

Recurso 121/2023
Resolución 168/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 17 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L.**, contra la exclusión de su oferta y contra la propuesta de declaración de desierto del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro mediante acuerdo marco del material sanitario de guantes estériles con destino a los centros de la provincia de Málaga, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, (Expte. CONTR 2022 0000629771-194/2022), en relación con la agrupación 5, promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, entidad adscrita al Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de julio de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 3.181.932,34 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

En la sesión de la mesa de contratación de 2 de febrero de 2023 se acordó aprobar el informe técnico sobre la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, conforme al cual la oferta de la entidad **INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L.** (en adelante la entidad recurrente) a la agrupación 5 del acuerdo marco incumple el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), quedando su oferta excluida implícitamente de la licitación.

La mesa de contratación, en la sesión celebrada el 16 de febrero de 2023 acuerda proponer al órgano de contratación la declaración de desierto del procedimiento de licitación de la agrupación 5 del acuerdo marco.

SEGUNDO. El 6 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada entidad contra los acuerdos de la mesa de contratación antes citados, la exclusión de su oferta acordada el 2 de febrero de 2023 y la propuesta al órgano de contratación de declarar desierto el procedimiento de licitación de la agrupación 5 del acuerdo marco.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del escrito de impugnación, requiriéndole el expediente administrativo y el informe sobre las alegaciones formuladas en el recurso. Tras reiteración, el 13 de febrero de 2023, se recibe en este Órgano el informe al recurso, en el que se *«acuerda elevar a este Tribunal, la siguiente petición:*

- Estimar el Recurso Especial Interpuesto por la empresa INTERSURGICAL ESPAÑA S.L., siendo el motivo de exclusión “No cumple PPT, no acredita cumplimiento de declaración UE Conformidad, no certificado CE, no certificado EN ISO 374-5, no certificado EN420, no ISO1664”, solicitándose por consiguiente la misma medida acordada por ese Tribunal en relación al Recurso Especial 91/2023, resuelto con fecha 7 de marzo de 223»

La Secretaría del Tribunal concedió a la recurrente un plazo de tres días hábiles para formular alegaciones sobre una posible causa de inadmisión por extemporaneidad, las mismas han sido recibidas en este órgano.

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, respecto a la agrupación 5 del acuerdo marco, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

Procede determinar ahora si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En este sentido el objeto de la presente licitación es un acuerdo marco calificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación como de suministro, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y cuyo valor estimado asciende a más de cien mil euros. Por tanto, cabe el recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 44.1 b) de la LCSP.

Por otra parte, procede analizar si los actos impugnados son susceptibles de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP:

“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o

inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

Concretamente, la recurrente manifiesta que *“por medio del presente escrito se interpone Recurso Especial en Materia de Contratación contra los actos de la Mesa de Contratación reflejados en las Actas 005-09/2023 y 007-09/2023 que determinan la confirmación de la exclusión de la oferta de INTERSURGICAL a la Agrupación 5 del Expediente 0000194/2022”.*

Pues bien, en el acta 005-09/2023 la mesa de contratación acordó desestimar las alegaciones formuladas por la recurrente solicitando la revisión del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos y la admisión de su oferta. En consecuencia recurre con ello la exclusión de su oferta de la licitación de la agrupación 5 del acuerdo marco, por tanto, es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartado 2.b) de la LCSP.

Por lo que respecta al acta 007-09/2023, corresponde con la sesión de la mesa de contratación celebrada el 21 de febrero de 2023 para valoración de las ofertas que cumplían el PPT, entre las que no se encuentra la recurrente y apertura del sobre 3. En dicha sesión la mesa de contratación, en lo que aquí interesa, acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de declarar desierta la adjudicación de la agrupación 5 de la que había sido excluida implícitamente la recurrente.

En este caso el acto recurrido es una propuesta, que por su propia naturaleza no resulta un acto definitivo en tanto, que a la vista del procedimiento seguido -y sin prejuzgar su legalidad- será el órgano de contratación el que tenga que acordar si la licitación de la agrupación 5 del acuerdo marco se declara desierta. Por tanto, el acto recurrible sería la declaración de desierto, que en su caso adopte el órgano de contratación.

En relación a los actos de trámite no cualificados dictados en el procedimiento de adjudicación, y en consecuencia, no susceptibles de impugnación independiente a través del recurso especial en materia de contratación, este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas resoluciones, entre otras, en la Resolución 291/2020, de 27 de agosto, en la que cita la Resolución 112/2020, de 14 de mayo, que aunque se refieren a las propuesta de adjudicación son extrapolables al presente supuesto por cuanto la declaración desierto, como la adjudicación, es un a forma de terminación del procedimiento de licitación. En la Resolución antes citada se afirma que : *«A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación— que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial -en términos legales, que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos-. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.».*

En consecuencia, concurre causa de inadmisión del recurso contra el acuerdo adoptado en la sesión de la mesa de contratación de 21 de febrero de 2023 en el que se propone al órgano de contratación la declaración de desierto del procedimiento de licitación de la agrupación 5 del acuerdo marco, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 c) de la LCSP, siendo competente este Tribunal para su apreciación. La concurrencia de la causa

de inadmisión expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los restantes requisitos de admisión del recurso contra dicho acto y sobre los motivos en que el mismo se sustenta, si bien todos versan sobre el cumplimiento del PPT que ha sido la causa de exclusión de su oferta.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso contra lo acordado que consta en el acta 005-09/2023, que el recurrente entiende que determina la confirmación de la exclusión de su oferta a la agrupación 5, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que:

«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, tras la tramitación del oportuno expediente de licitación, la mesa de contratación, en su sesión de 2 de febrero de 2023, admite el contenido del informe técnico sobre la valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, conforme al cual la oferta de la entidad INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L. (en adelante la entidad recurrente) a la agrupación 5 del acuerdo marco incumple el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) y según consta en el acta *“la mesa acuerda la entrega de la documentación contenida en el sobre n.º 3 ante la complejidad en su puntuación, a la Comisión Técnica competente, para que se elabore el correspondiente informe y se presente a la mesa, con las puntuaciones obtenidas por los diferentes licitadores en los correspondiente lotes.”*

El 8 de febrero de 2023 la recurrente formula, y presenta en el registro del órgano de contratación, escrito de alegaciones ante el órgano de contratación. En el mismo la entidad recurrente, tras afirmar que *“ha comprobado en el Acta nº 004-05/2023 que se ha emitido informe técnico de nuestra oferta en el que se indica que no cumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por no acreditar el cumplimiento de la Declaración UE de Conformidad, el certificado CE y las normas EN ISO 374-5, EN 420 e ISO 16604”*, rebate tal consideración y concluye solicitando que *“sea revisado y corregido el informe de evaluación de nuestra oferta correspondiente a la Agrupación 5 del Expediente 0000194/2022 y ésta pase a ser admitida al cumplir las prescripciones técnicas requeridas en el PPT”*

Tras estudiar el escrito de alegaciones antes mencionado, y otros presentados por distintas licitadoras, la mesa de contratación en la sesión celebrada el 9 de febrero de 2023 acuerda *“Desestimar las solicitudes planteadas por las empresas señaladas anteriormente, en base ala documentación aportada a este órgano colegiado, relativa al informe sobre criterios no automáticos de valoración, y el cual ha sido objeto de publicación en el perfil del contratante del Servicio andaluz de Salud. Todo ello, sin perjuicio, de los recursos administrativos y/o jurisdiccionales que la normativa reconoce contra los actos administrativos dictados en el procedimiento de contratación.”*

La recurrente manifiesta en su escrito de recurso y en el de alegaciones, que recurre lo acordado en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 9 de febrero de 2023, por entender que determina la confirmación de la exclusión de su oferta.

Además, en su escrito de alegaciones manifiesta que *“En su notificación, el Tribunal nombra el acta nº 004-5/2023 y entendemos que es la fecha de publicación de la misma en el perfil de contratante (7 de febrero de 2023) la que ha*

tenido en cuenta para considerar la posible extemporaneidad del recurso presentado. Sin embargo, queríamos indicar que INTERSURGICAL no interpuso recurso contra el Acta 04-005/2023. En dicho acta se indica que la oferta de Intersurgical no cumple el PPT (se adjunta copia del Acta nº 004-05/2023), pero esta declaración no es un acto susceptible de impugnación, al no ser un acto de trámite cualificado, ya que no consta en dicho acta que se haya dictado acto administrativo de exclusión de la oferta de INTERSURGICAL. Por ello entendemos que no debe considerarse la inadmisión del recurso por la causa comunicada de extemporaneidad.”

Si bien es cierto que no consta que se haya dictado acto expreso de exclusión de su oferta en el acta 004-05/2023 de 2 de febrero de 2023, tampoco consta en las actas 005-09/2023 de 9 de febrero de 2023, y 007-09/2023 de 21 de febrero de 2023.

Sin embargo, el 2 de febrero de 2023 tiene lugar la exclusión implícita de su oferta, el acuerdo adoptado entonces es el que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, así se desprende de la documentación del expediente de recurso, y así lo entendió la recurrente que en su escrito de alegaciones al órgano de contratación solicita que “*ésta pase a ser admitida*” y dice recurrir los acuerdos que constan en las actas 005-09/2023 de 9 de febrero de 2023, y 007-09/2023 de 21 de febrero de 2023, por entender que son confirmatorios de la exclusión de su oferta.

Por tanto, siendo el acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2 de la LCSP el acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, previsto en su apartado b), se ha de considerar que el plazo para interponer el recurso especial se computa a partir del día siguiente al que la entidad recurrente tenga conocimiento de la posible infracción, conforme al artículo 50.1.c) antes citado.

Puesto que las alegaciones y la petición formuladas en el escrito presentado el 8 de febrero de 2023, antes transcrito, confirman que la entidad recurrente tenía conocimiento del alcance y el contenido de la posible infracción, esto es, conocía la exclusión implícita de su oferta y los motivos por los que esta se había acordado por la mesa de contratación, este Tribunal ha considerado que el plazo para interponer el recurso especial se ha de computar desde el día siguiente al 8 de febrero de 2023, por lo que el recurso presentado el 6 de marzo en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto fuera del plazo legalmente señalado.

En consecuencia, el recurso especial contra la exclusión de su oferta debe inadmitirse.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L.**, contra la exclusión de su oferta y contra la propuesta de declaración de desierto del procedimiento de licitación del contrato de “Suministro mediante acuerdo marco del material sanitario de guantes estériles con destino a los centros de la provincia de Málaga, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, (Expte. CONTR 2022 0000629771-194/2022), en relación con la agrupación 5, promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, entidad adscrita al Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, conforme a lo establecido en los fundamentos de derecho tercero y cuarto.

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 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.

