Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 132/2021

Acuerdo 19/2022, de 28 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "IGROBE RODAR 2001, S.L.U.", frente a la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de bolsas colectoras y material de recogida de muestras y residuos con destino a los centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud. Lotes 18 y 22», promovido por el Centro de gestión integrada y proyectos corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de abril de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) anuncio previo de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento de este acuerdo. El día 6 de junio de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), el anuncio definitivo de la licitación y el día 11 de junio siguiente el mismo anuncio definitivo en el DOUE. Según figura en los citados anuncios, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 22 de junio de 2021.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 23 122 091,39 euros, IVA excluido. El contrato se divide en 36 lotes que a su vez contemplan diferentes partidas.

Segundo.- El día 15 de septiembre de 2021, la Mesa de contratación, en sesión pública, procedió, tras la exposición del informe de valoración de los criterios sujetos a valoración previa efectuado por el grupo técnico designado al efecto, asumir las puntuaciones otorgadas así como las motivaciones que sustentaban dichas puntuaciones. De este modo, y por lo que a este Acuerdo interesa, acordó excluir de la licitación «por no ajustarse al Pliego de prescripciones técnicas» entre otras, a la mercantil "IGROBE RODAR 2001, S.L." del Lote 18. Set para incontinencia fecal y bolsa colectora, partidas 95 y 96.

En la misma sesión, tuvo lugar la apertura y evaluación de los sobres C, conteniendo los criterios sujetos a juicio de valor.

El informe técnico de valoración de los criterios sujetos a evaluación previa, fue publicado en la PCSP el mismo día 15 de septiembre de 2021. El día 28 de septiembre de 2021 se publicaron en la PCSP las ofertas económicas de las proposiciones admitidas a la licitación. Por último, el día 5 de enero de 2022 se ha publicado en la misma plataforma el acta levantada al efecto.

Tercero.- En el curso de la tramitación del procedimiento, mediante Resolución de la Dirección del Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos, de 25 de octubre de 2021 se resolvió la clasificación de las ofertas admitidas siendo esta para el Lote 22, Bolsas ostomía y urostomía de una pieza, la siguiente:

Lote	Partida	Descripción	Licitador	Puntuación sobre 2	Precio licitación	Precio licitador	Puntuación precio	Puntuación Total
22	108	Bolsa Ostomía abierta recortable 15-70 mm	**HOLLISTER IBERICA, S.A.**	**49**	**0,090909**	**0**	**51**	**100**
			COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.	49	0,090909	0,01	45,39	94,39
			IGROBE RODAR, S.L.	44	0,090909	0,09	0,51	44,51

Lote	Partida	Descripción	Licitador	Puntuación sobre 2	Precio licitación	Precio licitador	Puntuación precio	Puntuación Total
	109	Bolsa Ostomía cerrada recortable 20-55 mm	**HOLLISTER IBÉRICA, S.A.**	**49**	**0,090909**	**0**	**51**	**100**
			CONVATEC, S.L.	49	0,090909	0,009091	45,90	94,90
			COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.	49	0,090909	0,01	45,39	94,39
			B BRAUN MEDICAL, S.A.	49	0,090909	0,05001	22,95	71,95
			IGROBE RODAR, S.L.	44	0,090909	0,09	0,51	44,51
	110	Bolsa Ostotomía pediátrica recortable 10-35 mm	**HOLLISTER IBÉRICA, S.A.**	**49**	**0,090909**	**0**	**51**	**100**
	111	Bolsa urostomía recortable 15-55 mm	**HOLLISTER IBÉRICA, S.A.**	**49**	**0,090909**	**0**	**51**	**100**
			COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.	49	0,090909	0,01	48,45	97,45
			B BRAUN MEDICAL, S.A.	49	0,090909	0,05001	45,39	94,39
18	95	Bolsa colectora p/incontinencia fecal	**CONVATEC, S.L..**	**49**	**3,045454**	**2,90**	**20,24**	**69,24**
	96	Set Incontinencia fecal c/bolsa colector		**49**	**240,45**	**229**	**20,24**	**69,24**

Cuarto.- Mediante Resolución de la Dirección del Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos, de 17 de diciembre de 2021, se adjudicó el contrato, por lo que a este Acuerdo interesa, a las mercantiles clasificadas en primer lugar, esto es, “CONVATEC, S.L.” para el Lote 18 y “HOLLISTER IBÉRICA, S.A.” para el Lote 22.

La adjudicación fue publicada en la PCSP y notificada a los interesados, a través de la misma plataforma, el día 21 de diciembre de 2021.

Quinto.- El día 28 de diciembre de 2021, se interpuso, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.J.N.L., en nombre y representación de la mercantil "IGROBE RODAR 2.001, S.L.U." en el que manifiesta su disconformidad con la adjudicación de los lotes referenciada en el antecedente anterior.

El recurso, en síntesis, aduce:

- Respecto a la adjudicación del Lote 18, la recurrente combate su exclusión basada en el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) que rige el contrato. Cuestiona en su escrito la exigencia relativa a la inclusión de "balón piloto" en el set a suministrar. Defiende que el producto ofertado –y excluido- aunque reconoce que no incluye esa característica, proporciona la misma funcionalidad requerida. Por último, argumenta que su oferta económica era inferior –y económicamente más ventajosa- a la de la mercantil adjudicataria.
- En relación con la adjudicación del Lote 22, considera anormalmente baja la oferta de la adjudicataria en tanto que la adjudicación se ha realizado a cero euros.

Por lo expuesto, solicita la anulación de la adjudicación de ambos lotes.

Sexto .- El día 29 de diciembre de 2021 este Tribunal dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente completo así como el informe a 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). La documentación requerida se recibió en este Tribunal el día 3 de enero de 2022. En su informe, el meritado órgano se ratifica en la corrección de su actuación, interesando la desestimación del recurso.

Séptimo.- El día 5 de enero de 2021, se dio traslado del recurso al resto de interesados del 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. Se han recibido alegaciones de las mercantiles adjudicatarias de ambos lotes, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en 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 consonancia con el artículo 44.1 de la LCSP.

También queda acreditada la legitimación de “IGROBE RODAR 2.001, S.L.” para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio de lo que se expondrá en el Fundamento de Derecho Tercero en lo que se refiere a la adjudicación de las partidas 110 y 111 del Lote nº 22, a las que la recurrente no licita.

El recurso se presenta en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Es objeto de recurso el acuerdo de exclusión y posterior adjudicación del contrato adoptado por el órgano de contratación.

La recurrente aduce en su recurso que el PCAP, en relación con el Lote nº 18 que comprende: "*Set para la incontinencia fecal. Catéter rectal de silicona o equivalente con balón baja presión, puerto para irrigación y Balón Piloto. Incluye 3 bolsas colectoras de 1000-15000ML y Jeringa. Libre de látex. Uso profesional*"; incluye un "*Balón Piloto*" en las características del producto a suministrar y se ha considerado condición excluyente si el producto suministrado no incluye esa cualidad. Considera que esta particularidad solo la presenta un producto presente en el mercado español, y la oferta presentada por parte de "IGROVE RODAR 2001 SLU" cumple con las funcionalidades relativa a componentes y requerimientos relacionados en la descripción que hace el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT). Procede a justificar que la funcionalidad requerida por la característica denominada "Balón Piloto", queda perfectamente cubierta con el producto ofertado, y su precio resulta más ventajoso que el ofertado por la adjudicataria.

El órgano de contratación se opone al recurso interpuesto por considerarlo extemporáneo, ya que aduce que no se recurrió en su momento el PPT, ni la exclusión de la oferta efectuada por dicha empresa, por lo que considera que debe ser inadmitido.

Se motiva en el informe emitido a consecuencia de la interposición del recurso, la exigencia de la característica del "*Balón Piloto*", del siguiente modo: «*El set para incontinencia fecal dispone de un catéter rectal, compuesto a su vez de un balón de retención que una vez colocado el catéter en el recto del paciente no se visualiza. El balón piloto es un indicador visual y táctil que nos muestra que el globo de retención interno de baja presión ha alcanzado su volumen óptimo de llenado en el momento de la colocación del dispositivo de retención fecal y durante su uso, permitiendo al personal sanitario comprobar en todo momento el volumen adecuado de llenado, previniendo una sobreinflación o vaciado del globo de retención interno durante el uso del dispositivo.*»

Por su parte, el PPT describe el Set para incontinencia fecal de la siguiente manera: *«SET PARA INCONTINENCIA FECAL. CATETER RECTAL DE*

SILICONA O EQUIVALENTE CON BALON BAJA PRESION, PUERTO PARA IRRIGACION Y BALON PILOTO. INCLUYE 3 BOLSAS COLECTORAS DE 1000-1500ML Y JERINGA. LIBRE DE LATEX. USO PROFESIONAL».

La alegante a su vez argumenta que, si la recurrente no estaba de acuerdo con la configuración de las características técnicas de los productos que integran los Lotes del expediente y en concreto el Lote 18, debería de haber impugnado los pliegos en el momento oportuno. Si consideró aceptar los pliegos y presentar oferta en el procedimiento de licitación, se puede considerar que acepta el contenido de los pliegos y en concreto la configuración de las características técnicas del suministro que integraba dicho Lote.

Continúa, su alegación apelando a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para determinar las condiciones y requisitos del material a suministrar, estableciendo el pliego la necesidad que el material a suministrar en el Lote 18 contenga un dispositivo denominado "Balón Piloto", que permite conocer al «*profesional sanitario el estado de llenado del balón de retención que se halla introducido en la ampolla rectal del paciente crítico, y que puede permanecer introducido hasta 29 días. Sin la información que proporciona este balón piloto, el profesional sanitario no puede actuar en consecuencia para reducir el riesgo de sobre-llenado y ofrecer así la máxima seguridad al paciente. El balón piloto es, por lo tanto, un mecanismo de seguridad que aporta al profesional sanitario la información necesaria para monitorizar y regular el volumen introducido en el dispositivo.»*

Expuestos los términos del debate, en primer lugar, procede indicar que el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto por considerarlo extemporáneo, al considerar que la recurrente no recurrió en su momento ni el PPT, ni la exclusión de la oferta efectuada.

Examinado el expediente administrativo, el Acta nº 2 de 15 de septiembre de la Mesa de contratación indica que «el acuerdo de exclusión se notificará a las empresas afectadas, publicándose simultáneamente en la Plataforma de

Contratación del Sector Público con expresión de las razones por las que no se ha admitido su oferta atendiendo a lo establecido en el artículo 151 de la LCSP*».*

No consta en el expediente que se haya notificado la exclusión de la oferta de la recurrente, siendo que la misma tiene conocimiento de su exclusión con la notificación de la resolución de la adjudicación del contrato.

De ahí que proceda traer a colación la Resolución 512/2019 de 9 de mayo del Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales que respecto a los recursos contra actos de exclusión señala lo siguiente: *«el dies a quo se materializa en el artículo 19.3 del RPERMC, de modo que el inicio del cómputo comienza desde el día siguiente a la notificación individual realizada en debida forma conforme a los artículos 40.2 de la LPACAP. En suma, que la toma de conocimiento a la que se refiere la LCSP se acredita por la práctica de la notificación individual hecha en debida forma, pues así lo exige la debida garantía del derecho de defensa.*

Así por tanto, para determinar el inicio del cómputo de interposición del recurso es preciso, en primer lugar que exista una notificación individual practicada en la forma establecida por la disposición adicional decimoquinta, apartado 1 de la LCSP, y en segundo lugar que, de existir tal notificación individual, esta cumpla los requisitos establecidos por el artículos 40.2 de la LPACAP, de modo que si la notificación se ha realizado sin cumplimentar todas las exigencias legalmente previstas, incluyendo el pie de recurso, es aplicable lo establecido en los artículos 40.3 de la LPACAP y 19.5 del RPERMC. »

De la remisión del expediente contractual no hay constancia fidedigna de que se haya notificado el acto de exclusión, ya que únicamente consta que se ha publicado el acta de la Mesa de contratación, en los términos anteriormente transcritos, y por tanto que la única notificación practicada a la recurrente se ha llevado a cabo con la notificación de la adjudicación del contrato, que se limita

a señalar la puntuación obtenida por los adjudicatarios de los diferentes lotes, sin motivar ni justificar la exclusión de los licitadores.

Así, el presente supuesto coincide con el resuelto por este Tribunal administrativo en el Acuerdo 98/2019, de 19 de julio en el que al respecto se señalaba lo siguiente:

«(c)abe igualmente admitir recursos contra la exclusión de un licitador aun cuando éste no hubiese sido notificado individualmente con carácter previo a la adjudicación, y el licitador hubiera tenido noticia del acto por otros medios, tal y como acontece en el presente supuesto, pues aguardar o no a dicha notificación individual para recurrir es una facultad del licitador, sin que pueda recaer sobre él la carga de esperar a la notificación conjunta con la adjudicación, pues ello podría contravenir su derecho de defensa.

De otro lado, entre las competencias que se atribuye a la Mesa de contratación está la de determinar qué licitadores han de ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares conforme a lo dispuesto por el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –competencia también atribuida ex artículo 326.2.a) de la LCSP–; por tanto, la exclusión del licitador, en puridad no requiere –de lo contrario constituiría una mera propuesta– de ratificación o confirmación por parte del órgano de contratación.

Así, en el momento en el que la Mesa de contratación decide la exclusión, tal acto de trámite cualificado –en cuanto determina la imposibilidad de continuar el procedimiento licitatorio– surte efectos y puede ser, una vez conocido por el licitador afectado mediante cualquier vía, objeto de recurso, pues se le aparta de dicho procedimiento sin esperar a su notificación individual.

Ahora bien, en el presente caso, dado que no se ha producido la notificación personalizada del acto recurrido, sino que la actora ha tenido conocimiento de

la misma a través de la PCSP, no puede constatarse fehacientemente cuando la recurrente tuvo conocimiento de la posible infracción, por lo que debe considerarse que el recurso ha sido presentado en plazo, por aplicación de la doctrina que considera que no es posible reputar extemporáneo el recurso contra un acto de trámite no cualificado si no se ha producido la notificación personalizada del mismo, en virtud del principio pro actione.

Así, hay que estar a lo señalado en nuestro Acuerdo 28/2018, de 14 de mayo:
"En lo tocante a la tramitación del recurso especial, el artículo 19.5 del RPERMC introduce una importante diferenciación, al distinguir entre actos notificados y no notificados ex artículo 58.2 de la Ley 30/1992 (hoy, art. 40.2 LPAC); en efecto, el aludido precepto dispone lo siguiente: "Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia. Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso".

….

De esta manera, y de acuerdo con los razonamientos expuestos, al no haberse dado exacto cumplimiento al vigente artículo 40.2 de la LPAC (trasunto actual del art. 58.2 Ley 30/1992), resulta de aplicación al caso analizado la regulación

contenida en el último párrafo del citado artículo 19.5 del RPERMC, así como en el artículo 40.3 de la LPAC, en cuya virtud dicha notificación sólo puede quedar convalidada desde la fecha en que el interesado haya realizado actos que pongan de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o interpuesto el recurso procedente –tal y como ocurre en el presente caso– pues, a decir del Tribunal Constitucional (Sentencia 158/2000, de 12 de junio), "lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa a consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 58.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, recoge" (hoy, art. 40.2 LPAC).

Por cuanto antecede, resulta evidente que las notificaciones efectuadas han de cumplir con los requisitos legalmente establecidos, pues la notificación inexistente o defectuosa podría generar indefensión al interesado. Cabe entonces recordar que, como sostiene el Tribunal Constitucional (Sentencias 26/1999 y 210/1999, entre otras, de fechas 14 de abril y de 29 de noviembre de 1999, respectivamente), la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. La aplicación de la doctrina recogida en las Sentencias citadas, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, junto con consideraciones igualmente efectuadas, conducen a acoger la tesis mantenida por la recurrente y, en consecuencia, a considerar el recurso presentado en tiempo y forma ex artículo 19.5 del RPERMC."»

A mayor abundamiento en esta posición el Tribunal de Justicia en sentencia de fecha 24 de febrero de 2022 (Asunto C-532/20) considera que la interposición de un recurso contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de

adjudicación de contratos públicos solo puede garantizarse si el plazo establecido para la interposición del recurso comienza a correr a partir de la fecha en que la recurrente tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la supuesta infracción de dichas disposiciones. El plazo en que puede interponerse el recurso empieza a correr no a partir de la recepción de la decisión, sino de la fecha de la comunicación de las razones pertinentes de esa decisión que garantice que el destinatario tuvo o pudo tener conocimiento de las posibles infracciones que vicien tal decisión.

Por todo ello, en aplicación de dicha doctrina, este Tribunal administrativo debe concluir necesariamente que el recurso no es extemporáneo tal y como sostiene el órgano de contratación.

Continuando con el fondo del recurso, el artículo 139 de la LCSP, dispone que: *«las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones.»*

El TACRC en la Resolución 323/2020 de 5 de marzo, indica al respecto: «*En efecto, del artículo 139 de la vigente LCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego, y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las clausulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que su proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.»*

Como viene manifestando este Tribunal administrativo, ya desde su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo, los pliegos constituyen la ley del contrato y que han sido expresamente aceptados por el licitador ahora recurrente al presentar su oferta, por lo que vinculan de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la entidad contratante como a los licitadores que tomen parte en el procedimiento de contratación. En caso contrario, se estaría

alterando unilateralmente las cláusulas de los pliegos en perjuicio de los restantes licitadores, en contra del principio de igualdad de trato que debe prevalecer.

Y por ello todos los licitadores aceptaron y asumieron como norma de obligado cumplimiento, derivada de la presentación de la documentación en la forma y condiciones establecidas en los pliegos, la exclusión de las proposiciones de aquellos que incumpliesen las reglas de carácter obligatorio. Esta norma devino firme e inatacable. Y, tal y como hemos afirmado, en diversos acuerdos, por todos, el Acuerdo 48/2012 cuando los Pliegos son aceptados y consentidos, sin salvedad o reserva alguna, no es posible cuestionar la validez jurídica de las actuaciones que derivan de su estricta aplicación, pues se produciría un quebranto del principio del «*non venire contra factum propium*».

La consideración de los pliegos como ley del contrato vincula tanto a la Administración como a los licitadores, y el órgano de contratación ha de estar al procedimiento por él mismo establecido para la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido. Y así lo viene manifestando este Tribunal administrativo, por todos, en el Acuerdo 21/2020, de 28 de febrero.

Corresponde al órgano de contratación definir, concretar y determinar el objeto del contrato, en función de las necesidades que se planteen, todo ello basado en el principio de discrecionalidad técnica para decidir el objeto de la prestación y los requisitos técnicos del suministro, tal y como ya se ha puesto de manifiesto por este Tribunal administrativo en los Acuerdos 38/2020, de 21 de mayo, 64/2021 de 14 de julio. Donde se invoca la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de fecha 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15), la cual incide en el amplio margen de que disponen los poderes adjudicadores para determinar los elementos a tener en cuenta de cara a la adjudicación del contrato, siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Y continua el citado Acuerdo 38/2020: «(e)*ste criterio lo ha mantenido este Tribunal en el Acuerdo 86/2017, de 24 de julio, en el que además también se señala que: "En todo caso, y respetando los principios de la contratación pública (139 TRLCSP) (*actualmente, 132 LCSP) *, y en especial, el principio de igualdad de trato, que tiene por objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (por todas, STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo), debe volver a recordarse que el órgano de contratación goza de libertad para definir y determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen. Y así se ha señalado en nuestros Acuerdos 91/2015 y 56/2016 (criterio que igualmente sostiene el Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 115/2011 y 83/2012 al recordar la existencia de discrecionalidad técnica para decidir el objeto de la prestación)"*».

Asimismo, el TACRC en Resolución 244/2016, de 8 de abril mantiene que *«(el) contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él»*

Los pliegos no fueron en su momento impugnados, resultando hoy firmes e inatacables, de manera que el incumplimiento por parte de la recurrente supone la imposibilidad de efectuar el suministro conforme a las exigencias indicadas para la observancia del objeto del contrato. Por lo que se considera que la decisión de la Mesa de contratación es correcta y conforme a Derecho, se ha respetado el principio de igualdad de trato de los licitadores, en tanto que atender la pretensión de la actora, modulando las prescripciones del PPT de

forma interesada supone una quiebra manifiesta del principio de igualdad de trato a los licitadores que debe prevalecer en toda contratación pública, pues además el PCAP no admitía variantes, de modo que no puede acogerse su pretensión.

Por tanto, este Tribunal administrativo concluye que el motivo de recurso debe desestimarse.

TERCERO.- La recurrente, impugna en el segundo motivo de recurso la adjudicación del Lote 22, partidas 108, 109, 110 y 111, ya que se ha resuelto a un importe de cero euros, considerando que es absolutamente inasumible por un mercado de libre competencia, en el que el coste de los materiales, la fabricación y la distribución de los productos incorporados al citado lote, no pueden en ningun caso, representar cero euros.

El informe emitido por parte de la Subdirectora de compras y logística, en respuesta al recurso, indica que el lote 22 se compone de cuatro partidas, y la recurrente unicamente licita a dos de dichas partidas, la 108 y 109; no así a las partidas 110 y 111.

La alegante manifiesta que la recurrente carece de legitimación para impugnar la adjudicación, por lo que solicita que el recurso sea inadmitido. Aduce a tal efecto, que no ha presentado oferta a las partidas 110 y 111 por lo que no posee legitimación para el interponer el recurso, y en relación con las partidas 108 y 109 a las que si ha presentado oferta, una eventual estimación del recurso no le convertiría en adjudicatario del contrato, ya que su oferta ha quedado clasificada en tercer y quinto lugar, respectivamente, lo que en consecuencia determina que en este caso carezca también de interés legítimo.

Expuesta la controversia hay que atender en primer lugar a lo dispuesto en el PCAP, que establece en la letra B del cuadro resumen la posibilidad de licitar por sublote o partida dentro de un mismo lote, en el caso del lote 22, que se compone de las partidas 108, 109, 110 y 111.

Con carácter previo al examen del fondo del asunto, es necesario examinar si

la recurrente, como empresa que no se ha presentado a la licitación respecto de las partidas 110 y 111, está legitimada para interponer recurso especial frente a la adjudicación del contrato en las partidas recién indicadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP.

La legitimación activa del citado precepto se vincula, con carácter general, a la relación que media con el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona a la titularidad de un derecho o interés legítimo cuya tutela se postula, tal y como se ha declarado, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011 (casación 3381/08, FJ 5º), 16 de diciembre de 2011 (casación 171/2008, FJ 5º), o 20 de enero de 2012 (casación 856/08, FJ 3º).

Analizando- de un lado- la legitimación para recurrir las partidas 110 y 111 del Lote 22, a las cuales la recurrente no ha presentado oferta, como ya señaló este Tribunal administrativo en su Acuerdo 38/2013, de 11 de julio, «*esta regla general ex artículo 42 TRLCSP* (actualmente el artículo 48 de la LCSP) *excluye la posibilidad de que una empresa, que no participó en una licitación, pueda recurrir la adjudicación, con la salvedad de que se acrediten variaciones del contenido de las previsiones del Pliego que, desnaturalizando el objeto o el régimen jurídico, impliquen una alteración indebida, que de haber sido conocida, le hubiera permitido presentar una oferta. De tal manera que, cuando quien recurre un acto de adjudicación no ha concurrido a la licitación, debe justificar especialmente el interés que determinaría su legitimación pues, como hemos venido advirtiendo desde nuestro Acuerdo 44/2012, no existe una acción pública en materia de contratación*».

Para determinar si el interés que muestra la recurrente excede del mero interés por la legalidad, es preciso analizar si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería a la recurrente, en caso de prosperar su pretensión. Así, la recurrente no concurrió a la licitación de dos de las partidas correspondientes al lote impugnado, de

manera que la eventual estimación de este recurso no le convertiría en adjudicataria del contrato, por lo que el eventual interés que sustenta la recurrente, no reúne los requisitos legales exigibles, esto es, 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 la recurrente y sin que sea cierto y concreto, sino que es una mera invocación abstracta y general, es decir, una posibilidad de su acaecimiento.

Y en tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la sentencia 183/2020 de 22 de mayo, que desestimó la demanda interpuesta frente al Acuerdo 100/2018, de 15 de octubre de este Tribunal administrativo y por tanto confirmó, la inadmisión del recurso especial por falta de legitimación en la que se impugnaba el acto de adjudicación en una licitación a la que la recurrente no había concurrido, como en el en caso que nos ocupa, lo que hace concluir que la actora para impugnar las partidas 110 y 111 del Lote 22, carezca de legitimación.

De otro lado, respecto a la legitimación para recurrir las partidas 108 y 109 del Lote 22, procede traer a colación lo argumentado en los acuerdos de este Tribunal administrativo 92/2019 de 12 de julio y 122/2019 de 24 de septiembre que afirman que «(e)*n el presente supuesto, sentado que la actuación recurrida es la adjudicación del contrato, cabe reconocer legitimación a las empresas licitadoras cuyas ofertas no han sido seleccionadas en la medida en que –de prosperar el recurso– ello suponga la opción para la actora de resultar adjudicataria. Así las cosas, la eventual estimación del presente recurso en el que se interesa la exclusión de las ofertas de las licitadoras que han quedado en primera y segunda posición –por incumplimiento de los pliegos– sólo acontecerá en caso de acogerse todos y cada uno de los motivos que la recurrente (clasificada en tercer lugar) aduce para, de esa manera, alzarse ella con la adjudicación; en conclusión, el éxito de sus pretensiones depende de que logre hacer caer a las dos competidoras que le han precedido en la*

licitación».

En el presente supuesto la recurrente ha quedado clasificada en tercer y quinto lugar respectivamente; de ahí que, de prosperar el recurso, ello únicamente redundaría en mejorar una posición en la valoración en el supuesto de la partida 108 del Lote 22 y tres posiciones respecto de la partida 109 del Lote 22, pero, en ningún caso, en resultar adjudicataria del contrato.

Como ha mantenido este Tribunal en el Acuerdo 63/2021 de 14 de julio, «*la pretensión ejercida ha de perseguir la consecución de un beneficio cierto y concreto o la evitación de un perjuicio de las mismas características; siendo, además, objeto de impugnación la adjudicación del contrato, el recurso –de suyo– debe tender a que la actora pueda resultar adjudicataria del mismo por mor de su interposición, como regla general, la cual quiebra en el presente supuesto.»*

Condición que ha resaltado, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 554/2018, de 8 de junio, cuando afirma: «*Cuestiona GTT en sus alegaciones la legitimación del recurrente, dado que fue el último clasificado. Tal y como ha señalado este Tribunal en doctrina unánime y ya consolidada, la legitimación del recurrente debe basarse en la existencia de un interés legítimo y directo, es decir, en la expectativa de obtener un beneficio o evitar un perjuicio como consecuencia de la estimación de las pretensiones ejercitadas en el recurso, beneficio o perjuicio que han de ser concretos y no meramente hipotéticos o futuros y que en ningún caso pueden tener por objeto la mera defensa de la legalidad del procedimiento. Por tal motivo, la legitimación de quien ha quedado clasificado en último lugar, como ocurre en el presente caso, solo resulta admisible cuando la estimación del recurso daría lugar a que su valoración superara a la del primer clasificado, es decir, quedara su propia valoración situada en primer lugar (resoluciones nº 740/2015 o 656/2015, y las que en ellas se citan)*».

Por lo que en este supuesto de prosperar su pretensión únicamente le

reportaría una satisfacción moral sin más, sin que implique la legitimación para poder impugnar.

Todo ello conduce a este Tribunal a la conclusión de que la actora carece de interés legítimo para interponer recurso respecto a las partidas 108 y 109 del Lote 22, procediendo la inadmisión del presente motivo de recurso.

Apreciada así la inadmisibilidad del motivo de recurso, no procede el examen del otro de motivo de fondo planteado referente a la adjudicación del Lote 22, partidas 108, 109, 110 y 111 a cero euros. 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, como es, entre otros, la legitimación del recurrente.

CUARTO.- Sólo resta pronunciarse sobre la solicitud de imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP, solicitada por el órgano de contratación, alegando mala fe en la interposición del recurso con el consiguiente retraso en la formalización del contrato.

Según el artículo 58.2 de la LCSP: *«(e)n caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. (…) Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública*».

Este Tribunal tiene establecido (valga por todos, su Acuerdo 60/2017, de 8 de

mayo, junto con los que en él se citan) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso. Paralelamente, aunque la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría per se la imposición de la multa, su concurrencia debe apreciarse de modo patente y manifiesto, de tal manera que no exista duda alguna sobre que el ejercicio de su derecho por parte de la recurrente no se ha llevado a cabo legítimamente.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, en el presente recurso no cabe considerar que puede apreciarse de manera manifiesta, la mala fe por parte de la actora, por lo que no procede la imposición de la multa solicitada.

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 unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil “IGROBE RODAR 2001, S.L.U.”, frente a la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de bolsas colectoras y material de recogida de muestras y residuos con destino a los centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud. Lote 18», promovido por el Centro de gestión integrada y proyectos corporativos del Servicio Aragonés de Salud

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

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.

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.