RE 124/2014

Acuerdo 8/2015, de 16 de enero de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por TRADELEO, S.L, frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de Transporte de lencería, muestras de sangre y otros servicios para el Sector de Calatayud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III. Hospital «Ernest LLuch» de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución de 6 de noviembre de 2014, del Gerente de Sector de Zaragoza III, se aprobó el expediente de contratación, los pliegos y el gasto relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Servicio de Transporte de lencería, muestras de sangre y otros servicios para el Sector de Calatayud», convocado por la Gerencia del Sector Zaragoza III, Hospital «Ernest Lluch» de Calatayud (en adelante el Hospital), contrato de servicios tramitado mediante procedimiento negociado sin publicidad, tramitación anticipada, con un sólo criterio de adjudicación —precio—, y con un valor estimado conjunto, para los cuatro lotes en que se divide la licitación de 128 243,96 euros, IVA incluido.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación se establece un presupuesto de licitación

(para el conjunto de los cuatro lotes) de 52 993,37 €, IVA excluido, con posibilidad de prórroga por un periodo máximo de un año.

En el procedimiento se invitó a participar a ocho empresas.

Mediante Resolución de 4 de diciembre de 2014, del Gerente de Sector de Zaragoza III, se adjudicó el contrato a la empresa BOYACA, S.L, por un importe total de 49 422,355 €, IVA excluido, publicándose en el Perfil de contratante con esa misma fecha. En dicha publicación se ofrece la posibilidad de interponer frente a la adjudicación recurso de alzada.

SEGUNDO.- El 11 de diciembre de 2014 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, recurso interpuesto por D. Delfín Tascón Ríos en nombre y representación de TRADELEO, S.L. (en adelante TRADELEO) contra la resolución de adjudicación del referido contrato, que si bien es calificado por el recurrente como recurso de alzada se dirige al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

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

a) Mantiene y argumenta que se ha producido un fraccionamiento del contrato que está prohibido por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), eludiendo los requisitos de publicidad y eliminando la posibilidad de interposición de recurso especial.
b) Manifiesta la inadecuada utilización del procedimiento negociado sin publicidad, que tiene carácter excepcional. Considera que en dicho procedimiento, además de cumplir las premisas requeridas, se deben incluir los aspectos que serán

objeto de negociación, así como los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

c) Sostiene por último que se conculcan los principios de publicidad y concurrencia, al no haber sido invitada su empresa al procedimiento de licitación, cuando ha realizado el servicio objeto de licitación durante tres años sin incidentes.

Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso y se dicte resolución por la que se anule la licitación.

TERCERO.- El Tribunal solicita al Hospital, el 15 de diciembre de 2014, la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP. Con fecha 17 de diciembre, el Hospital remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón la documentación solicitada.

El 22 de diciembre de 2014, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso a los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Finalizado el plazo concedido no se ha recibido ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo, este Tribunal administrativo se debe pronunciar en relación al procedimiento de contratación y, en consecuencia, sobre el acto de

adjudicación derivado del mismo, y determinar si es un contrato susceptible de recurso.

En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial, en Aragón, los contratos de servicios son susceptibles de recurso especial cuando su valor estimado sea superior a 100 000 euros, (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 redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). En el presente procedimiento, el valor estimado se fija por el órgano de contratación, en su Resolución de 6 de noviembre de 2014, en 128 243,96 euros, IVA incluido, importe que corresponde a la suma de los cuatro lotes que integran la licitación, incluida la posibilidad de prórroga por un plazo máximo de un año.

A estos efectos, es importante recordar que el importe de la licitación a considerar es el del valor estimado del contrato, en los términos establecidos en el artículo 88 TRLCSP, y no el del presupuesto de licitación. Y para la fijación del valor estimado de un contrato hay que atender al importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación para la totalidad de los lotes, sin incluir el IVA, en su duración máxima prevista, debiendo tenerse en cuenta por tanto las eventuales prórrogas del contrato.

Se constata que en este procedimiento este valor estimado está mal calculado, puesto que el mismo debe realizarse sin incluir el IVA, y que el importe correcto asciende a 105 986,74 €, por lo que atendiendo a éste valor estimado el contrato es susceptible de recurso especial.

Queda así acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de conformidad con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011.

Asimismo, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma (artículo 44.2 TRLCSP), ya que resulta indiferente que el recurrente lo denomine como recurso especial en materia de contratación, pero lo interponga como recurso de alzada ante este Tribunal, ya que como se señala en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), *«El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».*

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la legitimación, ésta se cuestiona por el Director de Gestión y Servicios Generales del Sector de Calatayud, en su informe al recurso, al no haber participado TRADELEO en el procedimiento negociado, y carecer así de la condición de parte. En este punto es necesario precisar que, si bien es doctrina consolidada de los Tribunales administrativos de recursos contractuales considerar no legitimadas para interponer recurso especial a las empresas que, pudiendo haber participado en el procedimiento de contratación, no lo hicieron; se debe tener presente que en este supuesto, —como mas adelante se argumentará— el uso del procedimiento negociado sin publicidad es ilegal, pues debería haberse tramitado un procedimiento abierto en el que podría haber participado la recurrente. Supuesto análogo al admitido en la Resolución 75/2012, de 12 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Así lo ha establecido también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 504/2014, de 4 de julio, donde en un supuesto idéntico, otorga legitimación a una empresa no licitadora para interponer recurso especial, dado que no pudo presentar su oferta al tratarse de un procedimiento negociado sin publicidad. El TACRC admite su legitimación para interponer recurso, en base a la siguiente argumentación:

«Con ello, podemos desestimar la alegación que se ha realizado por la adjudicataria del procedimiento, (…) que en sus alegaciones presentadas en este recurso, postula que el recurrente no está legitimado activamente para su interposición, fundándose para ello en que no resulta licitador en el contrato (…) toda vez que la entidad recurrente, desde un punto de vista formal y global, es competente para el desarrollo de servicios análogos del que es objeto del presente recurso, siendo una entidad que pertenece al mismo sector de la actividad que la recurrente y que, por todo ello ostenta un interés legítimo en el recurso y en la eventual anulación de la resolución impugnada».

Por todo ello, este Tribunal considera acreditada la legitimación de TRADELEO para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, tuvo interés en presentarse a la licitación, máxime cuando además ha prestado en ocasiones anteriores algunos de los servicios incluidos en el objeto del presente contrato.

TERCERO.- Como ha quedado determinado en el fundamento primero de este Acuerdo, el valor estimado del presente contrato —105 986,74 euros IVA excluido—, en ningún caso permitía acudir, como hizo el órgano de contratación, al procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, limitado por el artículo 177.2 TRLCSP a aquellos

contratos cuyo valor estimado sea inferior a 60 000 euros. Tampoco ese valor permitía acudir al procedimiento negociado con publicidad, pues en todo caso se supera el valor estimado de 100 000 euros recogido como límite en el apartado e) del artículo 174 TRLCSP.

Conviene advertir, además, que aun por la cuantía, no hay libertad de elección de procedimiento, pues debe motivarse porqué se elige frente a otros procedimientos ordinarios (artículo 109.4 TRLCSP). Y como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, «*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato […]*». Por ello, todo procedimiento negociado —con o sin publicidad— debe justificar esta conveniencia de negociación y, desde la flexibilidad (Resolución 231/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) diseñar sus características. Obviamente, durante la negociación los poderes adjudicadores velarán para que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que éste les comunique, sin el acuerdo previo de éste. Por supuesto, el pliego y la invitación debera referir los criterios de negociación del contrato, su ponderación y método de negociación y cualquier otro requisito especial para participar y negociar en igualdad en la adjudicación del contrato.

Es decir, en un procedimiento negociado es característica esencial del mismo la negociación efectiva para conseguir la mejor relación

calidad/precio. Y sin negociación el procedimiento resulta ilegal y está viciado de nulidad de pleno derecho, tal y como se ha declarado por otros órganos de recursos contractuales (por ejemplo, Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra). De especial interés es la doctrina, fijada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 50/2011 (confirmada por las Resoluciones 231/2013, 453/2013, 145/2014 y 146/2014, y 829/2014), sin duda *leading case,* en la que se declara nulo el procedimiento de contratación seguido por un órgano de contratación por haber utilizado el procedimiento negociado para la adjudicación de un contrato y no haber procedido a negociar las ofertas con los licitadores:

«De lo anterior resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 160 de la Ley de contratos del sector público los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.

Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 162 de la Ley de contratos del sector público, no son equiparables a las proposiciones del artículo 129 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, en el expediente de referencia el único, que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Por lo que aquí interesa, el cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares en su apartado K) «Criterios de negociación del contrato», en su punto 1 justifica la elección del procedimiento —afectar la contratación a los intereses esenciales de la seguridad del Estado—, y en su punto 2 incluye al precio, además de cómo único criterio de adjudicación, como criterio, también único, que ha de ser objeto de negociación, en cuanto que resulta evidente que la justificación de la elección del procedimiento contenida en el punto 1 en ningún caso podrá ser objeto de negociación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe parece considerar a las ofertas presentadas por los licitadores como una fase de negociación, en cuanto que al referirse a las mismas señala que «este órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas, no recogió la posibilidad de abrir nuevas fases de negociación, dado que una vez abiertas las ofertas se adjudicaría al licitador que ofreciera el precio más económico para este organismo».

A este respecto, se debe señalar, en contra de lo manifestado por el Hospital en su informe al recurso, que la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el procedimiento de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego, es el precio.

La indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad —sin motivación—, supone la quiebra del principio de transparencia exigible a toda licitación pública (STJUE de 16 de septiembre de 2013) y es una evidente vulneración de los principios de publicidad, de igualdad entre los licitadores y de eficiencia, que obliga a declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 TRLCSP, que dispone que son causas de

nulidad de Derecho administrativo las indicadas en el artículo 62.1 LRJPAC (artículo 62.1.a), por vulneración del principio de igualdad; y artículo 62.1.e), por prescindir en sus principios del procedimiento legalmente establecido).

Si lo que se pretendía era una mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, el Hospital podía haber utilizado la tramitación simplificada del procedimiento abierto, recogida en el artículo 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, pero nunca utilizar de forma indebida, ni en fraude de ley, el negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

La estimación del recurso hace improcedente pronunciarse sobre la petición de imposición de multa planteada por el Director de Gestión y SSGG del Sector de Calatayud, en su informe al recurso, al no concurrir ni temeridad ni mala fe, sino el legítimo derecho al recurso.

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

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por D. Delfín Tascón Ríos en nombre y representación de TRADELEO, S.L, frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de Transporte de lencería, muestras de sangre y otros servicios para el Sector de

Calatayud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza III, Hospital «Ernest LLuch» de Calatayud, anular el acuerdo de adjudicación, así como el procedimiento de licitación en que recayó aquél, por ser nulo de pleno derecho.

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

TERCERO.- El Hospital deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.