. Sobre la posibilidad planteada por el Ayuntamiento consultante de acudir al procedimiento negociado por el supuesto del art. 170, e), conviene señalar que no procede porque este supuesto está pensado para situaciones de extrema urgencia, debidas a acontecimientos imprevisibles. Los acontecimientos imprevisibles son aquellos que no se han podido prever con antelación, por lo tanto, que no se esperan, a diferencia de los acontecimientos que previstos, resulten inevitables. Con ello, entramos en los conceptos de caso fortuito y*

fuerza mayor que, como conceptos jurídicos indeterminados, se han venido utilizando tradicionalmente en nuestro derecho, siendo ejemplo de ello el art. 170 del TRLCSP en este punto. La ejecución de una sentencia judicial, no se puede considerar como un acontecimiento imprevisible, antes al contrario, es una situación que ya se conocía y estaba prevista desde que se interpuso el primer escrito, dando lugar al procedimiento judicial previo, por lo que no tiene encaje en este precepto. Cuestión distinta es el resultado de la misma, favorable o desfavorable a la parte que interpuso el recurso, pero, en cualquier caso, se sabe que esa sentencia va a existir, máxime teniendo en cuenta la obligación legal de resolver que pesa sobre los órganos jurisdiccionales, por mandato constitucional y legal. Por todo ello, podemos afirmar que la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado con base en este precepto, no resulta de aplicación al caso».

Pues bien, en el presente caso la fecha clave es el día 1 de septiembre de 2019, ya que a partir de la misma el contrato de suministro anterior finalizaba de modo que, según se ha expuesto, el órgano de contratación tramitó el procedimiento negociado por imperiosa urgencia tras ser conocedor de la suspensión del anterior procedimiento acordada por este Tribunal administrativo y a resultas de los «*plazos ajustados*» y «*ante la falta de control de glucemia de los pacientes diabéticos de la Comunidad Autónoma de Aragón*» motiva dicha decisión en la complejidad del objeto del contrato y en el «(*…) cese en esta línea de negocio del actual contratista, la empresa NIPRO EUROPE, S.A. SUC EN ESPAÑA, de forma que al expirar el contrato el próximo 31 de agosto no garantiza la continuidad del suministro, ni siquiera con carácter excepcional de prórroga de facto*».

Procede por tanto examinar los argumentos que esgrime el órgano de contratación y si la imperiosa urgencia alegada resulta de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación –según han sido expuestos- toda

vez que, dicho órgano era conocedor de que en la citada fecha expiraba el anterior contrato.

Sobre la necesidad de llevar a cabo la planificación de las contrataciones que un órgano de contratación debe realizar, el artículo 28.4 de la LCSP, establece la siguiente obligación:
«*Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada*».

Por tanto la cuestión que queda evidenciada ante la suspensión del procedimiento a consecuencia de la interposición de los recursos, es la perentoriedad en los plazos, lo que lleva a la conclusión de que la tramitación del procedimiento abierto no se llevó a cabo con la antelación necesaria y suficiente y así queda constatado en el informe del órgano de contratación cuando se indica dentro de lo que denomina *«actuaciones relevantes»* del procedimiento abierto, que el *«inicio análisis técnico (asistencial e integración de información)»* tiene fecha 2 de enero de 2019 y sin embargo la siguiente actuación no tiene lugar sino hasta el día 11 de abril de 2019 con la justificación de la necesidad del contrato siendo publicado el anuncio de información previa el día 15 de abril de 2019, llevándose a cabo la publicación del anuncio de licitación en el DOUE el día 3 de junio de 2019 finalizando el plazo para la presentación de ofertas el día 18 de junio de 2019, esto es, 74 días naturales (52 hábiles) antes de finalizar el anterior contrato.

Es decir, que aún cuando las actuaciones comenzaron en enero de 2019, el hecho de que no se produjera la continuidad de la tramitación hasta mediados de abril del ejercicio corriente determinó que los plazos fueran más que

ajustados habida cuenta de los trámites que indefectiblemente se tienen que llevar a cabo en ese procedimiento contractual con la apertura de los Sobres "Uno", "Dos", estudio de valoración de ofertas, apertura de los Sobres "Tres", propuesta de adjudicación, requerimiento de documentación al propuesto como adjudicatario con el plazo a tal efecto de diez días hábiles *ex* artículo 150.2 LCSP, adjudicación y formalización del contrato –que no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores, según dispone el artículo 153.3 de la LCSP–, en un contrato «complejo» como así lo define el propio órgano de contratación.

A mayor abundamiento, cabe señalar que además el propio órgano de contratación se desdice en sus argumentos, pues la necesidad inexcusable de disponer de un contratista que entregue el suministro con fecha 1 de septiembre de 2019, no casa con la información que aporta dicho órgano en el informe al recurso cuando señala que con la tramitación del procedimiento negociado se pretendía disponer de contratista para el día 25 de septiembre de 2019, esto es, que el suministro quedaba sin proveedor en el mejor de los casos 24 días, ni tampoco con el hecho de que, dado que el contrato anterior finalizó y la adjudicación actual está suspendida, no haya solicitado el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Por tanto a la vista de lo expuesto este Tribunal administrativo considera que, el presente supuesto, no puede entenderse que tenga encaje en el artículo 168.b) 1º de la LCSP, en cuanto al cumplimiento de los requisitos que dicho precepto exige para el caso de «*Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo…*», y ello porque *«imprevisible»* dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que es aquello que no se puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir,

pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después.

Es decir, que los órganos de contratación tienen la obligación de planificar su actividad contractual *ex* artículo 28.4 de la LCSP anteriormente transcrito, máxime cuando el objeto del contrato que nos ocupa tiene el carácter de esencial para la salud de los pacientes diabéticos, de manera que dicho suministro exige su provisión de forma ininterrumpida para satisfacer las necesidades de dichos pacientes, por lo que nada obsta tener formalizado un contrato antes de que comience su inicio, sin tener que apurar los plazos, al contario, con ello se garantiza la continuidad de un suministro de tal importancia, pues entra dentro de lo previsible para el órgano de contratación el hecho de que en este tipo de procedimientos contractuales puedan interponerse recursos especiales en materia de contratación, con las consecuencias que puedan derivar de dicha situación, y que, como en el caso que ahora nos ocupa, determinó primero, la suspensión del procedimiento de adjudicación y finalmente con el Acuerdo adoptado por este Tribunal, la anulación de los pliegos que servían de base a la licitación, lo que suponía dilatar en el tiempo la tramitación del procedimiento; de ahí la necesidad de que las contrataciones públicas deban planificarse debidamente.

Por tanto, no es imprevisible que ello suceda, debiendo además apuntar que con la entrada en vigor de la LCSP –9 de marzo de 2018– se amplía el abanico de actuaciones que son objeto de recurso –*ex* artículo 44.2 de la LCSP–, lo que se traduce en que los supuestos de interposición de recursos especiales no son hechos extraños a la contratación pública sino al contrario, de ahí que no puedan acogerse que los argumentos del órgano de contratación, siendo muy gráfico el ejemplo que apunta el Considerando 80 de la Directiva 2014/24/UE, anteriormente transcrito, para que sea de aplicación el procedimiento negociado por imperiosa urgencia cuando indica que «*Esta situación podría*

darse en caso de catástrofes naturales que exijan una actuación inmediata», por lo que a la vista de todo lo expuesto se considera que no concurren los requisitos que determinen la aplicabilidad del artículo 168.b).1º de la LCSP.

Y todo ello sin que se deba olvidar, como se viene reiterando, que el procedimiento negociado sin publicidad no deja de ser un procedimiento excepcional en las contrataciones públicas en las que se da prevalencia a que se promueva la concurrencia de forma tal que los licitadores interesados puedan presentar oferta en igualdad de condiciones y, por tanto, se dé cumplimiento a lo dispuesto tanto en el artículo 1 como en el 132 de la LCSP según el criterio puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios y por las resoluciones de los órganos administrativos de recursos contractuales; entre las que cabe citar, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de noviembre de 2018 (rec. nº 1/2016), en la que refiere la Resolución del TACRC 186/2013, de 23 de mayo, en la que se dice: «*A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP de modo expreso en los artículos 1 y 139, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo* (actualmente, artículos 1 y 132 de la LCSP y Directiva 2014/24/UE)».

A la vista de lo expuesto, procede estimar el recurso.

CUARTO.- En cuanto a la suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente, procede apuntar que la misma opera *ex lege* a tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

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.- Estimar el recurso especial interpuesto por la mercantil "JOHNSON&JOHNSON, S.A." frente a la adjudicación del procedimiento denominado «Suministro de Tiras Reactivas para medición de glucosa», promovido por la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud y, en consecuencia, anular la tramitación promovida mediante procedimiento negociado sin publicidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 168.b).1º de la LCSP.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de las actuaciones habidas a fin de dar cumplimiento al presente Acuerdo.

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.