



Recurso nº 039/2010

Resolución nº 030/2010

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 16 de diciembre de 2010.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. D. B., en representación de MOLNLYCKE HEALT CARE, SL, contra la propuesta de adjudicación provisional de 28 de octubre de 2010, del Presidente y del Secretario de la Junta Directiva del Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante, referida al suministro de cobertura quirúrgica desechable y guantes, y en la que no aparecía como adjudicataria la recurrente, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante (en adelante CRRL) convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 17 de agosto de 2010, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el suministro de cobertura quirúrgica desechable y guantes, en la que presentó oferta la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con las instrucciones internas de contratación del CRRL, así como con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública, situación que concurre en el CRRL.

La citada licitación se resolvió provisionalmente mediante propuesta de adjudicación de 28 de octubre de 2010, del Presidente y del Secretario de la Junta Directiva del Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante a favor de Laboratorios Hartmann, SA.

Tercero. Contra dicha propuesta MOLNLYCKE HEALT CARE, SL, a través de su representante, interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de

entrada en el registro de 17 de noviembre de 2010, por el que solicitaba retrotraer las actuaciones hasta el momento de valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas y tras la correspondiente valoración adjudicar el contrato a la propuesta más ventajosa.

Con fecha 22 de noviembre de 2010 fue remitido a este Tribunal el expediente administrativo acompañado del informe de la Mesa de Contratación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándolas un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho convengan, sin que se haya evacuado este trámite por las interesadas.

Quinto. Con fecha 1 de diciembre de 2010, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello y dentro de plazo al no haber transcurrido entre la adopción de la resolución y la interposición del mismo más de los quince días hábiles que establece el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

Segundo. Asimismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, corresponde la competencia para resolver el citado recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

Cuarto. Con carácter previo es necesario precisar que el Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante, Centro Mancomunado de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 292, como entidad colaboradora de la Seguridad Social, se rige por el Texto refundido de la Ley de la

Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio; por el Reglamento General sobre Colaboración en la Gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y por las demás disposiciones legales y reglamentarias que los han modificado o complementado.

La Ley de la Seguridad Social, en sus artículos 68 y siguientes, configura las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales como asociaciones sin ánimo de lucro que, con esa denominación, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y bajo la tutela y control de dicho Departamento, se constituyan mancomunadamente por empresarios con el objeto de colaborar, mediante un sistema de reparto de costes, en la gestión de las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, realizar actividades de prevención, recuperación y demás previstas en la Ley, colaborar en la gestión de la prestación económica de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y efectuar las demás actividades, prestaciones y servicios de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente. En todo caso, las prestaciones, asistencias y servicios que dispensan las Mutuas, así como los Centros Mancomunados constituidos por ellas, en el desarrollo de su actividad de colaboración forman parte de la acción protectora y del patrimonio de la Seguridad Social y están sujetas al régimen establecido por su Ley reguladora y las normas de aplicación y desarrollo.

Por su parte la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, regula la contratación del sector público con el fin de garantizar que ésta se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos y confidencialidad, así como, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios (art. 1).

La citada Ley incluye expresamente en el sector público a “las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social” (art. 3.1.g), y consiguientemente a los Centros Mancomunados constituidos, considerando como “poderes adjudicadores”, además de “las Administraciones Públicas”, a “todos los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados

específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia” (art. 3.3.b).

De este modo, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y los Centros Mancomunados constituidos por ellas, en tanto entidades colaboradoras en la gestión de la acción protectora de la Seguridad Social, que satisfacen fines de interés general bajo la tutela y control de la Administración General del Estado, y cuyos ingresos derivados de esa colaboración forman parte del patrimonio de la Seguridad Social, quedan integradas en el sector público con el carácter de poderes adjudicadores y sometidas a la Ley de Contratos del Sector Público con el alcance que la propia Ley determina.

A este efecto, la Ley establece las “Normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas” (Sección 1ª, Capítulo II, Título I del Libro III). Entre estas normas, la Ley distingue las relativas a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada –supuesto aplicable al expediente de referencia- y las aplicables a aquellos otros contratos no sujetos a armonización, disponiendo reglas específicas para los primeros (art. 174) y estableciendo ciertas disposiciones para los segundos (art. 175).

Quinto. Visto lo anterior, la primera cuestión que ha de abordarse es la relativa a los requisitos de admisión del recurso, lo que debe llevarnos asimismo a la determinación de si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Al respecto debe traerse a colación la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010, de conformidad con el cual: *“La segunda hipótesis a considerar en este apartado se refiere a la posibilidad de que la adjudicación provisional se haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En tal caso, debe entenderse que ya sólo cabe interponer el recurso que regula esta nueva Ley, siendo la cuestión a resolver*

si tal recurso puede interponerse o no contra la adjudicación provisional. A tal respecto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser fijado tomando en consideración los principios que inspiran la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En este sentido queda de manifiesto por el propio contenido de la reforma que, tal como se ha indicado en los antecedentes de este informe, una de las cuestiones a resolver por ella se refiere a la posibilidad o no de recurrir por la vía del recurso especial los actos administrativos que puedan derivar de los trámites a cumplimentar entre ambas adjudicaciones. Se trata en particular de las incidencias que desde el punto de vista jurídico, surjan en relación con la presentación durante el período que transcurre entre ellas de los diferentes documentos a que se refería el párrafo segundo del artículo 135.4 de la Ley en su redacción anterior. Precisamente para dar solución a la posibilidad de que también dichos actos fueran susceptibles de recurso especial, exigencia que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, la reforma suprime la dualidad de adjudicaciones manteniendo una sola, antes de la cual deben aportarse por el futuro adjudicatario la totalidad de los documentos. Puesto que dicha única adjudicación es uno de los actos recurribles a través del nuevo recurso especial, es evidente que las incidencias relacionadas con la presentación de tales documentos ya pueden ser motivo para la interposición del recurso, recogiendo con ello lo que expresamente advirtió la Comisión Europea en dictamen motivado dirigido al Reino de España. Pues bien, el equivalente a esta adjudicación en el sistema hasta ahora vigente es sin duda la adjudicación definitiva pues es la que se acuerda una vez concluida la totalidad de los trámites que componen el procedimiento. Consiguientemente, frente a los actos de adjudicación provisional dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, debe considerarse que no cabe el recurso especial creado por ella, más que si respecto de ellos se cumplieran los requisitos que de conformidad con el nuevo artículo 310 permiten recurrir los actos de trámite. El acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva. Y ello, porque sólo de esta forma es posible cumplir con la exigencia derivada de la sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto antes citado, cuya doctrina es recogida expresamente en la Directiva 2007/66/CE, en el sentido de que entre la adjudicación del contrato y su celebración debe transcurrir un periodo de suspensión de sus efectos que permita la posibilidad de interponer el recurso especial y durante el cual, por tanto, no se produzcan

actos administrativos que pudieran ser también recurridos. Esta es la razón última que ha llevado al legislador a suprimir una de las dos adjudicaciones y a establecer que el contrato se perfeccione mediante su formalización". Sentando como conclusión de todo ello que "contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, no cabrá la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público salvo el caso en que deba entenderse que reúne los requisitos que, con arreglo a este artículo, permiten recurrir los actos de trámite".

Esta doctrina es plenamente asumida en sus argumentaciones y en su conclusión por este Tribunal. Como consecuencia de ello debe entenderse que contra la adjudicación provisional sólo puede aceptarse la posibilidad de interponer recurso cuando pueda considerarse incluida en alguno de los supuestos en que, con arreglo al artículo 310.2, letra b) de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe interponer recurso contra los actos de trámite. Tales supuestos se refieren a los actos 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. Es evidente que en el caso objeto del presente recurso, la adjudicación provisional, una vez hecha, no podría subsumirse en ninguno de los supuestos anteriores pues ni decide sobre la adjudicación (ésta se acordará en la adjudicación definitiva), ni produce indefensión o perjuicio irreparable, porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación definitiva, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva definitivamente sobre la adjudicación.

Sexto. La argumentación anterior lleva necesariamente a la conclusión de que debe inadmitirse el presente recurso, sin perjuicio de que una vez acordada la adjudicación definitiva el recurrente pueda interponer recurso contra la misma si concurrieran motivos para ello.

Séptimo. En segundo lugar, procede determinar la normativa aplicable al expediente de contratación de referencia, en especial teniendo en cuenta la alegación de la representación de la empresa recurrente, referida a la defectuosa notificación de la adjudicación provisional. En concreto se trata de establecer si resulta aplicable, al

expediente examinado, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, previa a la modificación introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, o al contrario procede aplicar lo previsto en la citada Ley 30/2007 tras la modificación introducida por la señalada Ley 34/2007.

Para resolver la cuestión anterior, de acuerdo con el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa anteriormente citado, tendremos en cuenta la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de conformidad con la cual *“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”*.

Bien es cierto que esta norma se refiere, en principio, a las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, pero ninguna razón hay para no aplicarla también a las modificaciones que dicha Ley experimente como consecuencia de reformas posteriores, en especial cuando, como en este caso, no existe norma expresa que contradiga el criterio anterior.

Como consecuencia de ello los expedientes que de conformidad con la Disposición transitoria primera deban considerarse iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, -situación que se produce en el expediente de contratación de referencia- se regirán por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y, por tanto, el procedimiento de adjudicación a que den lugar deberá tramitarse de conformidad con la redacción anterior de la misma. Ello supone que deberá respetarse la existencia de dos adjudicaciones, provisional y definitiva.

Una vez determinada la aplicabilidad, al expediente de contratación de referencia, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público previa a la modificación introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, procede resolver si la notificación realizada se ajusta a lo previsto al respecto en la citada Ley.

Octavo. Sentado lo anterior, hay que señalar que la adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 1 y 123 de la Ley citada, y que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes. Así lo disponía el artículo 135, apartado 3 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción originaria, de conformidad con el cual la adjudicación provisional se acordará en resolución motivada que deberá notificarse a los candidatos y licitadores y publicarse en el diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación.

En el supuesto de referencia, el 28 de octubre de 2010 el Presidente y el Secretario de la Junta Directiva del del CRRL, proponen la adjudicación provisional del suministro a Laboratorios Hartmann, SA. Dicha propuesta es comunicada a la empresa recurrente haciendo constar únicamente la empresa adjudicataria y la puntuación obtenida por las empresas licitadoras. Estos datos en absoluto pueden considerarse suficientes para entender que la notificación aportaba a su destinatario los elementos de juicio necesarios como para que éste pudiera evaluar la posibilidad de interponer recurso y fundarlo debidamente.

Así, sin perjuicio de la exigencia contenida en el artículo 135.3 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción original, que exigía la notificación motivada de la adjudicación provisional, es preciso hacer referencia al artículo 135.4 de la citada Ley en la nueva redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, según el cual para que la notificación pueda entenderse debidamente motivada: *“En particular expresará los siguientes extremos: a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura; b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta; c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.”*

Noveno. Asimismo, la recurrente en sus alegaciones señala también incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 134.2 de la ley de Contratos del sector Público, en cuanto que no se informa en los pliegos de condiciones de la constitución ni tampoco de los componentes del comité de expertos, dado que los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas tienen una ponderación inferior a los criterios que dependen de un juicio de valor.

Frente a ello la Mesa de Contratación en su informe señala que la Ley establece la identificación en los pliegos para el caso de encomendar la evaluación antes citada a un organismo técnico especializado, pero no cuando se encomiende a un comité de tres expertos, añadiendo además que si el recurrente hubiera solicitado la motivación de las puntuaciones, habría advertido las personas que constituirían dicho comité.

A este respecto conviene señalar que la contestación que se recoge en el informe de la Mesa de Contratación no es procedente para el supuesto de referencia, pues de ser aplicable el artículo 134.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, habría que tener en cuenta lo preceptuado al respecto en el artículo 29 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de manera que si bien no es obligatoria la designación del comité de expertos en el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá al menos establecerse en el mismo el procedimiento para efectuarla, siendo obligatoria que se haga y se publique dicha designación en el perfil del contratante antes de la apertura de las proposiciones, requisitos éstos que no se habrían cumplido por el órgano de contratación. En cualquier caso, para el supuesto de referencia, lo citado anteriormente no resulta aplicable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 174.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Visto lo anterior, es preciso reseñar lo dispuesto al respecto en el artículo 174.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública, situación que se produce para el CRRL, según el cual *“1.a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, (...)”*. Por tanto, procede desestimar lo alegado por la recurrente, en cuanto que no resulta aplicable para el supuesto de referencia lo previsto en el artículo 134.2 de la citada Ley.

Décimo. En consecuencia, resulta evidente que el órgano de contratación no ha cumplido con el requisito de motivación de la notificación de la adjudicación provisional exigido en la Ley de Contratos del Sector Público. En virtud de lo cual, debería declararse la retroacción de las actuaciones al momento en que debió de notificarse la adjudicación provisional, al objeto de que ésta se motivara adecuadamente.

No obstante lo anterior, en aras de la economía procesal y visto que procede la inadmisión del recurso, así como la posibilidad de interponer recurso respecto de la adjudicación definitiva, el Tribunal no debe pronunciarse ordenando la retroacción del procedimiento para dar lugar a un acto, el de adjudicación provisional, que de ser recurrido motivaría una resolución de inadmisión por éste.

Undécimo. Visto todo cuanto antecede, procede inadmitir el presente recurso, sin perjuicio de que una vez acordada la adjudicación definitiva el recurrente pueda interponer recurso contra la misma si concurrieran motivos para ello.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto D. J. D. B., en representación de MOLNLYCKE HEALT CARE, SL, contra la propuesta de adjudicación provisional de 28 de octubre de 2010, del Presidente y del Secretario de la Junta Directiva del Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante, referida al suministro de cobertura quirúrgica desechable y guantes, por haber sido interpuesto contra acto de trámite no susceptible de ser recurrido al no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 310.2, letra b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley mencionada.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.