Recurso 223/2022
Resolución 353/2022

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

Sevilla, 30 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 25 de abril de 2022, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del lote 1 del contrato denominado «Servicio de limpieza, logística de gestión interna de residuos, suministro y reposición del material de higiene consumible y otros servicios complementarios con carácter social y medioambiental» convocado por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 408/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de junio de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 62.100.374,75 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por 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 por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El 25 de marzo de 2022, este Tribunal dictó resolución resolviendo el recurso especial en materia de contratación, tramitado bajo el número 34/2022 e interpuesto por EULEN, S.A. contra la adjudicación del lote 1 del contrato a la entidad FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. La citada resolución estimó el recurso y acordó la anulación del acto impugnado, disponiendo en su fundamento de derecho séptimo lo siguiente: *«respecto del recurso y el allanamiento producido, debe señalarse que la corrección de la infracción legal cometida, que ha sido anteriormente analizada, debe llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación del contrato de servicios, respecto del lote 1, retrotrayendo las actuaciones a dicho momento para que se proceda a excluir la oferta de la entidad Ferrovial Servicios SAU con continuación en su caso del procedimiento»*.

Reunida la mesa de contratación el 25 de abril de 2022, hace constar en el acta de la sesión lo siguiente: *«Conforme al Acuerdo de la Dirección Gerencia del Hospital Reina Sofía de Córdoba de fecha 20 de abril de 2022, como órgano de contratación de la Central Provincial de Compras, declarado de conformidad al fundamento de derecho séptimo de la Resolución núm. 155/2022, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta*

de Andalucía, del recurso especial en materia de contratación núm. 34/2022, que dispone la anulación de la resolución de adjudicación de fecha 3 de enero de 2022, referida al lote 1 de este expediente, y se retrotraen las actuaciones a dicho momento para que se proceda a excluir la oferta de la entidad Ferrovial Servicios SAU, la Mesa de Contratación, en cumplimiento de lo anteriormente expuesto, procede a la continuación del procedimiento excluyendo a dicha empresa del procedimiento del licitación.» Asimismo, la mesa acuerda proponer la adjudicación del lote 1 a la entidad EULEN, S.A. (EULEN, en adelante)

Según manifiesta la recurrente en su escrito, el 18 de mayo de 2022 se le notificó la anterior acta de la mesa de contratación en la que se acuerda la exclusión de su oferta. En el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación no se contiene dicha notificación, si bien el acta de 25 de abril -que la recurrente adjunta a su escrito de impugnación- aparece firmada por la Presidenta de la mesa el 18 de mayo y por la Secretaria el 17 de mayo.

SEGUNDO. El 8 de junio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. (FERROVIAL, en adelante) contra la exclusión de su oferta en el lote 1 del contrato referenciado.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, fue recibida en este Tribunal.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, las ha formulado EULEN.

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.

En su escrito de impugnación la recurrente esgrime una serie de argumentos para que se admita su legitimación en esta vía especial por las razones que en aquel constan. No obstante, hemos de señalar que, como licitadora cuya oferta ha resultado excluida, ostenta legitimación en el sentido amplio del término puesto que la decisión impugnada le ha originado un perjuicio. Por tanto, los argumentos que la recurrente esgrime a dichos efectos serán objeto de análisis posterior para determinar la viabilidad o no del recurso especial, si bien desde otra perspectiva procesal.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de servicios 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.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

Como ya se ha manifestado en los antecedentes de esta resolución, la recurrente manifiesta que el 18 de mayo de 2022 se le notificó el acta de la mesa de contratación de 25 de abril en la que se acuerda la exclusión de su oferta; y aun cuando en el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación no se contiene dicha notificación, la citada acta aparece firmada por la Presidenta de la mesa el 18 de mayo y por la Secretaria el 17 de mayo, no pudiendo haberse producido su notificación antes de dicha firma. Por tanto, tomando como fecha de notificación de la exclusión el 18 de mayo de 2022, el recurso se ha formalizado en plazo al haberse presentado en el registro de este Tribunal el 8 de junio.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Solicita que se declare improcedente la exclusión de su oferta y se admita; subsidiariamente, insta la declaración de nulidad del proceso de licitación.

En apoyo de estas pretensiones esgrime una serie de motivos, si bien con carácter previo - como ya se ha indicado en el fundamento tercero-, FERROVIAL aduce varios argumentos que pese a ir dirigidos a justificar su legitimación, requisito procesal que no se cuestiona por este Tribunal, exigen un análisis para determinar si el presente recurso es o no viable.

Así pues, la recurrente alega que su oferta resultó excluida en virtud de la Resolución 155/2022 de este Tribunal, dictada como consecuencia del recurso especial 34/2022 interpuesto por EULEN, que *"no entró a conocer el fondo del recurso como consecuencia del allanamiento llevado a cabo por la Directora Económica-Financiera de la Plataforma Logística Sanitaria de Córdoba*
(…)
Como se puede comprobar, el TARCJA no entró a analizar ninguna de las 67 páginas de las que constaban las alegaciones formuladas por mi representada para defender que su propuesta cumplía con las prescripciones del pliego, y que, por lo tanto, no procedía su exclusión".

Insiste en que el allanamiento provocó que este Tribunal no analizara el fondo del recurso 34/2022, ni las alegaciones frente al mismo de la ahora recurrente y anteriormente adjudicataria del lote 1; todo lo cual, a su juicio, le ha originado indefensión y manifiesta que si el presente recurso es inadmitido por falta de legitimación al haber sido previamente excluida su oferta, se vería perjudicada por el hecho de que la citada exclusión no haya tenido lugar en el momento de la valoración de las ofertas dentro del proceso de licitación.

Asimismo, señala que otra manifestación de la indefensión que se le ha provocado es que la mesa de contratación, en su sesión de 25 de abril de 2022, no tuvo la opción de pronunciarse acerca de si la modificación del informe de valoración técnica efectuado en virtud del recurso 34/2022 debía suponer la exclusión o no de su oferta y ello como consecuencia del allanamiento del órgano de contratación aceptado por este Tribunal. De este modo, considera que se mermaron las facultades de la mesa de contratación para decidir si su proposición cumplía o no las prescripciones del pliego.

Concluye la recurrente que de no admitirse su legitimación se vería privada, como consecuencia del allanamiento y de un supuesto error en la valoración de su oferta detectado a posteriori, de la función revisora de este Tribunal; toda vez que tendría que ser el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el que se pronunciase sobre la legalidad de la exclusión, sin que dicho acto se haya revisado previamente en vía administrativa. Y *"solicita al TARCJA, que si se fuese a inadmitir el presente recurso, antes de su inadmisión, dado lo ocurrido en el presente caso, que plantee una cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que fije un criterio en los casos en los que se allana el Órgano de Contratación para evitar que desaparezcan los legítimos derechos de los licitadores que se ven privados del derecho a defenderse en vía prejudicial, como consecuencia de que el Tribunal Administrativo no entre a conocer el fondo del asunto"*.

Por último, manifiesta que su legitimación se ve reforzada en la medida que impugnó en vía judicial y, por tanto, no es firme la Resolución 155/2022 de este Tribunal.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al recurso en base a los siguientes argumentos:

a) Se ha limitado a cumplir lo acordado por la Resolución 155/2022 de este Tribunal.

b) Como consecuencia del recurso 34/2022, se solicitó nuevo informe a la Subdirección de Servicios Generales, unidad encargada de la valoración técnica que había servido a la mesa de contratación para la evaluación de la oferta, emitiéndose aquel en los siguientes términos: *"Del estudio de dicha oferta, y de las características técnicas presentadas, no se pudo deducir o concluir, cuando se elaboró el Informe de Valoración de Criterios no Automáticos de este expediente, de fecha 25.11.2021 que consta en el expediente, que dicha máquina no cumpliera con las especificaciones establecidas en el Anexo XIII del Pliego de Prescripciones Técnicas, dado que la empresa en su oferta declaraba en varias ocasiones que la máquina ofertada utiliza peróxido.*

Consultado con el Área de Bioseguridad Ambiental de la Unidad de Gestión Clínica de Medicina Preventiva y Salud Pública Interniveles del Hospital Universitario Reina Sofía (que es la Unidad Técnica experta en la materia, que fijó las características técnicas que debía cumplir la máquina de peróxido que figuran en el mencionado Anexo XIII), a raíz del recurso interpuesto por la empresa Eulen, y una vez comparadas las características técnicas de la máquina propuesta por la empresa Ferrovial (utilizando para ello las fuentes de información adicionales a la oferta del sobre 2 de Ferrovial que se citan en el mencionado informe) con las exigidas en el Anexo XIII del PPT, la Directora de dicha Unidad de Gestión Clínica emite informe al respecto, concluyendo que los biocidas que utiliza la máquina ofrecida por Ferrovial NO SON PEROXIDO DE HIDROGENO".

Al ser el pliego de prescripciones técnicas (PPT) "lex contractus" que vincula a todas las partes y haberse producido un manifiesto error de hecho, no cabía otra opción que allanarse a las pretensiones de la recurrente EULEN, S.A.

3. Alegaciones de la entidad interesada en el procedimiento.

Se opone al recurso esgrimiendo, en síntesis, que la recurrente no puede discutir su exclusión ante el mismo Tribunal que ya se ha pronunciado sobre tal cuestión y que la única posibilidad que le asiste es acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, sostiene que no se ha provocado indefensión a FERROVIAL, puesto que este Tribunal entró a conocer del fondo y llegó a la conclusión de que el equipo ofertado por dicha empresa no cumplía las características del PPT tras examinar el informe del órgano de contratación.

Por último, argumenta la correcta exclusión de la oferta formulada por la recurrente.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal

La Resolución 155/2022 de este Tribunal estimó el recurso 34/2022 interpuesto por EULEN contra la adjudicación del lote 1 del contrato a la ahora recurrente, al estimar, tras el ánalisis del expediente y de las alegaciones de las partes, que la oferta de la entonces adjudicataria había incumplido el PPT. En la estimación del citado recurso fue decisivo el allanamiento del órgano de contratación a las pretensiones de EULEN, allanamiento que tuvo su sustento técnico en el informe emitido por la Subdirección de Servicios Generales del hospital el 3 de febrero de 2022, donde se evidencia que la máquina ofertada por la ahora recurrente no utiliza peróxido de hidrógeno como exige el PPT.

A la vista de lo anterior, la Resolución 155/2022 acogió los argumentos de fondo del recurso y lo estimó; cuestión distinta es que dicha estimación tuviera su fundamento en el allanamiento del órgano de contratación, allanamiento que venía avalado por un nuevo informe técnico en el que se motivaba el incumplimiento del PPT por parte de la oferta de la adjudicataria en el lote 1.

Así pues, la indefensión que invoca FERROVIAL no se ha producido pues la resolución del Tribunal analizó el fondo de la controversia y estimó el recurso al considerar, con apoyo en el art. 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que el allanamiento era conforme a derecho, estaba argumentado y no constituía infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Para llegar a esta solución el Tribunal hubo de examinar las alegaciones de las partes, pues no se olvide que no estaba condicionado por el allanamiento producido y que, de haberlo considerado contrario al ordenamiento jurídico, no habría estimado el recurso y habría dictado la resolución que procediera, tal y como impone el citado precepto legal de la LJCA cuyo tenor es el siguiente: "*Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho".*

Tampoco se aprecia indefensión de la recurrente en base al argumento de que se mermaron las funciones de la mesa al acordar directamente la exclusión de su oferta, sin entrar a valorar el informe técnico emitido con ocasión del recurso 34/2022. El citado informe técnico se examinó en su momento por este Tribunal y sirvió de apoyo al allanamiento y a la posterior resolución estimatoria del recurso; pero una vez dictada esta, en ejecución de la misma, la mesa solo tenía que cumplir el mandato del Tribunal sin entrar en nuevas disquisiciones sobre el informe técnico referido, puesto que su única función en aquel momento era ejecutar la decisión de este Órgano que anulaba la adjudicación y acordaba la retroacción de actuaciones para que se procediera a la exclusión de la la oferta de FERROVIAL.

En este escenario huelga señalar que tampoco procede el planteamiento de cuestión prejudicial alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como apunta la recurrente en su escrito. El artículo 19.3 del Tratado de la Unión Europea establece que *"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:*

a) (...)
b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones" y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que *"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

a) sobre la interpretación de los Tratados;
b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal (...)".

Parece claro, pues, que el planteamiento de la cuestión prejudicial debe referirse a la interpretación o validez del Derecho de la Unión Europea, y no a cuestiones de hecho planteadas en el procedimiento principal como aquí acontece donde la recurrente, sin cuestionar la interpretación de ninguna norma de la Unión, plantea una tesis singular y errónea, a juicio de este Tribunal, referida a la privación de su derecho al recurso especial en los casos en que se produce el allanamiento y el Tribunal no entra en el fondo. Y es errónea, a criterio de este Órgano, por cuanto el allanamiento no determina la automaticidad en la estimación del recurso en los términos que antes hemos argumentado.

En cualquier caso, este Tribunal no ha negado legitimación a la recurrente para la interposición del recurso. De este modo, los argumentos jurídicos de FERROVIAL eran innecesarios en el intento de fundamentar su legitimación. Ahora bien, el hecho de que ostente en abstracto interés legítimo en el recurso no determina sin más la viabilidad de este, pues la controversia que se suscita en el mismo versa en definitiva sobre el cumplimiento o no del PPT por parte de la oferta de la recurrente y tal cuestión ya fue objeto de examen en nuestra Resolución 155/2022, sin que pueda ser reproducida de nuevo dicha controversia en esta misma sede administrativa, ni pueda admitirse la impugnación de la exclusión acordada por la mesa que es un acto de mera ejecución de la citada resolución del Tribunal.

En definitiva, con arreglo a la doctrina asentada por este Tribunal ante situaciones similares a la aquí producida (v.g. Resoluciones 317/2018, 15/2019, 454/2021 y 197/2022), la interposición del presente recurso especial reabre una cuestión litigiosa sobre la que ya se ha pronunciado este Órgano y que quedó zanjada en la Resolución 155/2022. Lo que ahora pretende la recurrente es un cambio o modificación de criterio por parte del Tribunal, pretensión que legalmente no es posible puesto que no cabe que este Órgano pueda revisar sus decisiones, siendo así que la única vía de que disponía la recurrente para combatir el sentido de la misma, era la impugnación de la citada Resolución en la vía jurisdiccional contencioso administrativa, lo que ha hecho y así acredita.

En tal sentido, el artículo 59 de la LCSP viene a señalar que la resolución del recurso especial solo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, siendo directamente ejecutiva y sin que proceda la revisión de oficio de la misma.

En consecuencia, el recurso examinado debe inadmitirse al plantear una controversia sobre la que ya se pronunció este Tribunal en su Resolución 155/2022, con infracción del artículo 59 de la LCSP.

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 **FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 25 de abril de 2022, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del lote 1 del contrato denominado «Servicio de limpieza, logística de gestión interna de residuos, suministro y reposición del material de higiene consumible y otros servicios complementarios con carácter social y medioambiental» convocado por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 408/2021,) al plantear una controversia sobre la que ya se pronunció este Tribunal con ocasión de un recurso anterior.

SEGUNDO. 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 personas 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.