

Recurso 416/2018**Resolución 1/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de enero de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INSANEX S.L.** contra la resolución, de 7 de noviembre de 2018, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento de equipos electromédicos de centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Granada” convocado por el citado Hospital, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000910/2017), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 24 de febrero de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 26 de febrero de 2018 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 9 de marzo de 2018, en el Boletín



Oficial del Estado núm. 60.

El valor estimado del contrato asciende a 13.356.078,08 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 7 de noviembre de 2018 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato que fue remitida a las licitadoras el mismo día y publicada en el perfil de contratante el 9 de noviembre de 2018.

CUARTO. El 30 de noviembre de 2018, la entidad INSANEX, S.L. (INSANEX, en adelante) presentó en el Registro telemático de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato y de manera indirecta, según se expresa en el propio escrito, contra los pliegos y documentación adjunta de la citada contratación.

QUINTO. Mediante oficio de 3 de diciembre de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre aquel y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Esta petición hubo de ser reiterada mediante oficio de 12 de diciembre de 2018,



recibiéndose la documentación en el Registro del Tribunal el 13 de diciembre.

SEXTO. Mediante escritos de 19 de diciembre de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las entidades GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. y AGENOR MANTENIMIENTOS. S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

Asimismo, el recurso se dirige formalmente contra la adjudicación y sustantivamente contra los pliegos que rigen un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 13.356.078,08 euros y ha sido promovido por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 44 apartados 1 y 2 de la LCSP.

SEGUNDO. Debe analizarse ahora la legitimación de la entidad recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, para impugnar la adjudicación e indirectamente los pliegos que rigen la contratación; y ello, por cuanto el recurso se interpone, entre otros, contra el acto finalizador del procedimiento de adjudicación, sin que la recurrente haya participado en la licitación promovida a tal fin.



INSANEX alega, para fundar su legitimación, que es una empresa cuya actividad se basa en el suministro de equipamiento y que no ha podido participar en la licitación porque el órgano de contratación no ha identificado correctamente el contrato con el código CPV adecuado.

A tales efectos, señala que no tuvo constancia de la licitación porque el CPV elegido para la contratación no se correspondía con su actividad empresarial, cuya base principal es “CPV 33190000 – instrumentos aparatos médicos diversos”, si bien a través de una interlocución casual y después de haberse adjudicado el contrato ha conocido que, dentro del servicio de mantenimiento licitado, existía una prestación de suministro de equipos de electromedicina que le habría permitido participar en la licitación, posibilidad que se le ha negado al no identificarse correctamente el objeto contractual, todo lo cual se traduce en una restricción de la concurrencia que debe acarrear la nulidad del procedimiento.

Aduce que la prestación de suministro se identifica en los pliegos de la licitación bajo un criterio de adjudicación denominado “renovación tecnológica”, lo que evidencia que el contrato es de naturaleza mixta, extremo que no se ha manifestado en la convocatoria ni en los pliegos y tampoco con la referencia adecuada al CPV, pues este último no refleja la “*existencia encubierta*” de un contrato de suministro. Esgrime que esta situación reviste especial gravedad porque las potenciales licitadoras se guían por los códigos CPV de modo que cuantos más códigos tenga una licitación mayor concurrencia genera, de ahí el perjuicio que se le ha originado y que pretende combatir con el recurso pues, de estimarse el mismo, conseguiría poder licitar y ser una potencial adjudicadora de un suministro con “*innegable atractivo económico*”.

Insiste en que no es impedimento para recurrir el hecho de no haber participado en la licitación pues su legitimación reside en que ni los pliegos ni la convocatoria identifican debidamente el suministro (renovación tecnológica) y



que, al no tener este la debida publicidad, no ha podido ser parte en el procedimiento.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo, en síntesis, que INSANEX carece de legitimación porque el objeto del contrato licitado es de servicios y, según refiere la recurrente, su actividad empresarial consiste en el suministro de equipos electromédicos, sin que tenga incluido en su objeto social el mantenimiento de los mismos, por lo que no podría concurrir a la licitación y ningún beneficio cierto obtendría con la estimación del recurso.

Por su parte, las entidades interesadas en el procedimiento se oponen al recurso interpuesto alegando también, con carácter previo, la falta de legitimación de INSANEX para su interposición, así como el carácter extemporáneo del mismo.

Al respecto, procede indicar, en primer lugar, que ninguna legitimación ostenta la recurrente para impugnar la adjudicación porque, al no haber licitado, en modo alguno podría resultar adjudicataria del contrato, siendo así que el interés legítimo para impugnar la adjudicación va ligado -según doctrina consolidada de este Tribunal (v.g. Resolución 324/2018, de 14 de noviembre) y del resto de Órganos de recursos contractuales- a la posibilidad cierta y real de obtener la misma en caso de una eventual estimación del recurso. De no ser así, se entiende que la recurrente solo ejerce un interés en ver satisfecha moralmente su pretensión que no viene amparado por el artículo 48 de la LCSP conforme al cual *“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 realidad, pues, INSANEX hace uso de la vía del recurso contra la adjudicación -acto que solo impugna formalmente- con la finalidad clara de



combatir sustantivamente los pliegos de la contratación, y ello sobre la base del perjuicio que los mismos le irrogan, al haberle impedido licitar por una incorrecta identificación del CPV.

En tal sentido, argumenta que se trata de una empresa cuya actividad es el suministro de equipos médicos y que, pudiendo haber participado en la licitación, se vio privada de tal posibilidad por una incorrecta definición del contrato como de servicios y una inadecuada codificación CPV cuando, en realidad, la contratación incluye también un suministro de equipos a través del criterio de adjudicación consistente en la renovación tecnológica.

Ahora bien, INSANEX no discute que el objeto contractual comprenda un contrato de servicios de mantenimiento de equipos electromédicos ni que el código CPV utilizado para dicho servicio sea erróneo, sino solo que no se ha incluido además la codificación correspondiente al suministro, prestación contemplada de manera encubierta en los pliegos y para la que habría estado habilitada a participar. Es decir, residencia su interés en que pudo haber licitado de haberse definido correctamente las prestaciones y haber tenido conocimiento de las mismas a través de una codificación CPV que también recogiese el suministro de equipos.

No obstante, aunque se hubiera definido el objeto contractual y el código CPV en el sentido que invoca la recurrente, lo cierto es que tampoco podría haber licitado, puesto que la prestación principal seguiría siendo la de servicios y su actividad empresarial, según refiere ella misma, solo es el suministro de equipos médicos.

En definitiva, pues, ningún perjuicio ha derivado para INSANEX de la supuestamente inadecuada codificación CPV, ni de la indebida configuración denunciada del contrato como de servicios en lugar de mixto de servicios y suministro, pues, aunque se estimaran tales alegatos, ello no desvirtuaría el hecho de que la prestación principal a contratar seguiría siendo el servicio de



mantenimiento de equipos electromédicos. Téngase en cuenta que el valor estimado del contrato de servicios asciende a 13.356.078,08 euros y que el pretendido suministro que INSANEX esgrime como encubierto a través del criterio de adjudicación “renovación tecnológica” del servicio licitado ascendería, según cálculos efectuados por la propia empresa recurrente, a 1.519.292,73 euros.

En suma, pretende justificar que la adecuada identificación del suministro a través del correspondiente código CPV le hubiera permitido presentar oferta, cuando lo cierto es que tampoco podría haberlo hecho por las razones expresadas, de modo que confunde la posibilidad de haber licitado -de la que dice habersele privado- con la posibilidad de haber impugnado los pliegos en el plazo legal.

De hecho, la pretensión de fondo de la recurrente va más allá de que se anule la licitación y los pliegos para que se identifique adecuadamente el código CPV del contrato y así poder licitar, puesto que es conocedora de que ello no cambiaría la situación existente y seguiría sin poder concurrir.

En realidad, la pretensión que se ejercita en el recurso trasciende de estos aspectos meramente formales de identificación y publicidad de las prestaciones, para dirigirse hacia una revisión más profunda de los pliegos que afecta a la configuración misma del objeto, con la finalidad de poder participar en una licitación futura con una delimitación distinta de las prestaciones; y si bien para ejercitar tal pretensión la recurrente hubiera tenido legitimación pese a no ser licitadora con base en el concepto amplio de legitimación reconocido por la jurisprudencia y los tribunales de recursos contractuales incluido el nuestro, lo cierto es que debió hacerlo en su momento procedimental oportuno, impugnando los pliegos dentro del plazo legal establecido tras la publicación de la convocatoria y no ahora en la adjudicación bajo el subterfugio de que un error en los mismos le impidió conocer o constatar que podía haber licitado.



Debe insistirse, pues, en que la falta de recurso contra los pliegos en el momento procesal oportuno conforme al entonces vigente artículo 44.2 a) del TRLCSP solo es imputable a la recurrente, puesto que la convocatoria y los pliegos fueron objeto de la publicidad legalmente prevista y su contenido estuvo disponible para ella. Es por ello que, aparte de la falta de legitimación de INSANEX conforme a lo argumentado, debe inadmitirse igualmente el recurso indirecto contra los pliegos por manifiestamente extemporáneo.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la posibilidad de impugnación de los pliegos cuando el procedimiento ha finalizado ha de interpretarse restrictivamente por cuanto, una vez que se ha llegado a la fase final de la licitación, ha de prevalecer la validez de la adjudicación ya efectuada por razones elementales de seguridad jurídica.

Además, la admisión del recurso indirecto contra los pliegos al impugnar la adjudicación del contrato debe entenderse aplicable, conforme a reiterada doctrina de los tribunales de recursos contractuales (v.g Resolución 422/2015, de 10 de diciembre, de este Tribunal) a quienes licitaron con normal diligencia sin detectar un vicio de los pliegos que solo se puso de manifiesto con posterioridad a la presentación de las ofertas, y no a quienes ni participaron en la licitación, ni impugnaron los pliegos en plazo. Por lo demás, este es el criterio que, *a sensu contrario*, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13 Evigilo) al afirmar que la efectiva aplicación de las directivas de contratos y de recursos exige que una 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 del recurso contra el acto de adjudicación.



Con base en las consideraciones realizadas, procede inadmitir el recurso por falta de legitimación de la recurrente y dado su carácter manifiestamente extemporáneo, lo que impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

TERCERO. Por último, debe abordarse si procede imponer multa a la recurrente por temeridad o mala fe.

El órgano de contratación solicita que se aprecie mala fe en la interposición del recurso sobre la base de que *“ya le ha sido desestimado con anterioridad a la recurrente en circunstancias similares a las planteadas, provocando una innecesaria suspensión de la adjudicación y en la formalización de los contratos que obliga a que se tenga que proceder a una prórroga por interés público de los existentes”* y añade que *“El perjuicio ocasionado se deriva de que hasta que no se dicte la resolución del recurso, este órgano de contratación no se podrá beneficiar del 5,68% de bajada que ha supuesto la licitación. Se cuantifica en 11.242,89 € por mes transcurrido desde la presentación del recurso, fundamentado en la diferencia entre el importe de licitación (9.506.384,99 €) y el de adjudicación (8.966.726,08 €) dividido entre el periodo de vigencia del contrato (48 meses)”*.

Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.



En el supuesto examinado, ha quedado patente que la recurrente funda su legitimación en el perjuicio irrogado por un vicio de los pliegos que, según manifiesta, le ha privado de tener conocimiento de la licitación y de haber participado en ella. No obstante, ya hemos analizado que, aun cuando no se hubiera producido el supuesto error en el código CPV y hubiese tenido conocimiento en plazo de la licitación, tampoco podría haber participado y solo le hubiese quedado la posibilidad de impugnar los pliegos.

En definitiva, INSANEX pone en marcha el mecanismo del recurso contra los pliegos, una vez finalizada la licitación, invocando un perjuicio inexistente para fundamentar su legitimación (la privación de su derecho a participar en la licitación), cuando lo único que hubiera podido hacer, de haber accedido en plazo al contenido de aquellos, sería impugnarlos. Ahora bien, como no lo hizo en su momento procesal oportuno por causas que solo a ella son imputables -toda vez que la convocatoria y los pliegos fueron objeto de la publicidad debida- pretende forzar su legitimación para combatirlos ahora en un recurso manifiestamente extemporáneo contra la adjudicación del contrato y ello, con conocimiento de que, por disposición legal, su interposición produce la suspensión automática del procedimiento.

Este proceder de la recurrente evidencia un uso desleal de la vía del recurso especial, así como un abuso del principio de buena fe, pues ha actuado con absoluto desprecio a las reglas del procedimiento y a los requisitos legales de admisión del recurso, forzando un interés legítimo inexistente y pretendiendo reabrir un plazo legal precluido cuando la licitación ya está finalizada, lo que ha provocado que el contrato no pueda formalizarse con claro perjuicio al interés público que la contratación en liza representa y que el órgano de contratación cuantifica en su informe al recurso.

Lo expuesto es clave para apreciar mala fe en la interposición del recurso, a lo que cabría añadir, a mayor abundamiento, la consideración que efectúa el órgano de contratación respecto a que la recurrente ya impugnó en 2015 ante



este Tribunal el anuncio y pliegos de un servicio similar al aquí licitado, por lo que no se comprende que entonces tuviese información para impugnar este tipo de licitaciones y ahora no, cuando el CPV en aquel caso también debió ser únicamente de servicios y no de suministro.

Respecto a la cuantía de la multa, viene establecida legalmente entre 1000 y 30.000 euros correspondiendo a este Tribunal su determinación en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado. En tal sentido, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.*

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.”

En el supuesto analizado, hemos fundamentado en las consideraciones anteriores la mala fe apreciada con la interposición del recurso, a lo que se une un perjuicio económico derivado de la imposibilidad de formalizar el contrato que el órgano de contratación cifra en 11.242,89 euros por mes transcurrido desde la presentación del recurso.

No obstante, el perjuicio real producido por la interposición del recurso y la consiguiente imposibilidad de formalizar el contrato debió cuantificarse por el órgano de contratación tomando como referencia la diferencia mensual entre el importe del contrato vigente y el del contrato que se pretende adjudicar, en el supuesto que las prestaciones de los mismos coincidan y no sobre la diferencia entre el importe de licitación y el de adjudicación del contrato licitado. Por tanto, al no acreditarse adecuadamente por la Administración contratante la cuantía del perjuicio irrogado, no puede imponerse la multa atendiendo a la cuantía solicitada, si bien la entidad de la mala fe apreciada con la interposición



del recurso en los términos anteriormente expuestos determina que proceda imponer multa por importe de 3.000 euros.

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 **INSANEX S.L.** contra la resolución, de 7 de noviembre de 2018, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento de equipos electromédicos de centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Granada” convocado por el citado Hospital, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000910/2017), al concurrir falta de legitimación para su interposición y resultar, asimismo, extemporáneo.

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. Imponer a INSANEX, S.L. una multa de 3.000 euros en atención a la mala fe apreciada en la interposición del recurso y al perjuicio ocasionado al órgano de contratación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

