

Recurso 277/2016**Resolución 316/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 7 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.U.** contra la Resolución, de 23 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de reactivos y material fungible para la realización de determinaciones analíticas para la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga y la APES Costa del Sol”, respecto de la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412) (Expte. 599/2015, CCA. 6IMN4KZ), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 20 de agosto de 2015, 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 3 de septiembre de 2015, en el Boletín Oficial del Estado núm. 211.

El valor estimado del contrato asciende a 86.774.242,25 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por 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 (en adelante RGLCAP), 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. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento se dicta Resolución, de 23 de junio de 2016, por la que se adjudica el contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.

Dicha resolución de adjudicación, de 23 de junio de 2016, respecto de la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412) fue objeto de recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal (recurso 169/2016), que fue estimado parcialmente por este Órgano en su Resolución 225/2016, de 23 de septiembre.

Por el órgano de contratación, en ejecución de la citada Resolución 225/2016, se dicta resolución, de 21 de octubre de 2016, acordando en relación a la citada Agrupación 43 desestimar la oferta presentada por DISTRIBUIDORA DE ANALÍTICA PARA LA MEDICINA IBÉRICA, S.A. y adjudicar la misma a la entidad GRIFOLS MOVACO, S.A. clasificada a continuación. Dicha resolución, de 21 de octubre de 2016, fue remitida por correo electrónico a la ahora



recurrente el 24 de octubre de 2016 y publicada en el perfil de contratante el mismo día.

CUARTO. El 11 de noviembre de 2016 se presentó en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.U. (en adelante ORTHO CLINICAL), contra la citada resolución de adjudicación, de 21 de octubre de 2016, respecto de la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412).

QUINTO. Mediante escrito de la secretaría del Tribunal, de 14 de noviembre de 2016, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que aporte el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la solicitud de mantenimiento de la suspensión del procedimiento instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a todo lo solicitado el 21 de noviembre de 2016.

SEXTO. Por la secretaría del Tribunal mediante escrito, de 22 de noviembre de 2016, se comunica a la recurrente que el procedimiento de contratación, respecto de la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412), se encuentra suspendido en virtud de la Resolución, de 18 de noviembre de 2016, derivada del recurso 274/2016 interpuesto por la entidad DISTRIBUIDORA ANALÍTICA PARA LA MEDICINA IBÉRICA, S.A. (en adelante DIAMED).

SÉPTIMO. Con fecha 23 de noviembre de 2016, la secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado la entidad GRIFOLS MOVACO, S.A. (en adelante GRIFOLS).



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 licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos 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 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*



La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 24 de octubre de 2016, presentándose el recurso en el Registro de este Tribunal el 15 de noviembre de 2016, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se declare con respecto a la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412) la anulación de la resolución de adjudicación impugnada y la retroacción de las actuaciones para que se proceda a la exclusión de la oferta presentada por GRIFOLS, en cumplimiento de los pliegos y de la normativa que resulte de aplicación.

Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, la resolución, de 21 de octubre de 2016, impugnada trae causa de la ejecución por el órgano de contratación de la Resolución 225/2016, de 23 de septiembre, dictada por este Tribunal estimando parcialmente el recurso 169/2016.

En dicha resolución se disponía por parte de este Tribunal lo siguiente: *“En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas en los fundamentos de derecho de esta resolución, procede estimar parcialmente el recurso presentado y, en consecuencia, anular la resolución de adjudicación con retroacción, en su caso, de las actuaciones para que por el órgano de contratación se proceda a rechazar la oferta presentada por la entidad DIAMED en los términos establecidos en el fundamento de derecho sexto, con continuación del procedimiento de adjudicación, todo en relación con la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412).”*

Por su parte el órgano de contratación en ejecución de dicha Resolución 225/2016, dictó la resolución, de 21 de octubre de 2016, en la que se acuerda, en



lo que aquí interesa, adjudicar la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412) a la empresa GRIFOLS.

La recurrente en su recurso impugna la citada resolución, de 21 de octubre de 2016, basando su alegato en que, a su juicio, la oferta de GRIFOLS debe ser excluida de la licitación.

Afirma la recurrente que a la luz de la resolución de adjudicación, de fecha 21 de octubre de 2016, dictada por el órgano de contratación, accedió previa solicitud a la vista del expediente el 3 de noviembre de 2016, obteniendo nueva información de relevante calado, relativa a una serie de irregularidades jurídicas de que adolece la resolución aludida, y en la medida en que dichas irregularidades constituyen una infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público, se interpone el presente recurso especial en materia de contratación.

Puntualiza la recurrente que el recurso no se interpone en reiteración de las menciones que fueron esgrimidas en el anterior de fecha 14 de julio de 2016, y que motivó la Resolución 225/2016 del Tribunal, ya que la fundamentación del presente deriva de la información obtenida en el acto citado de acceso al expediente. Aclara que esta afirmación se realiza a fin de determinar que no es temerario su actuar y el mismo no encierra mala fe ya que, el presente recurso, se sustenta en información que anteriormente era desconocida por ella.

Acto seguido, la recurrente en su recurso expone y analiza los motivos por los entiende que la oferta de GRIFOLS ha de ser excluida de la licitación, respecto de la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412).

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo en base a los siguientes argumentos:



Afirma el órgano de contratación que los aspectos que justifica y recurre la empresa ORTHO CLINICAL inciden en el material ofertado por GRIFOLS relativo al incubador de plaquetas, agitador de plaquetas, neveras y microscopio, aspectos que ya fueron objeto de impugnación, estudio y desestimación en el fundamento séptimo de la Resolución 225/2016 del Tribunal.

Señala el informe al recurso que la resolución, de 21 de octubre de 2016, se limita a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal en la citada Resolución 225/2016, que es inmediatamente ejecutiva, no existiendo nuevos elementos fácticos o jurídicos distintos en la citada resolución ahora cuestionada, resultando, como no podía ser de otro modo, nueva adjudicataria la empresa GRIFOLS que quedó en segunda posición en la adjudicación, de 23 de junio de 2016, anteriormente recurrida (recurso 169/2016) y que dio lugar a la Resolución 225/2016 del Tribunal.

A su juicio, el recurso presentado por ORTHO CLINICAL, en tanto tiene por finalidad cuestionar lo que ya fue -o pudo ser- objeto de tratamiento en la Resolución 225/2016, debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa, y solo será posible, ex artículo 49 del TRLCSP, recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Señala el órgano de contratación que cualquier interpretación relativa a la admisión de un nuevo recurso especial, por los mismos motivos que ya fueron evaluados jurídicamente en su momento, generaría una clarísima inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas. A su entender, lo que pretende la recurrente es generar una segunda instancia administrativa, y dicha consideración no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Manifiesta el informe al recurso que los motivos expuestos por la recurrente ya fueron alegados -o pudieron serlo- en el trámite de alegaciones desarrollado



ante el Tribunal para la emisión de la Resolución 225/2016, por lo que las conclusiones jurídicas acordadas en la misma solo cabe ratificarlas, y desestimar las señaladas en el presente recurso especial en base al principio propio de irrevocabilidad de las resoluciones del Tribunal establecido en el artículo 49 del TRLCSP.

Concluye que todas las cuestiones planteadas por la recurrente gozan de lo que se ha dado en llamar "cosa juzgada administrativa" y no se puede volver a plantear un recurso especial contra una resolución en base a los motivos sobre los que ya ha dictaminado el Tribunal.

GRIFOLS, como entidad interesada, en su escrito de alegaciones se manifiesta en sentido similar al del órgano de contratación, puntualizando que, a su juicio, el objeto del presente recurso (277/2016) es el mismo, con unos argumentos muy similares a los esgrimidos en el recurso 169/2016, en el que se solicitaba por ORTHO CLINICAL la revisión de la oferta presentada por GRIFOLS, y en relación a los cuales ese Tribunal ya se pronunció en la Resolución 225/2016.

SEXTO. Vistas las alegaciones de la partes procede su análisis.

Al respecto, aun cuando la recurrente formalmente ataca la resolución, de 21 de octubre de 2016, del órgano de contratación dictada en ejecución de la Resolución 225/2016 de este Tribunal, materialmente está combatiendo la propia resolución de este Tribunal que era firme en vía administrativa y contra la misma solo cabía recurso contencioso-administrativo.

La citada Resolución 225/2016 de este Tribunal, en lo que aquí interesa, acordó en su fundamento séptimo desestimar la pretensión de ORTHO CLINICAL de que no se valoraran determinadas mejoras ofertadas por GRIFOLS -una serie de neveras, congeladores de plasma, ultracongelador, agitadores de plaquetas, incubador de plaquetas y un microscopio-, porque, a su juicio, no estaban



previstas en los pliegos y no tenían relación alguna con el equipamiento necesario para realizar las técnicas de inmunohematología objeto de licitación.

En definitiva, el presente recurso presentado por ORTHO CLINICAL, al tener como finalidad discutir lo que ya fue objeto, o pudo serlo, de enjuiciamiento en la Resolución 225/2016, de 23 de septiembre, debe ser inadmitido y solo puede ser objeto de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme al artículo 49 del TRLCSP, sin que este Tribunal entre a prejuzgar si los motivos esgrimidos por la recurrente en el presente recurso coinciden o no con los alegados en el anterior (recurso 169/2016). En este mismo sentido se expresan otros órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resolución 338/2016, de 29 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Acuerdo 48/2012, de 2 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En efecto, tras la resolución de un recurso especial en materia de contratación solo es posible su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, cualquier interpretación relativa a la admisión de un nuevo recurso especial, por los mismos motivos que ya fueron evaluados jurídicamente en su momento o que pudieron haberlo sido si se hubiesen alegado, generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas. Siendo así que la pretensión de la recurrente de generar una segunda instancia administrativa no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Como ya dijimos en nuestra Resolución 73/2013, de 3 de junio, el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *"que entra a resolver el fondo de la controversia, y estima o desestima las pretensiones deducidas, deja definitivamente zanjada la cuestión"*. En el mismo sentido, como expusimos en la citada resolución, se pronuncia el Alto Tribunal en la Sentencia, de 12 de junio de 1997, al señalar



que las resoluciones que concluyen los procedimientos *"de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a las sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)"*.

En consecuencia, no es posible recurrir en vía administrativa lo ya resuelto por este Tribunal.

En efecto, la utilización de la palabra “solo” que emplea el legislador en el artículo 49.1 del TRLCSP *“Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme (...)”*, indica inequívocamente su voluntad de limitar la posibilidad de impugnación de las resoluciones de los órganos administrativos de recursos contractuales a la vía contencioso-administrativa y excluir cualquier otra posibilidad, directa o indirecta, de recurso.

Procede, pues, la inadmisión del recurso presentado.

SÉPTIMO. Alega el órgano de contratación que, a su juicio, la entidad ORTHO CLINICAL ha obrado en la interposición del presente recurso con mala fe.

Afirma que cuando la recurrente señala en su recurso textualmente que *"(...) esta representación accedió, en fecha de 03 de noviembre de los corrientes, al expediente que se cita, obteniendo nueva información de relevante calado que motiva la interposición del presente recurso especial en materia de contratación (...)”*, intenta exponer que no ha tenido, desde un principio, acceso a toda la documentación, y que ha sido ahora cuando ha podido, lo que le ha servido para poner un nuevo recurso especial, basándose en hechos que no pudo alegar en su momento.



Afirma el órgano de contratación que en las dos vistas de expediente que la recurrente ha solicitado y ha accedido, como se puede comprobar en las actas firmadas al efecto, una el 11 de julio de 2016 antes del primer recurso (169/2016) y la otra el 3 de noviembre de 2016 antes del segundo recurso (277/2016), se constata que ha podido tener acceso a toda la documentación sin que en ninguno de los casos haya realizado observaciones al respecto.

Al entender del órgano de contratación, este actuar de la recurrente implica mala fe en la medida en que la interposición del presente recurso -frente al hecho de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa-, obliga a la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación, hasta la emisión de la correspondiente resolución por ese Tribunal, impidiendo la ejecución contractual por la imposibilidad de poder llevar a cabo la formalización del contrato.

En su descargo la recurrente señala, como se ha expuesto anteriormente, que no es temerario su actuar y el mismo no encierra mala fe ya que, el presente recurso, se sustenta en información que anteriormente era desconocida por ella, ya que su fundamentación deriva de la información obtenida en el acto de acceso al expediente de 3 de noviembre de 2016.

Pues bien, este Tribunal ha podido comprobar en la documentación que obra en el expediente que la recurrente en ambas vistas de expediente tuvo acceso a la misma información. Al respecto en lo que aquí interesa consta en el acta de 11 de julio de 2016 que tuvo acceso a los informes técnicos y a las propuestas técnicas (sobres 2 y 4) y económicas (sobres 3) de todas las empresas licitadoras a la Agrupación 43, y en el de 3 de noviembre de 2016 consta que tuvo acceso a la documentación técnica aportada por GRIFOLS, tanto en el sobre 2 como en el sobre 4.



Por tanto, no se sostiene la afirmación de la recurrente de que la fundamentación del presente recurso (277/2016) deriva de la información obtenida en el acto de acceso al expediente de 3 de noviembre de 2016, pues en esta vista tuvo acceso a la misma información que le fue facilitada en la de 11 de julio de 2016, pudiendo comprobar en esta la información que dice ahora fundamentar el presente recurso, y si no hizo dicha comprobación fue por su falta de diligencia.

En consecuencia, el examen del recurso, que ha sido inadmitido en la presente resolución con base en las consideraciones realizadas anteriormente, lleva a este Tribunal a apreciar la existencia de mala fe en su interposición, toda vez que la recurrente sustenta su pretensión en haber obtenido en la vista de 3 de noviembre de 2016 una información que anteriormente era desconocida por ella, cuando se ha analizado que dicha información la conocía o podía haberla conocido en la vista de 11 de julio de 2016, con anterioridad a la interposición de su primer recurso (169/2016).

Este proceder evidencia absoluta deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, por lo que este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.5 del TRLCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa por importe de 1.000 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 **ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.U.** contra la Resolución, de 23 de junio de 2016, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato



denominado “Suministro de reactivos y material fungible para la realización de determinaciones analíticas para la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga y la APES Costa del Sol”, respecto de la Agrupación 43 (Lotes 404 al 412) (Expte. 599/2015, CCA. 6IMN4KZ), por los motivos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Imponer a ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.U. una multa de 1.000 euros, por apreciar mala fe en la interposición del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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.

