

Recurso 100/2021

Resolución 227/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de junio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PERKINELMER ESPAÑA, S.L.** frente al acuerdo de la mesa de contratación, de 15 de febrero de 2021, referente al procedimiento de licitación del contrato denominado “Arrendamiento de equipamiento para análisis por espectrofotómetro de plasma acoplado inductivamente con el detector de masa para el Laboratorio de Salud Pública de Huelva” (Expte. CONTR 2020 00000670325), convocado por la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de noviembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 160.000 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público



(LCSP). Igualmente, le es de aplicación el 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el 12 de enero de 2021, tiene lugar la cuarta sesión de la mesa de contratación con objeto de analizar la subsanación de la documentación previa a la adjudicación del contrato a la entidad hoy recurrente. Una vez estudiada la misma, la mesa acuerda practicar requerimiento de aclaración al observar discrepancias en relación al certificado de personas trabajadoras con discapacidad, conforme al modelo establecido en el Anexo XVII del PCAP.

Posteriormente, el 21 de enero de 2021, la mesa de contratación se vuelve a reunir para el estudio de la documentación presentada y acuerda excluir del procedimiento de licitación a la entidad PERKINELMER ESPAÑA, S.L. por no cumplir con sus obligaciones en lo referente a personas trabajadoras con discapacidad y, por otro lado, practicar el requerimiento sobre documentación previa a la adjudicación a la entidad THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U.

Del citado acuerdo de exclusión se dio traslado a la ahora recurrente con fecha 22 de enero de 2021, publicándose en el perfil de contratante en igual fecha.

CUARTO. Con fecha 15 de febrero de 2021, una vez comprobada la documentación previa a la adjudicación, la mesa de contratación acuerda proponer la adjudicación del contrato a la entidad THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U. El citado acuerdo fue publicado en el perfil de contratante con fecha 16 de febrero de 2021.

QUINTO. Con fecha 8 de marzo de 2021, tiene entrada en este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por PERKINELMER ESPAÑA, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 15 de febrero de 2021 por el que se propone la adjudicación del mencionado contrato a la entidad THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U., presentado a través del Registro electrónico único de la Junta de Andalucía y dirigido a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior el mismo 8 de marzo de 2021.



SEXTO. Mediante oficio de 9 de marzo de 2021, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada el 15 de marzo de 2021 en este Tribunal.

SÉPTIMO. Con fecha 17 de marzo de 2021, mediante Resolución de la Secretaría General Técnica se acuerda la adjudicación del contrato a la entidad THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Desde un punto de vista formal, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio del análisis que se efectúa en el fundamento de derecho siguiente.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido, respectivamente, en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de suministros, con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que contra el citado contrato cabe recurso especial en materia de contratación, ex artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido, según señala la propia recurrente en su escrito, impugna *“La resolución de fecha 16 de febrero de 2021, dictada por la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, por la que se acuerda la adjudicación del EXPTE. 125/2020 de suministro de un Espectrofotómetro de Plasma*



acoplado inductivamente con el Detector de Masas, a favor de la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U.”.

Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de esta resolución, a la fecha de presentación del recurso aun no se había dictado la resolución por la que se adjudica el presente contrato, por lo que el recurso se dirige realmente contra la propuesta realizada por la mesa de contratación, sobre la base de que la oferta de la adjudicataria no cumple con los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas.

A este respecto, el artículo 44.2 b) de la LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso: *“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.*

En este sentido, es evidente que, aunque formalmente el recurso se interpone contra la propuesta de adjudicación, sustantivamente se está impugnando la indebida admisión de la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria, esto es, THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U.

En este sentido, PERKINELMER ESPAÑA, S.L. solicita la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato, y la exclusión de la oferta de THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U. para el caso de que, una vez revisada su oferta, se determine que no cumple con los mínimos solicitados en el pliego de prescripciones técnicas. En concreto, que el sistema ofertado no cuenta con un triple conjunto de elementos cuadripolares activos, que barrerán sincrónicamente para escoger la masa seleccionada, según consta publicado en su hoja técnica de especificaciones publicada en la web:

(<http://tools.thermofisher.com/content/sfs/brochures/PS-43318-ICPMS-iCAP-RQPS43318-EN.pdf>)



Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso, pone de manifiesto que el equipo ofertado por THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L. cumple las especificaciones técnicas así como las mejoras presentadas a la oferta. Señala que dichas especificaciones fueron comprobadas por el Laboratorio de Salud Pública de Huelva y reflejadas en su informe emitido con fecha 3 de diciembre de 2020.

Ahora bien, llegados a este punto y una vez expuesto lo anterior, hemos de traer a colación que, tal y como consta en el expediente, con carácter previo al acuerdo ahora impugnado, la mesa de contratación acordó la exclusión de la entidad recurrente, sin que conste a este Tribunal que este acuerdo haya sido impugnado, ni haya manifestación alguna al respecto en el escrito de recurso.

Del análisis conjunto del contenido del recurso y de la pretensión solicitada, se evidencia que la recurrente no ataca su exclusión, sino únicamente la indebida admisión de la propuesta como adjudicataria. Por tanto, el acto de exclusión de PERKINELMER ESPAÑA, S.L. del referido procedimiento de adjudicación ha de entenderse consentido y firme.

Pues bien, en el presente supuesto, la recurrente con ocasión del recurso interpuesto no combate su exclusión, lo que supone que consiente y acepta la misma, reconociendo implícitamente que incumple lo dispuesto en el pliego.

Lo anterior determina que la finalidad perseguida por la recurrente con la interposición del presente recurso es la exclusión de la entidad propuesta como adjudicataria.

Al respecto, procede traer a colación la Resolución 197/2020, de 4 de junio, de este Tribunal al disponer que *“Sobre lo anterior y como este Tribunal ha venido pronunciando (v.g. Resolución 439/2019, de 27 de diciembre, 44/2020, de 11 de febrero, 91/2020 y 95/2020 ambas de 13 de marzo), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sostiene que en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, las entidades licitadoras tienen un interés legítimo en que se excluya la oferta de las otras para obtener el contrato, con independencia del número de entidades participantes en el procedimiento y del número de ellas que haya interpuesto recurso.(...)”*

(...) en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, asunto C355/15, se dispuso que es admisible que una



licitadora que ha sido excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando la licitadora excluida y la adjudicataria del contrato son las únicas que han presentado ofertas y aquella licitadora sostiene que la oferta de la adjudicataria también debería haber sido rechazada.

En concreto en el apartado 33 y siguientes de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016 se establecía:

«33 De ello se infiere que el principio jurisprudencial sentado en las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), y de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), no es aplicable a la situación procesal y contenciosa controvertida en el litigio principal.

34 Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.

35 En estas circunstancias, no cabe interpretar el artículo 1, apartado 3, de la mencionada Directiva en el sentido de que se opone a que a un licitador como el consorcio se le niegue el acceso al recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, en tanto en cuanto deba considerarse a dicho consorcio un licitador definitivamente excluido en el sentido del artículo 2 bis, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Directiva.

36 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han



presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.»

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo (valga por todas las Sentencias de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 18 de abril de 2012) señala que una vez que la recurrente fue excluida del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carece de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo”.

Aplicando todo lo anterior al presente supuesto, se debe concluir que en tanto que la entidad PERKINELMER ESPAÑA, S.L. fue excluida del procedimiento de contratación y dado que no combatió tal decisión ante este Tribunal ni se tiene constancia que la impugnase judicialmente, aquella decisión ha devenido firme y consentida, quedando la entidad recurrente ajena al presente procedimiento de licitación, por lo que ningún beneficio puede obtener ya en el seno del mismo con la impugnación de la admisión de la empresa propuesta adjudicataria, lo que conlleva que carezca de legitimación para la interposición del presente recurso.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta impide entrar a conocer el resto de requisitos de admisión, así como los motivos de fondo en que el recurso se sustenta.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PERKINELMER ESPAÑA, S.L.** frente al acuerdo de la mesa de contratación, de 15 de febrero de 2021, referente al procedimiento de licitación del contrato denominado “Arrendamiento de equipamiento para análisis por espectrofotómetro de plasma acoplado inductivamente con el detector de masa para el Laboratorio de Salud Pública de Huelva” (Expte. CONTR 2020 00000670325), convocado por la Consejería de Salud y Familias, por falta de interés legítimo para recurrir.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

