



Recurso nº 651/2015

Resolución nº 702/2015

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

En Madrid, a 24 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.M.S., en nombre y representación de SIEMENS S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de *“Suministro de Salas de rayos X digitales para los centros asistenciales y hospitalarios de FREMAP”*, convocado por FREMAP, M.A.T.E.P.S.S. nº 61, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. FREMAP, Mutual de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61 (en lo sucesivo, FREMAP), convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 20 de enero de 2015, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de enero de 2015, licitación por el procedimiento abierto para la *“Contratación del suministro de Salas de rayos X digitales para los centros asistenciales y hospitalarios de FREMAP”*, con un valor estimado de 11.472.700 euros, a la que concurrió presentando oferta la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. De acuerdo con el Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas de aplicación, la adjudicación del contrato debía realizarse con atención tanto a criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas (hasta 55 puntos) como de criterios no sujetos a evaluación mediante fórmulas (hasta 45 puntos). En lo que a los primeros se refiere, 45 puntos correspondían a la oferta económica, otorgándose hasta cinco puntos a cada uno de los restantes criterios evaluables mediante fórmulas ("garantía" y "contrato de mantenimiento").

El 27 de marzo de 2015, la Mesa de Contratación procedió a la apertura pública de las ofertas económicas, dando cuenta previamente del resultado de la valoración de la documentación técnica relativa a los criterios no sujetos a evaluación mediante fórmulas. En el acta de la citada sesión se hizo constar también que *"la apertura de la documentación relativa a los restantes criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas, distintos de la oferta económica, se realizará con posterioridad al presente acto de apertura pública de ofertas económicas"*. El acta consta firmada, sin reparos ni observaciones, por todos los asistentes al acto, entre los que figuraban dos representantes de SIEMENS S.A.

Cuarto. El órgano de contratación de FREMAP aprobó el 27 de mayo de 2015, de conformidad con la propuesta realizada por la Mesa de Contratación en sesión de 14 de mayo de 2015, la resolución de adjudicación del meritado contrato a la mercantil AGFA HEALTHCARE SPAIN, S.A.U., cuya resolución fue remitida a los licitadores ese mismo día.

Quinto. El 12 de junio de 2015 la mercantil SIEMENS S.A. interpuso contra dicha resolución recurso especial en materia de contratación, solicitando la anulación de la resolución recurrida al estar el procedimiento de licitación incurso, a su entender, en vicio de nulidad de pleno derecho.

Sexto. Recibido dicho escrito en este Tribunal, se le asignó el número 651/2015 dictándose el 30 de junio de 2015 resolución por la que se acordaba *"mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento"*.

Séptimo. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho, siendo así que, a sus resultas, el 2 de julio de 2015 la adjudicataria AGFA HEALTHCARE SPAIN S.A.U presentó alegaciones por las que interesaba su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), al ser FREMAP un poder adjudicador vinculado a la Administración General del Estado.

Segundo. El acto recurrido se incardina en un procedimiento de licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40.1.a), en relación con el 40.2.c), todos ellos del TRLCSP.

Tercero. De igual modo, debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2 TRLCSP.

Cuarto. Resta por analizar el requisito de legitimación, en relación con el cual es bien sabido que este Tribunal ha declarado de manera reiterada (por todas, Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, y nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012) que, a la luz del artículo 42 TRLCSP, el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.

En el caso analizado, cabría plantearse si, realmente, concurre dicha legitimación, atendido que, en rigor, la actora no interesa que se proceda a una nueva valoración de las ofertas que, eventualmente, pueda conducir a que le sea adjudicado el contrato, sino que, sencillamente, postula la nulidad de pleno derecho de la licitación.

El supuesto debe, por ello, asimilarse a aquéllos en los que los recurrentes pretenden que sea declarada desierta una licitación, supuesto en el que, como regla general, este Tribunal ha declarado (resolución 134/2013, entre otras muchas) que *“la posibilidad de que tras quedar desierto el procedimiento se vuelva a iniciar otro procedimiento de adjudicación al que pueda acudir como licitador, no es por sí sola ventaja sustentadora de un interés legítimo que actúe como “legitimatio ad causam”, sino mera suposición de algo posible que no sustenta un interés real, cierto, efectivo y actual”*, atendido que la legislación de contratos no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos que el anterior, toda vez que la entidad u órgano convocante puede acudir a otros medios distintos del contrato para satisfacer su necesidad o acudir a un contrato de distintas características del convocado.

Sin embargo, es lo cierto que este mismo Tribunal ha declarado también (valga por todas la resolución 239/2012) que, en aquéllos supuestos en los que, como excepción, concurren circunstancias especiales que hagan que el inicio de otro procedimiento contractual de las mismas características exceda *“de la mera suposición de lo posible”*, existiendo *“buenas razones para creer que se verificaría o sucedería, de modo que no es meramente potencial sino que alcanza lo probable”*, sería dable apreciar dicha legitimación.

En el caso analizado, dado que el objeto de la licitación es consustancial a la actividad del Poder Adjudicador, siendo así que el órgano de contratación manifiesta en el informe emitido con arreglo al artículo 46 TRLCSP que *“el objeto de contratación “salas de rayos x” es un elemento crítico para la actividad asistencial de la Mutua y la seguridad de los pacientes y que debido a la obsolescencia en que se encuentran algunos equipos, el riesgo a averías o paradas de los mismos (...) se incrementa”*, es dable concluir que, ciertamente, de declararse la nulidad del procedimiento de licitación se iniciaría,

inexcusablemente, otro con idéntico objeto, lo que conduce a apreciar la efectiva legitimación de la actora para el ejercicio de su pretensión.

Quinto. El recurso interpuesto descansa en un único fundamento, en el que se postula la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación por supuesta infracción de los principios de transparencia y publicidad como consecuencia del incumplimiento de la normativa relativa a la apertura y examen de las proposiciones.

Alega, en efecto, la actora que, tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada adjudicado por un Poder Adjudicador, debe estarse, con arreglo a lo expresamente previsto en el artículo 190.1.a) TRLCSP, a lo previsto en el artículo 160 del mismo texto legal en relación con el examen y apertura de las proposiciones, tal y como, por otro lado, expresa la cláusula 2.4 del Pliego de aplicación al afirmar que *“la apertura de las proposiciones se registrará por lo establecido en el artículo 160 del TRLCSP”*.

Desde esta perspectiva, la actora alega, con invocación del artículo 160.1 TRLCSP (en concreto, de su inciso final, según el cual *“en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”*) y de los artículos 26 a 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (en particular, del artículo 30.3, según el cual *“la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas se disponga otra cosa en cuanto al acto en que debe hacerse pública”*), que la Mesa de Contratación no debió limitarse, en el acto público celebrado el 27 de marzo de 2015, a la mera apertura y lectura de la proposición económica contenida en el Sobre B de los definidos en la cláusula 2.3 (*“contenido de las proposiciones”*) del Pliego de aplicación, sino que dicha apertura debió hacerse extensiva a aquel de los dos sobres separados y cerrados que, con arreglo a la citada cláusula y conteniendo la *“documentación técnica relativa a criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas”*, debía presentarse en el Sobre C. Más aún, alega que así se interesó expresamente por uno de los asistentes a dicho acto, negándose la Mesa a ello, lo que, sin embargo, no se hizo constar en el acta, en la que, sin embargo, sí se indicó (punto 6) que *“la apertura de la documentación relativa a los restantes criterios sujetos a*

evaluación mediante fórmulas, distintos de la oferta económica, se realizará con posterioridad al presente acto de apertura pública de ofertas económicas”.

De igual modo, afirma, con invocación del primer párrafo del artículo 150.2 TRLCSP (igualmente aplicable a tenor del artículo 190.1.a) y del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, que era igualmente exigible la apertura en acto público del contenido del otro sobre separado y cerrado que debía presentarse en el Sobre C, en el que figuraba la “documentación técnica relativa a criterios no sujetos a evaluación mediante fórmulas”. Y, en tal sentido, advierte que, por mucho que en la citada sesión de marzo de 2015 se hiciera público el resultado de la valoración de los tales criterios con carácter previo a la apertura de la proposición económica (tal y como exige el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009), no consta que se haya atendido aquélla otra exigencia reglamentaria, siendo así que en la citada Acta se indica, simplemente, que dicha documentación técnica fue valorada *“entre los días 6, 9, 13, 17 y 18 de marzo”*.

A mayor abundamiento, alega que desde la apertura de la oferta económica hasta la notificación de la Resolución de adjudicación transcurrieron dos meses, como también que los anuncios de licitación no dejaban suficientemente claro cuál era la documentación a cuya apertura se iba a proceder el 27 de marzo de 2015.

A resultas de todo lo expuesto, considera infringidos los artículos 160.1 TRLCSP, así como 22.1.c), 27 y 30.3 del Real Decreto 817/2009 y 83.1 y 2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en términos que, por comportar vulneración de los principios de transparencia y publicidad, consagrados en los artículos 1 y 139 TRLCSP, deben, a su entender, determinar la nulidad del procedimiento de licitación, toda vez que, según afirma, *“la actuación de la Mesa de contratación ha ocasionado que se haya perdido la garantía en la custodia de las ofertas, pues no queda garantizado que el proceso haya sido objetivo y que se haya desarrollado con absoluta limpieza y sin interferencias, surgiendo una duda razonable sobre la integridad de la documentación existente en el sobre C “Documentación técnica relativa a criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas”*.

Se abordarán los alegatos así deducidos en los fundamentos subsiguientes.

Sexto. Como puede comprobarse sin dificultad, los alegatos de la actora se contraen a la pretendida infracción del requisito de publicidad en la apertura de los sobres que contenían tanto la *“documentación técnica relativa a criterios no sujetos a evaluación mediante fórmulas”* como la *“documentación técnica relativa a criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas”*.

Es cierto e indubitado que, como alega la actora, la apertura de los tales sobres no ha tenido lugar, en el supuesto analizado, en actos públicos, habiéndose limitado dicha publicidad, exclusivamente, a la apertura y lectura de la oferta económica, con arreglo a la estricta previsión del primer párrafo, in fine, del artículo 160.1 TRLCSP, así como de la cláusula 2.4 del Pliego de aplicación.

Llegados a este punto, debe recordarse nuestra reciente Resolución 588/2015 de 19 de junio, donde se trata un supuesto análogo, en la cual dijimos:

<<Octavo. La segunda cuestión que plantea la recurrente también tiene un carácter formal y se refiere a la celebración del acto de apertura de las ofertas sin haber sido convocada y sin su presencia.

Efectivamente, como señala la recurrente, el artículo 160.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público exige la celebración del acto de apertura de las proposiciones de modo público, con la posible asistencia de los licitadores. Declara este precepto lo siguiente:

“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 150.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta. La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En todo caso, la apertura de la oferta

económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.” En este mismo sentido se pronuncia el artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, que al enumerar las funciones de la Mesa de contratación, incluye, entre las mismas, la de abrir las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

Es indudable que la Ley exige la celebración pública del acto. Por lo tanto, de nuevo, la omisión de este trámite debe ser calificada como un vicio procedimental imputable a la actuación del órgano de contratación.

En cuanto a los efectos de este vicio procedimental señala el recurrente que no ha podido comprobar la integridad de los sobres abiertos en aquel acto y que no pudo conocer in situ la propuesta económica del licitador cuyo sobre fue abierto, afirmación que resulta indiscutible desde el punto de vista fáctico.

Sin embargo, la trascendencia anulatoria de esta infracción formal debe ser matizada por los efectos reales que la omisión del trámite haya supuesto para el recurrente. En la resolución que extensamente hemos transcrito y que es invocada por el órgano de contratación, se afirmaba que la omisión del trámite en aquel caso no suponía una infracción con trascendencia anulatoria del expediente, toda vez que no estábamos en presencia de un trámite esencial del procedimiento. Sin embargo, el caso entonces enjuiciado guardaba diversas diferencias con el presente, puesto que en aquel caso sí existió acto público para parte de los licitadores, que quedó documentado en la pertinente acta, aunque no existió una citación formal al mismo y el recurrente no acudió.

En el caso que ahora analizamos el órgano de contratación no ha practicado acto público alguno. Este matiz diferencial implica a juicio de este Tribunal que no puedan admitirse los argumentos esgrimidos por el órgano de contratación y que empleamos también en la resolución citada como argumentos añadidos, por varias razones que pasamos a examinar.

Así, en primer lugar, entiende este Tribunal que la existencia de un procedimiento de custodia de las ofertas, la presencia de un asesor jurídico o económico o la posibilidad de acceder a posteriori a la documentación del expediente de contratación no sustituye la garantía que la presencia de los licitadores representa en el seno del acto de apertura de

los sobres. En efecto, cuando el legislador exige que este acto se celebre de manera pública no lo hace por capricho, sino por una razón muy clara, garantizar la transparencia y la legalidad del procedimiento. Si la mera existencia de un procedimiento de custodia de las ofertas o la simple presencia de funcionarios cualificados hubiera sido considerada suficiente por el legislador a los efectos de garantizar el principio de transparencia de las licitaciones públicas, en modo alguno hubiera sido necesario exigir la celebración del acto público. El legislador español exige algo más, una garantía jurídica reforzada que incrementa la transparencia y la seguridad jurídica en un trámite que, de esta manera, solo puede calificarse como esencial en el seno del procedimiento de contratación.

En segundo lugar, la anterior idea queda adverada por un sencillo razonamiento: si este Tribunal declarase que la omisión de este requisito no tiene virtualidad anulatoria, bien porque había garantías suficientes o bien porque el recurrente nada ha afirmado sobre la posible incorrección padecida en el acto de apertura de los sobres, estaríamos otorgando una patente de corso a los órganos de contratación del sector público para omitir este trámite. Esta consecuencia dista mucho de ser la querida por el legislador, que a juicio de este Tribunal ha configurado esta condición de publicidad del acto, no solo como un elemento esencial del procedimiento de licitación, sino incluso como un principio fundamental de la contratación pública.

En tercer lugar, hay que recordar que las normas jurídicas pueden ser objeto de interpretación, pero que esta interpretación debe quedar limitada, conforme al Código Civil, tanto por el tenor de la norma como por su sentido y finalidad. Si el tenor de la norma es claro, como ocurre en el presente caso, y además su sentido y finalidad también lo son, cualquier acto que fuere contrario a la norma imperativa daría lugar a la nulidad del acto, puesto que implicaría una contravención jurídicamente reprochable.

En el presente caso, es cierto que el recurrente nada ha afirmado sobre la posible incorrección del acto de apertura del sobre económico de la adjudicataria. Difícilmente hubiera podido hacerlo cuando no estuvo presente, puesto que no fue notificado de la decisión de readmitir al licitador excluido ni citado al acto, hurtándole de este modo una garantía que el legislador ha considerado esencial.

En definitiva, asiste la razón a la parte recurrente cuando afirma que la omisión de este trámite supone una omisión absoluta del procedimiento legalmente establecido al efecto, como consecuencia de la omisión de un trámite esencial del mismo. Sin duda, desde antiguo, la omisión de un trámite esencial se ha identificado con la omisión del procedimiento legalmente establecido (STS de 31 de marzo de 1999). Las circunstancias que determinan que la omisión de un trámite pueda ser calificada como esencial y, por lo tanto, causa de nulidad de pleno derecho, son dos: que el defecto procedimental haga que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y que dé lugar a indefensión. La concurrencia del primero de los requisitos es clara porque mediante la omisión del carácter público del acto se hace imposible cumplir la finalidad que la norma exige, cual es que el acto se dicte con pleno respeto al principio de transparencia. La indefensión también es clara, pues el licitador no puede defenderse de una actuación irregular y opaca de la administración, precisamente por consecuencia de esa opacidad.

Por otro lado, este carácter de trámite esencial ha sido declarado de actos como la información pública o el trámite de audiencia (por ejemplo, en la STS de 29 de septiembre de 2011), trámites ambos que son exigidos normativamente en determinados casos y que tienen por finalidad última la participación de los administrados en el quehacer de la Administración. Por esta misma razón debe predicarse también del carácter público del acto de apertura de los sobres que contienen las ofertas económicas.

No es óbice para esta conclusión el hecho de que ya hubiera existido una apertura parcial de los sobres de los licitadores que habían sido admitidos, entre ellos el de la recurrente. Si el carácter público del acto debe sostenerse en general, con mucha más razón aún debe sostenerse en un caso como el que estamos enjuiciando, en que el órgano de contratación ha cambiado de criterio respecto de la participación de uno de los licitadores en el procedimiento de selección del contratista, de modo que aunque no se haya procedido a la apertura de todos los sobres y aunque haya habido una apertura parcial previa, la garantía que se trata de preservar con la posible presencia de los licitadores en el acto de apertura de los sobres debe permanecer incólume y no puede quebrarse por el mero hecho de que tenga carácter parcial.

La conclusión a la que hemos llegado debe suponer necesariamente la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, la adjudicación del contrato.

En cuanto a los efectos de esta declaración de nulidad ha señalado este Tribunal en multitud de casos que al haberse incurrido en el reseñado vicio de nulidad de pleno derecho, dicha nulidad se traslada a todo el procedimiento, dada la esencialidad del vicio advertido. Otra solución resulta inadecuada jurídicamente, pues habiéndose procedido ya a la apertura de las proposiciones de los licitadores resultaría imposible efectuar una nueva apertura y una nueva valoración de conformidad con lo establecido en el artículo 150 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por tal motivo, resulta procedente anular el procedimiento de licitación.>>

Debe, por todo ello, estimarse el recurso interpuesto anulando el procedimiento de licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.A.M.S., en nombre y representación de SIEMENS S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “*Suministro de Salas de rayos X digitales para los centros asistenciales y hospitalarios de FREMAP*”, convocado por FREMAP, M.A.T.E.P.S.S. nº 61, anulando íntegramente el procedimiento de licitación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.