

Recurso 302/2017**Resolución 24/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 31 de enero 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALCON CUSÍ, S.A.** contra el informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación, sujetos a juicio de valor y subsidiariamente, contra la exclusión de su oferta en el lote 5, adoptados en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis oftalmológicas, material específico para oftalmología y material de equipos a medida con destino a los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Huelva”, convocado por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 100/2017), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 24 de mayo de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del



contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 29 de mayo de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 127.

El valor estimado del contrato asciende a 8.046.526,83 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.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. El 30 de noviembre de 2017, se emitió informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor. El citado informe, según se hace constar en su texto, se redacta nuevamente aclarando aspectos requeridos por la mesa de contratación y en el mismo se viene a señalar que la oferta de ALCON CUSÍ, S.A. en el lote 5 no cumple el pliego de prescripciones técnicas.

Asimismo, en sesión de la mesa de contratación de 5 de diciembre de 2017 se aprobó el anterior informe técnico, notificándose a la recurrente la exclusión de su oferta en el lote 5 mediante escrito de 20 de diciembre de 2017, que le fue remitido el mismo día por correo electrónico.

CUARTO. El 28 de diciembre de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ALCON CUSÍ, S.A. (ALCON CUSÍ, en adelante) contra el informe técnico



mencionado en en antecedente previo y, subsidiariamente, contra la exclusión de su oferta en el lote 5.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 29 de diciembre de 2017, se requirió al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El requerimiento de documentación hubo de ser reiterado al órgano de contratación mediante nuevo oficio de la Secretaría del Tribunal de 5 de enero de 2018, recibándose aquella en el Registro del Tribunal el 8 y el 10 de enero.

El 11 de enero de 2018, la Secretaría del Tribunal solicita al órgano de contratación determinada documentación que no consta en el expediente, recibándose aquella el mismo día por correo electrónico.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 12 de enero de 2018, se dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las empresas CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., y OPTIMUM VISION CARE, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra el informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y subsidiariamente, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 5 de diciembre de 2017, por el que se excluye la oferta de la recurrente en el lote 5.

En primer lugar, hemos de analizar si la primera actuación impugnada, a saber, el informe técnico de valoración de las ofertas es un acto susceptible de impugnación independiente, a través del recurso especial en materia de contratación.

Este Tribunal, ya ha señalado en reiteradas resoluciones (v.g. Resoluciones 5/2012, de 16 de enero, 67/2012, de 19 de junio y 90/2014, de 21 de abril) 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 esta, se han de seguir una serie de fases con actuaciones en las que intervienen 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 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— y ello, por un principio de concentración procedimental. Así, habrá que esperar a la resolución del*



procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.”

En efecto, el artículo 40.2 b) del TRLCSP dispone que podrán ser objeto del recurso especial *“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”*. Asimismo, el apartado 3 del mismo artículo establece que *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”*.

Pues bien, una vez concluido que los actos de trámite dictados durante la tramitación del procedimiento de adjudicación solo podrán ser impugnados de manera autónoma e independiente cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 40.2 b) del TRLCSP, hemos de determinar si el informe técnico sobre valoración de las ofertas es susceptible de recurso especial conforme al precepto señalado o solo puede ser impugnado con ocasión del recurso interpuesto contra la adjudicación -tal y como señala el artículo 40.3 del citado texto legal- o en su caso, con ocasión del recurso contra la exclusión, si esta fuese notificada adecuadamente al licitador antes de la resolución final del procedimiento y dicha exclusión tuviese su fundamento y base en el informe técnico en cuestión.

En el supuesto examinado, el informe técnico objeto del recurso no produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la



empresa recurrente, pues siempre es posible esperar a la resolución de adjudicación o al acuerdo de exclusión debidamente notificado para que la entidad licitadora pueda impugnar tales actos en defensa de sus derechos e intereses legítimos, bien por no haber resultado adjudicataria, bien por considerar que su oferta ha sido indebidamente excluida de la licitación, y es precisamente con ocasión de la impugnación de estos actos cuando podrá alegarse que el informe técnico en que uno u otro se sustentan adolece de un vicio o irregularidad que determina su anulación, así como la de los actos posteriores -adjudicación y/o exclusión- sustentados en aquel.

Por tanto, aun cuando estamos en presencia de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar una Administración Pública, el informe técnico recurrido no es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial en los términos previstos en el artículo 40.2 b) del TRLCSP.

A continuación, hemos de analizar el otro acto contra el que se dirige subsidiariamente el recurso. La entidad recurrente solicita que *“(...) se declare la nulidad del acuerdo de la mesa de contratación de fecha 5 de diciembre de 2017 el cual determina la exclusión de ALCON del lote 5 (...) por cuanto no correspondía excluir de forma aislada ofertas de algunas empresas sino declarar desierto este lote por no cumplir ninguna de las ofertas presentadas con los requisitos mínimos que exigen los pliegos que rigen la licitación”*.

Así pues, el acto que se afirma como impugnado por parte de la recurrente es la exclusión de su oferta en el lote 5. No obstante, visto el contenido del recurso, se observa que ALCON CUSÍ no ataca sustantivamente tal exclusión, sino que se aquieta a la misma reconociendo que su proposición no cumple el requerimiento técnico señalado en el informe emitido por la comisión técnica. Dice así su escrito de recurso *“(...) no cabe duda que todas las ofertas excluidas en el lote 5 (incluido el modelo ofertado en este lote por Alcon Cusí) no cumplen con una de las características técnicas obligatorias (...)”*.



Siendo ello así, no puede considerarse que el acto impugnado en este recurso sea la exclusión pues esta no genera, desde el punto de visto material o sustantivo, ninguna controversia, habiendo sido aceptada claramente por la recurrente. En realidad, lo que pretende ALCON CUSÍ -y así lo expresa en su escrito de recurso- es que la licitación al lote 5 se declare desierta ante el incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos exigidos en los pliegos por parte de todas las ofertas presentadas en el lote mencionado.

Ahora bien, con tal pretensión se anticipa al curso normal de los actos del procedimiento, pues será con motivo de un eventual recurso posterior contra la adjudicación del lote 5 cuando la recurrente, previa impugnación de dicho acto, pueda invocar que la licitación debió declararse desierta por el incumplimiento ahora denunciado en el recurso examinado.

Es más, no debe olvidarse que, tratándose del procedimiento abierto, el artículo 160.2 del TRLCSP dispone que *“La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada por la mesa deberá motivar su decisión”*. Quiere ello decir que en el momento procedimental en que actualmente se encuentra la licitación del lote 5, todavía es posible que el órgano de contratación, acogiéndose a lo dispuesto en el precepto legal transcrito, pudiera apartarse motivadamente de la propuesta de la mesa de contratación adjudicando el contrato a otro licitador distinto o incluso declarando desierta la licitación.

Por cuanto se ha expuesto, hemos de concluir que, si bien la exclusión de la oferta de ALCON CUSÍ en el lote 5 es un acto susceptible de recurso especial conforme al artículo 40.2 b) del TRLCSP, tal exclusión es aceptada por la propia empresa recurrente. Por tal razón, no puede admitirse, pese a la literalidad de los términos del recurso, que uno de los actos impugnados sea dicha exclusión.



Asimismo, considerando que la verdadera pretensión de la recurrente es que se declare desierta la licitación en el lote 5, hemos de indicar que aquella habrá de esgrimirse, en su caso, en un eventual recurso posterior contra la adjudicación del lote 5.

Con base en lo expuesto, procede declarar la inadmisión del recurso especial contra el informe técnico, al no tratarse de un acto susceptible del mismo conforme al artículo 40.2 b) del TRLCSP por cuanto no origina indefensión ni perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos de la recurrente. Asimismo, respecto a la exclusión, aunque formalmente el recurso se interpone contra la misma siendo un acto recurrible al amparo del precepto legal citado, después no es sustantivamente combatida en el escrito de impugnación, sino que es consentida y aceptada, por lo que no es posible sostener que el recurso interpuesto se dirija contra la misma.

Una vez declarada la inadmisión del recurso, no procede seguir examinando los demás requisitos de admisión, ni el fondo de la controversia suscitada.

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 **ALCON CUSÍ, S.A.** contra el informe técnico de valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, adoptado en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis oftalmológicas, material específico para oftalmología y material de equipos a medida con destino a los centros de la Plataforma de Logística Sanitaria de Huelva”, convocado por el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 100/2017), al no ser el acto impugnado susceptible de recurso, debiendo estarse



respecto a la exclusión a lo argumentado en el fundamento de derecho tercero de esta resolución.

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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. 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.

