

Recurso 401/2022
Resolución 526/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 7 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LIESNO BUNO S.L.** contra el acuerdo de 28 de septiembre de 2022 de adjudicación del «Acuerdo marco con una única empresa por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo y precio unitario del sistema flash de monitorización de glucosa para los centros del Servicio Andaluz de Salud» (Expte. CCA.6DUGWA1), convocado por el Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de agosto de 2022 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento negociado sin publicidad del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 194.670.304,50 euros. Asimismo, los pliegos de la licitación, la memoria justificativa y el acuerdo de aprobación del expediente fueron publicados dicho día en el citado perfil de contratante.

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). 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Consta publicado el 30 de septiembre de 2022 en el mencionado perfil de contratante anuncio de adjudicación del acuerdo marco a favor de la entidad ABBOTT LABORATORIES S.A. (en adelante la adjudicataria), figurando como fecha de adjudicación el 28 de septiembre de 2022.

SEGUNDO. El 24 de octubre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad LIESNO BUNO S.L. (en adelante la recurrente) contra la citada adjudicación del acuerdo marco.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 25 de octubre de 2022 se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

El mismo día 25 de octubre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 3 días hábiles a la entidad ahora recurrente para que formulara las alegaciones que considerase oportunas sobre una posible causa de extemporaneidad del recurso presentado, que fueron recibidas en este Órgano el 28 de octubre de 2022. En ellas la recurrente vuelve reiterar los argumentos ya esgrimidos en su escrito de recurso.

Ante la falta de atención por parte del órgano de contratación al requerimiento realizado, la documentación solicitada le fue reiterada el 28 de octubre de 2022, habiéndose recibido en este Tribunal el 2 de noviembre de 2022.

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. 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.

TERCERO. Legitimación y plazo de interposición.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial contra el acuerdo de adjudicación del acuerdo marco, dado que la misma, según la documentación que obra en el procedimiento de recurso, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece 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.»*

Al respecto, en diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, Resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 337/2018, de 30 de noviembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 172/2020 de 1 de junio, 242/2021, de 17 de junio y 381/2022, de 13 de julio) 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.



Sobre esta base jurisprudencial, debe indicarse 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 acuerdo marco. En consecuencia, 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 procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

En el presente supuesto, la recurrente impugna el acuerdo de adjudicación de 28 de septiembre de 2022, solicitando su nulidad y por extensión la de los pliegos así como que se mantenga la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del presente recurso.

Al respecto, denuncia por un lado la indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad con una única empresa al existir varias soluciones técnicas disponibles que cumplen la misma finalidad, y por otro lado, que el aparato ofertado por la entidad adjudicataria incumple un requisito esencial del pliego de prescripciones técnicas.

Asimismo, entiende la recurrente que su legitimación para la interposición del presente recurso deriva de que: i) la adjudicación impugnada provoca la exclusión de su empresa del mercado y de la posibilidad de suministrar sus dispositivos de monitorización de glucosa a los centros dependientes del Servicios Andaluz de Salud durante un periodo mínimo de 12 meses, ampliable durante 36 meses adicionales; ii) aun cuando no tenga la condición de licitadora está activamente legitimada para interponer este recurso especial dado que el único motivo por el que no ha podido (más bien, se le ha impedido) concurrir a la licitación reside, precisamente, en la indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad con una única empresa; iii) es una sociedad española que tiene la condición de distribuidor en España de los sistemas de monitorización de glucosa fabricados por su sociedad matriz, que ha resultado adjudicataria de contratos públicos de suministros análogos a los que son objeto del presente acuerdo marco; y iv) la finalidad de este recurso especial es precisamente remover y eliminar las restricciones que de manera artificial se han introducido en los pliegos que han servido de fundamento a la adjudicación que se recurre y que le han imposibilitado acceder a la licitación.

En este sentido, para reforzar su alegato trae a colación las Resoluciones 196/2019 y 75/2012 de este Tribunal y la 363/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, procede poner de manifiesto que no habiendo presentado oferta la recurrente, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, ninguna legitimación ostenta para impugnar la adjudicación, ya que en modo alguno puede resultar adjudicataria del presente acuerdo marco, estando como ya se ha expuesto, el interés legítimo para impugnar la adjudicación ligado a la posibilidad cierta y real de obtener la misma en caso de una eventual estimación del recurso, sin que, por otra parte, el hecho de haber impugnado previamente los pliegos, que no es el caso como se expondrá más adelante, pudiera conferir a la recurrente legitimación para impugnar los actos posteriores dictados en el procedimiento de adjudicación.

En cuanto a las resoluciones de este Órgano alegadas por la recurrente, es necesario indicar que en ninguna de ellas se dan supuestos similares al que se analiza. La 196/2019 se refiere a un recurso contra los pliegos, no contra la adjudicación por quien no es licitadora como ocurre en el presente caso. Asimismo, respecto de la 75/2012 de este Tribunal, según consta en la propia resolución la primera publicación que se efectúa de la licitación en el perfil de contratante es la de la adjudicación del contrato, único momento en el que la recurrente pudo tener



conocimiento de la existencia del procedimiento; sin embargo, no es eso lo que ocurre en el supuesto que se examina en el que consta publicado en dicho perfil el anuncio de licitación y los pliegos y demás documentación el 16 de agosto de 2022, como se expondrá más adelante.

Por último, respecto a la Resolución 363/2017 del TACRC, basta citar las siguientes entre otras más recientes en las que dicho Tribunal mantiene la misma doctrina que este Órgano, sobre la falta de legitimación de la recurrente que pese a no haber concurrido a la licitación interpone un recurso contra la adjudicación, tales como las Resoluciones 121/2018, 838/2018, 1409/2019, 1533/2019, 700/2020, 898/2020, 1244/2020, 173/2021, 267/2021, 1364/2021 y 915/2022.

Por tanto, en el presente supuesto con la estimación de sus pretensiones -anteriormente expuestas- la recurrente no obtendría beneficio alguno mas allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación si el órgano de contratación la convocara, con la aprobación de unos nuevos pliegos, excediéndose en cualquier caso 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.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión del presente recurso, por falta de legitimación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 apartado b) de la LCSP. lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del mismo, así como entrar a conocer los motivos de fondo en que el este se ampara y emitir un pronunciamiento sobre la solicitud de mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación.

No obstante lo anterior, a mayor abundamiento, procede señalar que de los dos motivos de impugnación alegados se desprende que aunque formalmente la recurrente combate la adjudicación del acuerdo marco, lo cierto es que en el primero de ellos, en el que denuncia la indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad con un única empresa al existir varias soluciones técnicas disponibles que cumplen la misma finalidad, sustantivamente en ningún momento esgrime argumentos contra este acto, sino que se limita a cuestionar el procedimiento de adjudicación empleado por entender que el mismo provoca la exclusión de su empresa del mercado y de la posibilidad de suministrar sus dispositivos de monitorización de glucosa a los centros dependientes del Servicios Andaluz de Salud durante un periodo mínimo de 12 meses, ampliable durante 36 meses adicionales, lo que constituye un recurso indirecto contra los pliegos transcurrido el plazo legalmente establecido para ello.

Sobre la admisión del recurso indirecto contra los pliegos, se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, entre otras muchas en sus resoluciones 150/2018, de 23 de mayo, 34/2019, de 14 de febrero, 134/2019, de 26 de abril, 316/2020, de 24 de septiembre y 242/2021 de 17 de junio, estableciendo como única excepción a la regla de la inimpugnabilidad de los pliegos cuando estos devienen firmes, que el vicio o irregularidad afectante a los documentos contractuales no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de diferentes cláusulas de los pliegos, circunstancia que no acontece en el presente supuesto donde la entidad recurrente ni siquiera es licitadora en el procedimiento toda vez que no ha presentado oferta al mismo, ni impugno la licitación en el momento procedimental oportuno.

En este sentido, la recurrente trata de justificar la impugnabilidad de los pliegos con ocasión del recurso contra la adjudicación, con base en la Resolución 310/2015, de 3 de septiembre, que reproduce parcialmente. Sin embargo, obvia la referencia que dicha resolución hace de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12



de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, que en los apartados 52 a 58, declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, circunstancias que no se dan en el supuesto examinado, en el que la elección de procedimiento de adjudicación mediante negociado sin publicidad, quedaba meridianamente claro en el anuncio y los pliegos publicados el 16 de agosto de 2022, sin que hubiese que esperar a la adjudicación para que una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente pudiese percatarse de ello.

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 **LIESNO BUNO S.L.** contra el acuerdo de 28 de septiembre de 2022 de adjudicación del «Acuerdo marco con una única empresa por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo y precio unitario del sistema flash de monitorización de glucosa para los centros del Servicio Andaluz de Salud» (Expte. CCA.6DUGWA1), convocado por el Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Consumo, por falta de legitimación para su interposición.

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

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.

