Recurso 542/2021
Resolución 104/2022

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

Sevilla, 11 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXACTECH IBÉRICA, S.LU.** contra la resolución del órgano de contratación, de 11 octubre de 2021, por la que se adjudica el "Acuerdo Marco con una única empresa para el suministro de prótesis de rodilla, con cesión de uso de determinado equipamiento necesario para la utilización del material" agrupación 2 (lotes 13 a 22) (Expte 68/2020 PAAM 1/20), promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de marzo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 7.995.996,80 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la sesión de 18 de noviembre de 2020, la mesa de contratación adopta el acuerdo de exclusión de la oferta presentada por la entidad EXACTECH IBÉRICA, S.LU. (en adelante EXACTECH) respecto de la agrupación 2 (lotes 13 a 22). El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante el 23 de diciembre de 2020.

Contra el acuerdo de exclusión de su oferta la entidad EXACTECH presentó recurso especial en materia de contratación, tramitado con el número de procedimiento RCT 14/2021, que fue desestimado por Resolución 331/2021, de 16 de septiembre, que confirma la exclusión de su oferta respecto de la agrupación 2 (lotes 13 a 22).

El 11 de octubre de 2021, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del acuerdo marco anteriormente mencionado respecto de los lotes de la agrupación 2 (lotes 13 a 22). La citada resolución ha sido publicada en el perfil de contratante y notificada a la recurrente, respectivamente, el 9 y 12 de noviembre de 2021.

SEGUNDO. Con fecha 29 de noviembre de 2021, fue presentado en el Registro Electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EXACTECH contra la citada resolución de adjudicación de 11 de octubre de 2021.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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. Legitimación.

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 de lo que se expondrá más adelante.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación, de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación, de 11 de octubre de 2021, e indirectamente contra los pliegos rectores del procedimiento, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se declare la nulidad del apartado 2.4 del anexo al cuadro resumen del Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares (en adelante PCAP), respecto a la citada agrupación de lotes nº 2, ordenando lo procedente para que se inicie un nuevo procedimiento de contratación ajustado a Derecho.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos que de ser necesarios se reflejarán a lo largo de la presente resolución.

SEXTO. **Consideraciones del Tribunal. Sobre la legitimación ad causam de la entidad recurrente.**

Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial. Al efecto resulta de interés examinar las consecuencias del anterior recurso interpuesto por EXACTECH, contra la exclusión de su oferta, sobre el escrito impugnatorio ahora examinado contra la adjudicación del mencionado contrato.

Como se ha indicado en los antecedentes de hecho, la recurrente impugnó su exclusión del procedimiento de licitación habiendo sido resuelto dicho recurso por este Tribunal, en sentido desestimatorio, mediante Resolución 331/2021, de 16 de septiembre. De esta forma, ha de considerarse que el referido acto de exclusión ha quedado confirmado y firme en vía administrativa.

En el actual recurso -presentado ante este Tribunal con fecha 29 de noviembre de 2021- la recurrente solicita que se declare nulo todo el procedimiento de licitación respecto de los lotes impugnados, realizando una impugnación indirecta de los pliegos al considerar que el apartado 2.4 del anexo al cuadro resumen del PCAP es nulo de pleno derecho.

Sobre esta cuestión, en diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 360/2020, de 29 de octubre y 53/2022, de 28 de enero) y de otros órganos de resolución de recursos en materia contractual (v.gr. Resolución 149/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone 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 esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Teniendo en cuenta esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto, en el que la exclusión de la recurrente ha devenido firme en vía administrativa como consecuencia de la resolución desestimatoria de este Tribunal del recurso interpuesto contra aquella. De tal manera que, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación.

En este sentido, la eventual estimación del presente recurso, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría respecto a este acto impugnatorio beneficio alguno más allá que la potencial posibilidad de que resultara adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación si el órgano de contratación, tras una hipotética estimación del presente recurso, que supusiera la nulidad del procedimiento de licitación, decidiera convocar una nueva licitación -en idénticos términos- a la que la entidad ahora recurrente pudiere o le interesare presentarse. Tales circunstancias desbordan el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).».*

Lo expuesto conduce a que, en el presente supuesto, debe estimarse que dicha legitimación decae por cuanto se ha argumentado en el cuerpo de la presente resolución, lo que conlleva la inadmisión del escrito de recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.b) de la LCSP.

En cualquier caso, a mayor abundamiento y por zanjar el objeto del debate, este Tribunal concluye que aunque se aceptara a meros efectos dialécticos la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso el mismo habría de ser desestimado. En este sentido, la recurrente argumenta que el apartado 2.4. del cuadro resumen anexo al PCAP incurre en nulidad de pleno derecho. El mencionado apartado establece los criterios de adjudicación cuya valoración queda sujeta a juicios de valor -con una ponderación total de 30 puntos- y se configura un umbral mínimo para continuar el procedimiento de 10 puntos.

La recurrente argumenta que la configuración de este umbral conculca el artículo 146.3 de la LCSP, que establece que *«En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo»*. En este sentido, concluye, que el umbral que se debió establecer en el mencionado apartado 2.4. del cuadro resumen del PCAP tenía que ascender a 15 puntos en lugar de 10, dado que esta puntuación -15 puntos- supone el 50% de la máxima atribuida a los criterios de adjudicación cualitativos -30 puntos-.

A juicio de la recurrente el apartado 2.4. del cuadro resumen anexo al PCAP incurre en nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 39.1 de la LCSP en relación con el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) que prevé como causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: *«Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición»,* en tanto que dicha redacción de los pliegos ha permitido a determinadas entidades licitadoras -incluida la adjudicataria- a continuar en el procedimiento sin haber alcanzado el umbral mínimo que se debió haber establecido -15 puntos- en lugar de los 10 puntos que aparecen en el PCAP.

Al respecto cabe señalar la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (rec. 7644/2019) que recuerda la doctrina de los límites de la impugnación indirecta de un pliego de contratación al tiempo de recurrir los actos de adjudicación o exclusión sentada por la STS 398/2021 (rec. 4883/2019) que establece la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública: *«[…] Cabe excepcionalmente la impugnación*

indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva. […]».

Por un lado, recordemos que la jurisprudencia europea admite esa impugnación de los pliegos si resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente, algo que en el presente supuesto no concurre, dado que el apartado impugnado es claro en su configuración con independencia de que el mismo se haya establecido respetando el artículo 146.3. de la LCSP.

En este sentido, no admite dudas que la infracción alegada era claramente detectable a la vista de la configuración del PCAP rector del presente procedimiento de contratación, desde su publicación, lo que permitió a EXACTECH impugnarlo en el momento procedimental oportuno. Sin embargo, la recurrente presentó su oferta, aceptando de forma incondicional el pliego –ex Art. 139.1 LCSP- y ha esperado al resultado de la licitación, al no resultarle propicio, para poner de manifiesto la infracción de la que el mismo adolecía, impugnación que como este Órgano ha manifestado en otras ocasiones no se puede admitir, dado que los pliegos han devenido firmes al no haber sido impugnados en el momento previsto para ello y por tanto ahora se debe estar a su contenido que establece las reglas del procedimiento para todos los licitadores.

Por otro lado, la citada sentencia solo admite la impugnación indirecta cuando nos encontramos en casos tasados de nulidad de pleno derecho desde una perspectiva excepcional y restrictiva. Sobre esta cuestión, no resulta acertada la reconducción que realiza la recurrente del error en la configuración del umbral en el PCAP como nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 47.1.f) de la LPACAP dado que dicha infracción debe referirse -como indica la literalidad del precepto invocado- a la adquisición de derechos omitiendo los *«requisitos esenciales»* para su obtención, concepto de interpretación especialmente estricta y restrictiva para evitar precisamente la desnaturalización del sistema que prevé la nulidad radical como una excepción a la regla general.

Sobre esta cuestión el Consejo de Estado en su Dictamen 984/2016, de 19 de enero de 2017, concluye: *«en relación con esta causa de nulidad de pleno derecho, el Consejo de Estado ha señalado en numerosas ocasiones que debe ser objeto de una interpretación rigurosa, "por cuanto una mínima laxitud (...) arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar en cualquier momento no sólo actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido" (dictamen número 1.277/98, de 25 de septiembre, entre otros). En la misma línea, se ha dicho que "no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales", sino sólo aquellos que constituyen presupuestos básicos exigibles para que pueda citarse el acto administrativo" (así, dictámenes números 2.454/94, de 9 de febrero, 1.178/98, de 11 de junio).*

Por su parte, el Tribunal Supremo ha interpretado el calificativo "esenciales" como referido a aquellos requisitos "más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma del derecho" (Sentencia de 23 de noviembre de 2008). Y este Consejo ha subrayado (entre otros, dictámenes números 1.511/2011, de 13 de octubre, 1.536/2011, de 20 de octubre, 840/2014, de 23 de octubre, y 753/2015, de 24 de septiembre), que "la esencialidad presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna".»

De lo anterior, este Tribunal considera que la infracción alegada por la recurrente no puede ser considerada como constitutiva de una nulidad de pleno derecho, por los motivos anteriormente argumentados, ni tampoco se puede entender que la cláusula recurrida sea oscura o incomprensible por lo que, de no haberse inadmitido el recurso por falta de legitimación, el mismo habría resultado desestimado al no proceder la impugnación indirecta del apartado 2.4. del cuadro resumen del PCAP rector del presente procedimiento de licitación.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXACTECH IBÉRICA, S.LU.** contra la resolución del órgano de contratación, de 11 octubre de 2021, por la que se adjudica el "Acuerdo Marco con una única empresa para el suministro de prótesis de rodilla, con cesión de uso de determinado equipamiento necesario para la utilización del material" agrupación 2 (lotes 13 a 22) (Expte 68/2020 PAAM 1/20), promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por falta de legitimación de la recurrente.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE 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.