

**Recurso 371/2014****Resolución 233/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 29 de junio de 2015

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HEXACATH ESPAÑA, S.L.** (en adelante HEXACATH), contra la Resolución, de 14 de noviembre de 2014, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Puerta del Mar, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis vasculares coronarias: hemodinámica. (Subgrupo 04.02 del Catálogo de bienes y servicios del SAS), respecto del lote 7” (Expte. 219/14), promovido por dicho Hospital, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 14 de mayo de 2014 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 promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar dependiente del Servicio Andaluz de Salud. Asimismo, el 19 de mayo de 2014 el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado número 2121 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 8.798.020 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), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y en 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 dicho procedimiento presentaron oferta al lote 7 diversas empresas, entre ellas la ahora recurrente.

**TERCERO.** Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 14 de noviembre de 2014 se dictó Resolución de adjudicación del contrato respecto a unos lotes y se declara el desistimiento de la licitación respecto a los lotes 1, 2, 4, 7 y 8, la cual fue publicada en la plataforma de contratación el 1 de diciembre de 2014 y remitida al licitador ahora recurrente el 2 de diciembre de 2014, no constando en el expediente remitido a este Tribunal la fecha de recepción.

**CUARTO.** El 19 de diciembre de 2014, tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por HEXACATH contra la resolución citada en el antecedente previo por la que se declara el desistimiento respecto al lote 7.

La recurrente solicita en el recurso que, tras los trámites correspondientes, se dicte resolución por la que se acuerde anular la resolución en lo relativo al desistimiento, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado a fin de que el órgano de contratación dicte nueva resolución adjudicando el lote 7 a la ahora recurrente.

**QUINTO.** El 19 de diciembre de 2014, mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, se solicitó al órgano de contratación copia del expediente de contratación completo, informe sobre el recurso, alegaciones a la medida cautelar



de suspensión del procedimiento y listado de licitadores con los datos precisos para su notificación. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal el 29 de diciembre de 2014 y 19 de enero de 2015.

**SEXTO.** Con fecha 30 de enero de 2015, se dicta por este Tribunal resolución por la que se acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto del lote 7 del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente.

**SÉPTIMO.** Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 3 de febrero de 2015, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

**OCTAVO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

## **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 ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.



En cuanto al concreto acto de que se recurre, esto es la resolución de desistimiento de la licitación respecto del lote 7, es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del artículo 40 del TRLCSP, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

En este sentido, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en su resolución 59/2015, de 17 de febrero, que señala que *<<La posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al afirmar sobre esta cuestión, la Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto Hospital Ingenieure, apartado 48, 50 y 51 (Criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto Koppensteiner GMBH), lo siguiente:*

*«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios esta sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.*

...

*Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.*

*En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las*



*normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».*

*La finalidad de esta doctrina es garantizar «el efecto útil de la Directiva 89/665. Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de esta Directiva es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse y, precisamente para garantizar el respeto de dichas directivas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posible (véase, en este sentido, la sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartados 33 y 34)» (Apartado 52 de la sentencia citada).*

*Este criterio ha sido recogido por este Tribunal en la Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por los demás órganos de recursos contractuales (por ejemplo, el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato.>>*

El recurso se interpone contra el desistimiento de la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano de la Administración Pública, siendo su valor estimado de 8.798.020 euros, por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a lo establecido en el 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”*.

No obstante, hay que tener en cuenta que el acto impugnado no es el de adjudicación sino el de desistimiento del procedimiento, con lo que la remisión que hace el citado artículo 44.2 al artículo 151.4 ha de entenderse respecto del artículo 155.1 del TRLCSP que establece que *“En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.”*

No puede olvidarse que el sistema de cómputo de plazos arraigado en el ordenamiento jurídico español en coherencia con los principios de seguridad jurídica y defensa del administrado, es el de considerar *dies a quo* el de la fecha de notificación en forma del acto susceptible de recurso.

Al respecto debe tenerse en cuenta la exigencia del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que señala que *“Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”*.

En consecuencia, siendo la notificación requisito de eficacia del acto administrativo es evidente que las notificaciones efectuadas no pueden producir el efecto de dar inicio al transcurso del plazo para recurrir sino cuando conste su recepción, de tal forma que deberá considerarse como fecha de notificación la del día en que fue recibido por el recurrente.



La notificación es un instrumento capital del derecho de defensa (por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2009, de 16 de julio). Su finalidad es lograr que el acto administrativo sea conocido por el interesado, para que, en definitiva, pueda aquietarse o reaccionar ante el mismo con todas las garantías de defensa. Así la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) de 30 de abril de 1998, afirma que *«lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos»*.

En el supuesto examinado, la resolución impugnada se publicó en la plataforma de contratación el 1 de diciembre de 2014 y fue remitida al licitador ahora recurrente el 2 de diciembre de 2014, no constando en el expediente remitido a este Tribunal la fecha de recepción. Al haberse presentado el recurso en el Registro auxiliar de este Tribunal el 19 de diciembre de 2014, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado, aún contando como *dies a quo* el 2 de diciembre.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente formula recurso contra la Resolución, de 14 de noviembre de 2014, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Puerta del Mar, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 7, del contrato de suministro descrito en el encabezamiento de esta resolución. Se alega por la recurrente la inexistencia de error insubsanable o vicio suficiente que justifique el desistimiento acordado por el órgano de contratación.

Manifiesta la recurrente que de conformidad con el artículo 155 del TRLCSP, no todo error que se cometa en el procedimiento de contratación llevará aparejado el radical resultado previsto en el citado artículo, sino que únicamente deberá desistirse del procedimiento cuando el error sea equiparable a los vicios que, conforme a la legislación aplicable, sean causantes de nulidad, pues sólo los



supuesto de nulidad son, en esencia, insubsanables. Para reforzar su alegato trae a colación diversas resoluciones de los Tribunales de recursos de contratos de Navarra y Aragón.

Alega la recurrente que la no exclusión de las empresas que no alcanzaron el umbral técnico mínimo, y, por tanto, sus ofertas económicas fueron abiertas, no es un vicio de nulidad de pleno derecho sino, por el contrario, no deja de ser una irregularidad que podía subsanarse mediante la exclusión en el momento en que se observó su comisión.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que con fecha 20 de octubre de 2014 se realiza por la mesa de contratación la propuesta de identificación de la oferta más ventajosa, poniéndose de manifiesto en ese momento el error de no haber excluido del proceso a aquellas ofertas que no habían igualado o superado el umbral mínimo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Ante esta situación se consideró por el órgano de contratación que dicha circunstancia, en aplicación del artículo 155 del TRLCSP, se enmarca dentro del supuesto contemplado en el mismo de desistimiento, fundado en una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación.

**SEXTO.** Expuestas la alegaciones de las partes procede entrar en el fondo del asunto, esto es analizar si la resolución de 14 de noviembre de 2014, del órgano de contratación, por la que se acuerda el citado desistimiento, resulta ajustada a derecho, esto es si ha infringido la legislación en materia de contratos públicos y, particularmente los principios de transparencia e igualdad de trato, sancionados en el artículo 1 del TRLCSP como principios rectores de la contratación.

El desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal



Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

Al respecto señala el artículo 155 del TRLCSP lo siguiente: “1. *En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*

*2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.*

*3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.*

*4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”.*

Por tanto, las entidades adjudicadoras no están obligadas a llevar a término el procedimiento de adjudicación si bien, toda cancelación de la licitación debe estar sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que constituyen límites al ejercicio de dicha potestad discrecional de la Administración.

Pues bien, las circunstancias que habilita el artículo 155 TRLCSP para poder acordar un desistimiento del procedimiento son: que se haya acordado por el



órgano de contratación, que ese acuerdo se tome antes de la adjudicación y que exista una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento.

En el presente caso resulta que el acuerdo de desistimiento ha sido adoptado por el órgano de contratación antes de la adjudicación, por lo que resta por determinar la existencia o no de una infracción no subsanable.

Entiende este Tribunal, como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, que lo determinante para que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos es que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público. No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento.

En cuanto al supuesto que nos ocupa, en el que no se excluyó en el momento procedimental oportuno la oferta de aquellos licitadores que no habían superado el umbral mínimo exigido en el PCAP para seguir en el procedimiento, este Tribunal se ha manifestado en un caso parecido en la resolución 171/2015, de 12 de mayo, en la que se señala que *“Sin embargo, tal como manifiesta el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso, la oferta de la ahora recurrente debió de haberse excluido en la fase valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, por no haber ofertado determinados números de lotes dentro de cada agrupación. Dicha circunstancia habría impedido la apertura de los sobres 3 y 4 de la recurrente, no obstante tal irregularidad cometida por la comisión técnica y por la mesa de contratación, no puede convalidar el motivo principal de la exclusión de la ahora recurrente, esto es, el no haber ofertado determinados números de lotes dentro de cada agrupación, pues lo contrario supondría admitir una oferta que no cumple lo requisitos mínimos exigidos en los pliegos.*



*En todo caso, ya sea en la fase de valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, o ya sea en la fase posterior de valoración de los criterios automáticos, la consecuencia jurídica de no haber ofertado determinados números de lotes dentro de cada agrupación es la misma, esto es, la exclusión de la licitación.”*

En la citada resolución, este Tribunal entendió que la comisión técnica y, posteriormente, la mesa de contratación, al no haber excluido a un licitador tras la fase valoración de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, y haber permitido la apertura de la documentación de la oferta económica y de los restante criterios de evaluación automática, cometió una irregularidad no invalidante pero no un vicio de nulidad.

En el presente supuesto, la mesa de contratación o, en su caso, el órgano de contratación pudieron haber declarado la exclusión de aquellos licitadores que no habían superado el umbral mínimo exigido en el PCAP para seguir en el procedimiento en el momento que detectaron tal infracción, toda vez que la misma hubiese decantado la adjudicación, caso de reunir todos los requisitos, a la única licitadora que debía de haber continuado en el procedimiento.

Así se desprende del acta de la mesa de contratación, de 18 de septiembre de 2014, en la que se constata que de las tres empresas que presentaron oferta al lote 7, dos de ellas obtuvieron menos de 10 puntos en la fase de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor, por lo que debían haber quedado excluidas, continuando solamente en el procedimiento la oferta de la ahora recurrente que a la postre debería haber sido la adjudicataria, de haber reunido el resto de los requisitos.

A mayor abundamiento, el hecho de haber quedado como única licitadora en el procedimiento de adjudicación del lote 7 hubiese originado que se le asignase la máxima puntuación en aquellos criterios de evaluación automática, incluida la oferta económica.



Lo contrario, esto es, admitir el desistimiento supondría que aquellas empresas licitadoras que debieron ser excluidas, y por tanto sus ofertas no se adecuaban al PCAP, podrían tener una nueva oportunidad en un hipotético nuevo procedimiento que iniciase el órgano de contratación, viéndose favorecidas en perjuicio de la otra empresa licitadora que cumpliendo el pliego, y debiendo ser propuesta como adjudicataria, ve relegada sus expectativas a un hipotético nuevo procedimiento de adjudicación.

En consecuencia, con base en todas las consideraciones anteriores, este Tribunal entiende que no existe vicio de nulidad, por lo que el desistimiento acordado por el órgano de contratación en resolución de 14 de noviembre de 2014, respecto al lote 7, no puede ser aceptado, debiendo estimarse el recurso interpuesto.

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 **HEXACATH ESPAÑA, S.L.**, contra la Resolución, de 14 de noviembre de 2014, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Puerta del Mar, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis vasculares coronarias: hemodinámica. (Subgrupo 04.02 del Catálogo de bienes y servicios del SAS), respecto del lote 7” (Expte. 219/14), promovido por dicho Hospital, y en consecuencia, anular el acto de desistimiento del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 7, ordenando reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración de las ofertas conforme a los criterios evaluables de forma automática, para que se proceda, previa exclusión de aquellas entidades que no superaron el umbral mínimo, a una nueva valoración de la única oferta que continua en el procedimiento conforme a los citados criterios, continuando el procedimiento en los términos previstos legalmente, conforme a los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución.



**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento, respecto al lote 7, acordada por este Tribunal mediante resolución de fecha 30 de enero de 2015.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

