Recurso 268/2023
Resolución 339/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 23

de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MACRUN S.L.**, contra el anuncio y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro con instalación de una calandra para la central provincial de procesado de ropa hospitalaria (CPPRH) del SAS en el Hospital Universitario Reina Sofia (HURS) de Córdoba, financiado 100% por fondos REACTEU, mediante procedimiento negociado sin publicidad (PNSP 21/23)» (Expte. CONTR 2023 0000387181), promovido por el Hospital Universitario Reina Sofia 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 28 de abril de 2023 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 contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 194.470,00 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo día.

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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

SEGUNDO. El 22 de mayo de 2023 se presentó en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MACRUN S.L. (en adelante la recurrente), contra el anuncio y los pliegos de la licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el mismo día 22 de mayo de 2023, 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. Lo solicitado tras ser reiterado el 25 de mayo de 2023 fue recibido en este Órgano el 26 de mayo de 2023.

El mismo 26 de mayo de 2023, este Tribunal dicta la Resolución M.C. 60/2023 en la que se acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

La Secretaría del Tribunal, con objeto de conceder a la recurrente el acceso al expediente de contratación solicitado, requirió al órgano de contratación para que aportarse la documentación relacionada con la vista, la cual pudo celebrarse en la sede de este Órgano el 31 de mayo de 2023. Al respecto, el día 9 de junio de 2023 la entidad recurrente presenta en el registro del Tribunal, a través de la Administración General del Estado, escrito de ampliación del recurso inicial, el cual fue remitido para su informe al órgano de contratación, que lo aportó siendo recibido en este Órgano el 13 de junio de 2023.

Por último, el 12 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto, incluida su ampliación, que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna 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.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, 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.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando la no concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para que el contrato solo pueda encomendarse a una única persona empresaria, ponen de manifiesto que el anuncio y los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos en un contrato 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.a) y 2.a) de la LCSP.

CARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el anuncio de licitación fue publicado el 28 de abril de 2023 en el perfil de contratante, día en el que los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante, por lo que el escrito de impugnación presentado el 22 de mayo de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartados a) y b) 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. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el anuncio y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación de mismo se declare *«nulo o anulable dicha licitación y sus Pliegos por ser contrarios a Derecho, por los motivos expuestos.»*.

La recurrente tras citar y reproducir, en parte o en su totalidad, entre otros, la motivación de la memoria justificativa relativa a la elección del procedimiento de licitación, los artículos 168 de la LCSP y 32 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, los apartados 60 y siguientes de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2007, asunto C-6/05, el informe 2/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, la Resolución 13/2019, de 30 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y la Resolución 574/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirma que la entidad figura en los pliegos como la única posible proveedora (en adelante la entidad proveedora) no es fabricante de maquinaria (en este caso calandras) sino que su actividad es la comercial o de distribución por lo que no es correcto ni preciso decir que es el único que puede *"realizar la contratación"*, de hecho, es un mero distribuidor de maquinaria industrial para lavandería con sede en Madrid y que comercializa la marca del fabricante de la calandra para línea de planchado industrial exigida en los pliegos (en adelante la fabricante).

En este sentido, señala el recurso que es cierto que las otras dos máquinas que intervienen en el proceso (introductora y plegadora) son de la fabricante, pero no se ajusta a la verdad que sólo sean compatibles con calandras de la fabricante; ello lo desmiente el hecho indubitado de que la actual calandra instalada y que se pretende sustituir es de la marca "Lapauw", es decir, de otro fabricante distinto, que además ha estado funcionando satisfactoriamente y con plena compatibilidad técnica. Al respecto, señala la recurrente que es sorprendente que se apele a una supuesta "incompatibilidad" de una calandra de una marca distinta de la fabricante que ha funcionado durante 15 años "*trabajando siete mañanas y cuatro tardes a la semana*", como indica la propia memoria justificativa, ello sin perjuicio de que haya tenido que repararse en alguna ocasión.

Asimismo, señala la recurrente que entrando en la cuestión técnica y sobre la base de las empresas fabricantes y mercado actual puede afirmarse con rotundidad que es técnicamente posible la configuración de la maquinaria actualmente en funcionamiento en Córdoba (introductoras y plegadoras de la fabricante) con calandras de otras empresas fabricantes, resultando paradójico que se diga que sólo la fabricante puede proporcionar el equipo que se licita, cuando la calandra que lleva funcionando los últimos 15 años es de otra empresa fabricante.

Acto seguido, el recurso tras traer a colación según menciona a título ilustrativo determinados supuestos en los que existen trenes de lavado con una combinación de equipos de empresas fabricantes, indica que existen alternativas razonables en el mercado, empezando por la situación actual de ejecución del contrato que ha venido cumpliéndose durante 15 años con una máquina *"Lapauw"* compatible con las de la fabricante. A mayores, indica el recurso que no es inhabitual en este tipo de máquinas una mezcla de empresas fabricantes y maquinaria y no es obligatorio que todas tengan que ser de la misma empresa fabricante, siendo lo relevante la

compatibilidad técnica y no la exclusividad técnica que excluiría del mercado la neutralidad tecnológica, en beneficio de una única exigencia técnica.

Asimismo, el recurso tras citar y reproducir en parte el considerando 50 de la Directiva 24/2014, afirma que si se esgrime una exclusividad basada en razones técnicas -como es el supuesto que se analiza- estas *"deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular*", lo que no concluye en el caso que nos ocupa, dado que a su entender la información de la memoria justificativa no cumple, desde luego, con una definición ni justificación rigurosa para el caso particular que se examina.

Concluye la recurrente indicando que en el caso de la licitación de Córdoba parece llano y claro que se apela a otros motivos (como la urgencia, o incluso una mera compatibilidad) que, con ser legítimos condicionantes de una licitación pública, no sirven *"per se"* para justificar una medida de tanta gravedad como es limitar la concurrencia en el ámbito de los contratos del sector público, que es lo que se ha buscado en este licitación en forma de negociado sin publicidad con exclusividad por razones técnicas, que no se ajusta a los requisitos de la Ley.

Por último, en el escrito de ampliación del recurso, la recurrente además de ratificarse en cuantos argumentos y pruebas se aportaron al escrito de interposición del recurso principal, tras analizar el informe y el certificado de exclusividad, denuncia una serie de omisiones, incongruencias y falsedades, indicando que en el citado informe de exclusividad no concurre justificación de la elección del procedimiento por los motivos expuestos.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Afirma el órgano de contratación en el informe al recurso que sí se dan suficientes razones técnicas de exclusividad, que permiten, a su juicio, licitar mediante el procedimiento excepcional del artículo 168 a).2º,,, dándose al mismo tiempo, los dos requisitos que han sido puestos de manifiesto en la Resolución 196/2019, de este Tribunal, que establece que: *"En consecuencia dicho procedimiento debe ser objeto de una interpretación restrictiva y, en todo caso su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que esas razones hagan "absolutamente necesaria" la adjudicación del contrato a una empresa determinada*", requisitos que afirma el órgano de contratación que son puestos de manifiesto en el informe de exclusividad emitido por la Dirección de Servicios Generales del 11 de abril de 2023, que transcribe.

Acto seguido, el informe al recurso indica que no obstante, y dada la trascendencia del recurso, se ha solicitado informe al respecto a la Dirección de Servicios Generales, habiéndose emitido con fecha 25 de mayo de 2023, el cual se adjunta, y donde se establece expresamente una serie de puntos que acreditan las razones por las que el expediente debe tramitarse por el procedimiento de exclusividad por razones técnicas, tras lo cual señala que del citado informe se deduce que: i) no existen otras alternativas; y ii) en el mismo se definen y justifican rigurosamente para este caso en particular la citada exclusividad y, en concreto, se basa en que la marca de la fabricante, es la única que asegura el cumplimiento de las necesidades concretas que se pretende satisfacer con la licitación, destacándose requisitos específicos en materia de interoperabilidad entre los distintos componentes de la calandra, rendimiento y seguridad, que deben cumplirse necesariamente a fin de garantizar la idoneidad del suministro objeto de este contrato, y que, por tanto, solo la empresa distribuidora de la fabricante está en disposición de realizar.

En ese sentido, indica que en la mencionada Resolución 196/2019, de este Tribunal, se señala que *"Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse"*. Así pues, solo un único operador económico puede cumplir las prescripciones técnicas de la licitación, al ser estas las necesidades concretas que desea cubrir este órgano de contratación, lo que justifica el procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica.

Por otra parte, afirma el informe al recurso, que debe tener en cuenta ese Tribunal que la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, en su disposición final vigésima séptima, da nueva redacción al apartado a).2.º del artículo 168, que queda redactado como sigue: *«[…] 2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte única no integrante del Patrimonio Histórico español o actuación artística única; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.»*. Lo anterior, ha supuesto que desaparece el siguiente párrafo *«La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato»*.

A juicio del informe al recurso, esta modificación normativa, parece apuntar a una cierta flexibilización de las reglas aplicables al procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad, pero, no obstante, debe reiterarse que, a criterio de este órgano de contratación, se dan razones técnicas que justifican adecuadamente el procedimiento de licitación.

En el informe a la ampliación del recurso, el órgano de contratación, se reitera en el contenido del informe emitido el pasado 26 de mayo de 2023, donde se adjuntaba informe de la Dirección de Servicios Generales, en el que se da respuesta a las diferentes alegaciones planteadas por la recurrente; no obstante, y a mayor abundamiento, se acompaña nuevo informe emitido por la Dirección de Servicios Generales de fecha 13 de junio de 2023, donde se reiteran y refuerzan las citadas argumentaciones, por lo que, y en base a los citados informes, se concluye que las prescripciones técnicas de la presente licitación solo pueden ser cumplidas por un único operador económico, concretamente la empresa distribuidora en exclusiva de la marca de la fabricante, al ser estas las necesidades concretas que desean cubrir, lo que justifica el procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre la interpretación del apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24), dispone en su artículo 32 en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Artículo 32
Uso del procedimiento negociado sin publicación previa
1. En los casos y circunstancias particulares contemplados en los apartados 2 a 5, los Estados miembros podrándisponer que los poderes adjudicadores puedan adjudicar contratos públicos mediante un procedimiento negociado sin publicación previa.

2. El procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse para los contratos públicos de obras, desuministro y de servicios en cualquiera de los casos siguientes:
(…)
b) cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:

i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, ii) que no exista competencia por razones técnicas, iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación; (…)».

En lo que aquí concierne dicho artículo 32.2.b) es claro cuando afirma que el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no haya competencia por razones técnicas, siempre que no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

El citado artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24 fue traspuesto al ordenamiento español, a juicio de este Tribunal de manera adecuada, en el apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP, cuyo texto original disponía lo siguiente:

«Artículo 168. Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.
Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:
(…)
2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.».

El mencionado apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP ha sido recientemente modificado. En concreto, por la disposición final 27.8 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, que ha eliminado por completo el último párrafo del citado apartado a) 2º, de tal suerte que con la nueva redacción y para el supuesto que se examina, el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no exista competencia por razones técnicas. En este sentido, como manifiesta el órgano de contratación en su informe al recurso, esta modificación normativa parece apuntar a una cierta flexibilización de las reglas aplicables al procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica.

No obstante, a juicio de este Tribunal, la nueva redacción del apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP, no se compadece con la dicción del mencionado artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24. Ello supone que la nueva redacción del apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP, haya de interpretarse en concordancia con la mencionada Directiva 2014/24, a la luz del principio de interpretación conforme del Derecho de la Unión Europea (v.g., entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013, Koushkaki, C-84/12, apartados 75 y 76; de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, apartado 59, y de 29 de junio de 2017, Popławski, C-579/15, apartado 31).

Dicha Directiva como se ha expuesto en su artículo 32.2.b), en lo que aquí concierne, afirma que el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no haya competencia por razones técnicas, siempre que no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

En este sentido, el apartado 6 del artículo 26 de la citada Directiva 2014/24 dispone expresamente que *«En los casos y circunstancias específicos a que se refiere expresamente el artículo 32, los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa de una convocatoria de licitación. Los Estados miembros no permitirán el recurso a este procedimiento en ningún caso distinto de los contemplados en el artículo 32.»*. Ello supone, a juicio de este Órgano, que al procedimiento negociado sin publicidad previa solo puede recurrir en los supuestos y con los límites establecidos en el artículo 32 de dicha Directiva, entre los que se encuentra la necesidad de acreditar la no existencia de alternativa o sustituto razonable y que la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

Asimismo, el considerando 50 de la mencionada Directiva 2014/24 señala en lo que aquí concierne que:

«En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Por último, un procedimiento de contratación no resulta útil cuando los suministros son adquiridos directamente en un mercado de productos básicos, incluidas las plataformas para productos básicos como los productos agrícolas, las materias primas y los intercambios energéticos, siempre que la estructura comercial multilateral regulada y supervisada garantice de forma natural los precios de mercado.».

En definitiva, en el supuesto examinado, a juicio de este Tribunal, el actual apartado a) 2º del artículo 168 de la LCSP debe interpretarse en el sentido de que el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico cuando no haya competencia por razones técnicas, siempre que no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación; entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico, o incluso que dichas razones técnicas pueden derivarse de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Segunda. Sobre la justificación contenida en el procedimiento de licitación respecto de la elección del procedimiento negociado sin publicación previa.

Dispone al efecto el apartado 4.a) del artículo 116 de la LCSP, que *«4. En el expediente se justificará adecuadamente:*
a) La elección del procedimiento de licitación.».

En este sentido, en la memoria justificativa de 14 de abril de 2023, en su apartado 2 relativa a la justificación del procedimiento de adjudicación elegido, en lo que aquí concierne se indica lo siguiente:

«El procedimiento de adjudicación de este contrato será el Procedimiento Negociado sin Publicidad, conforme a lo establecido en el artículo 168, letra a), apartado 2º de la LCSP, de 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, por razón de exclusividad, dado que el contrato sólo pueda encomendarse a un único empresario, tramitándose el expediente de forma URGENTE.

La exclusividad en la prestación del objeto del contrato queda acreditada mediante el informe técnico en que se justifica la exclusividad por razones técnicas, constando en el expediente dicho informe, así como el certificado de exclusividad emitido por la única empresa que puede realizar la contratación (…))».

Asimismo, en la cláusula 1.2.2. del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se señala que en el apartado 4.1 del cuadro resumen se indicará el supuesto del procedimiento negociado sin publicidad que proceda. En dicho apartado 4.1 del cuadro resumen se expone lo siguiente:

«4.1.- Procedimiento de adjudicación:
NEGOCIADO, SIN PUBLICIDAD
Supuesto del art. 168 de la LCSP que concurre:
Conforme a lo dispuesto en artº 168 apartado a) 2º, de 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, por razón de exclusividad, dado que el contrato sólo pueda encomendarse a un único empresario.».

Lo expuesto hasta ahora, respecto de la justificación de la elección de procedimiento de licitación, es lo que se contiene en el perfil de contratante y fue remitido a este Tribunal con el expediente de contratación. Una vez recibido dicho expediente, la Secretaría de este Órgano solicita a la entidad contratante determinada documentación complementaria con objeto de dar, como se ha expuesto, acceso a la recurrente de cierta documentación. Entre otros, se le solicita al órgano de contratación que aporte *«Informe técnico que justifica la exclusividad por razones técnicas, que debiendo obrar en el expediente remitido no consta, así como certificado de exclusividad emitido por (…) [la entidad proveedora]»*.

Dicho informe de exclusividad, según consta en el mismo, de fecha 11 de abril de 2023 le fue facilitado a la entidad recurrente en el trámite de vista de expediente en este Tribunal. Su contenido es el siguiente:

«Recientemente una de las calandras de la Central Provincial de Lavado de Textil Sanitario ha sufrido una avería grave que ha inutilizado el equipo y no ha sido posible reparar, lo que determina la necesidad de sustituir ese equipo para mantener la actividad de la Central que condiciona, a su vez, la actividad asistencial de toda la provincia.

El pasado 31 de marzo la firma (…), fabricante del equipo y empresa especializada en la fabricación de maquinara para lavanderías industriales con sede (…) certifica que la firma (…) es la única distribuidora en exclusividad de sus productos en el territorio español y, en concreto, en el ámbito sanitario.

En base a estos antecedentes INFORMO:

-Que la calandra averiada es un componente de la cadena de planchado de textil plano –esencialmente, sábanas. Que esa cadena está integrada por tres componentes:

- *Una introductora, equipo en el que cuatro profesionales de lavado y planchado van colocando las sábanas limpias y secas para que sean recogidas por el equipo e introducidas en el proceso de planchado.*
- *La calandra propiamente dicha, que es el equipo que plancha la ropa mediante un sistema de rodillos, calor y vapor alimentado por gas natural.*
- *Y una plegadora, que dobla y apila las sábanas en la forma en que es programada.*

-Que estos tres componentes son indispensables e irrenunciables en el proceso de higienización del textil sanitario plano.
-Que estos tres componentes constituyen una secuencia continua automatizada de trabajo que no cuenta con puestos de trabajo entre ellos ni con otros recursos intermedios.
-Que, en consecuencia, estos elementos sólo funcionan si están conectados entre sí, formando una unidad.
-Que tanto la introductora como la plegadora son elementos de la marca (…).
-Que estos elementos (…) solo pueden ser conectados a otros componentes de la misma marca.
-Que, en consecuencia, sólo la calandra (…) puede formar parte de esa cadena.
-Que, como certifica el mismo fabricante, la firma (…) es la única distribuidora de (…) en España.

Por todo lo anteriormente expuesto, la calandra sólo puede ser suministrada por (…), no existiendo otra alternativa en el mercado nacional.».

De todo lo expuesto, como también señala la recurrente, el único razonamiento técnico que se esgrime como argumento para acudir a un procedimiento negociado sin publicidad previa es que, tanto la introductora como la plegadora, solo pueden ser conectados a otros componentes de la misma marca, lo que sin duda no se compadece con lo expuesto por el propio órgano de contratación, que en la memoria justificativa de la necesidad de la urgente adquisición de la calandra, de fecha 30 de marzo de 2023, afirma que la calandra que se va a sustituir llevaba "ya más de 15 años trabajando siete mañanas y cuatro tardes a la semana".

En definitiva, el único argumento o razonamiento técnico contenido en la documentación a la que ha podido tener acceso la entidad ahora recurrente es que, tanto la introductora como la plegadora, solo pueden ser conectadas a otros componentes de la misma marca, lo que no ha ocurrido en los últimos años en que la calandra siendo de marca distinta a la introductora y a la plegadora ha estado en funcionamiento al menos 15 años, y ello sin perjuicio de que la misma haya tenido que ser reparadas en numerosas ocasiones.

Como bien señala el informe al recurso, este Tribunal en su Resolución 196/2019, de 19 de junio, en su fundamento de derecho sexto tras citar y reproducir en parte o en su totalidad, el apartado a).2º del artículo 168 de la LCSP, el artículo 32.2.b) y el considerando 50, ambos de la Directiva 2014/24, y las Resoluciones 104/2018, de 20 de abril, de este Tribunal y la 574/2018, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirmaba que *«la utilización de este procedimiento es excepcional, de forma que las causas que lo legitiman son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente, de manera que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas. Por otro lado, como se ha señalado, la doctrina manifiesta reiteradamente que no puede considerarse suficiente la existencia de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa, sino que es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite la exclusividad por razones técnicas o que un órgano externo declare o certifique tal circunstancia, lo cual no consta que se haya hecho en el presente caso»*.

En el supuesto examinado, de la documentación contenida en el expediente de contratación no se infiere que se haya justificado suficientemente la inexistencia de alternativa o sustituto razonable, entre otros argumentos, no se acredita la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico, ni que de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad del suministro que vayan a contratarse puedan derivarse razones de exclusividad técnica.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto al no haberse justificado adecuadamente en el expediente la elección del procedimiento de licitación.

En este sentido, no es posible admitir determinadas alegaciones vertidas en el informe al recurso, que vienen a poner de manifiesto razonamientos no recogidos en la documentación que forma parte del procedimiento de licitación, tales como que i) los tres elementos del mismo equipo: introductora, calandra y plegadora/apiladora, deben estar acoplados y programados para un trabajo conjunto y en sincronía, única forma de que alcance el máximo rendimiento e idoneidad, como así se acredita con los otros dos equipos que funcionan en el hospital, donde los tres componentes son de la misma marca; ii) no son equipos diferentes, sino piezas de la misma unidad productiva, que solo permiten el máximo rendimiento, mediante la adquisición de una calandra totalmente compatible con los otros dos componentes (introductora y la plegadora/apiladora) y que exigen una conectividad mediante hardware y software, que solo se consigue con la misma marca; iii) desde el punto de vista técnico la única opción para que la unidad completa de planchado y plegado funcione de forma automática y sincronizada es con una calandra de la misma marca, dado que si es de otra marca, se podría comprometer la seguridad de funcionamiento de un equipo completo, aunque

compuesto por tres componentes; iv) comprar una nueva calandra no puede suponer tener que cambiar soluciones consolidadas y deseadas, poniendo en riesgo la operatividad de esos otros equipos sobre los que el nuevo suministrador no tendría responsabilidad; y
v) razones de rendimiento e interoperabilidad son las que exigen una calandra de la misma marca, sin que, en modo alguno, esto suponga una configuración restrictiva y artificiosa de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

Y ello es así, por cuanto la justificación del órgano de contratación debe ser expresa y previa, y no posterior, pues la falta de ésta, en los términos puestos de manifiesto en el informe al recurso, sin que este Tribuna prejuzgue su conformidad a derecho, ha privado a la recurrente de poder discutir o estimar si a su juicio la motivación de la elección de procedimiento de adjudicación es o no apropiada, y lo más importante, si ello supone que no exista alternativa o sustituto razonable, ni que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

Al respecto, a la hora de analizar la justificación de la elección de procedimiento de adjudicación se ha de atender estrictamente al contenido de los pliegos, y demás documentación que formen parte de la licitación, que delimitan el objeto de la prestación sin que su contenido pueda ser alterado en un momento posterior. En este sentido, procede hacer referencia a la ya reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos una vez que adquieren firmeza, y su carácter vinculante no sólo para las entidades licitadoras sino también para el órgano de contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquellos se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 295/2020, de 3 de septiembre y 615/2022, de 16 de diciembre).

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el anuncio y los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

La estimación del presente recurso no impide que el órgano de contratación, si así lo estima necesario, pueda iniciar un nuevo procedimiento de licitación por procedimiento negociado sin publicidad previa, ex apartado a).2º del artículo 168 de la LCSP, con los requisitos exigidos en la normativa de aplicación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MACRUN S.L.**, contra el anuncio y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro con instalación de una calandra para la central provincial de procesado de ropa hospitalaria (CPPRH) del SAS en el Hospital Universitario Reina Sofia (HURS) de Córdoba, financiado 100% por fondos REACT-EU, mediante procedimiento negociado sin publicidad (PNSP 21/23)» (Expte. CONTR 2023 0000387181), promovido por el Hospital Universitario Reina Sofia de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 60/2023, de 26 de mayo.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.