



Recurso nº 1190/2016 C.A. Principado de Asturias 73/2016

Resolución nº 121/2017

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

En Madrid, a 3 de febrero de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. N. C. C. en representación de INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. contra la resolución adoptada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias de fecha 22 de noviembre de 2016 por la que se acuerda la adjudicación del Lote 39 (detergente desinfectante líquido para el procesamiento manual y por baño de ultrasonidos de productos médicos e instrumental quirúrgico) del contrato de *“suministro de material específico para esterilización, destinado a las Áreas pertenecientes al SESPA”*, así como la exclusión de la empresa INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U., recurrente en el presente procedimiento, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 7 de abril de 2016 se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que deben regir el contrato de *“suministro de material específico para esterilización, destinado a las Áreas pertenecientes al SESPA”*. Previamente, el 11 de febrero de 2016 se había aprobado el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Segundo. En el Diario Oficial de la Unión Europea de 15 de abril de 2016 y en el Boletín Oficial del Estado de 26 de abril de 2016 se publicó la convocatoria, a la que acudieron los licitadores entre el 11 de mayo y el 1 de junio de 2016.

Tercero. El 6 de junio de 2016 se celebró sesión de la Mesa de contratación para examen de la documentación administrativa, requiriendo subsanación de defectos a diversas empresas, y acordando la exclusión en sesión de 15 de junio de 2016 de aquéllas que no acreditaron en cumplimiento de los requisitos administrativos, en lotes ajenos a la presente impugnación. En la misma sesión de 15 de junio, se remitió el contenido del sobre 2 de las proposiciones en el Lote 39 al órgano técnico para su valoración, informe que fue emitido el 7 de noviembre de 2016, en el que se

manifestaba que la empresa INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. no era apta al no especificar la ficha Técnica que el producto permita la inmersión del material durante 72 horas.

Cuarto. A la vista de este informe, el órgano de contratación dictó resolución en fecha 22 de noviembre de 2016, en la que adjudicaba el contrato y excluía a INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U.

Quinto. Con fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal 16 de diciembre de 2016 se interpuso por parte de INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación y exclusión, pidiendo la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas.

Se ha presentado ante este Tribunal por parte del órgano de contratación expediente e informe relativo a la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato.

Sexto. En fecha 29 de diciembre de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Séptimo. En fecha 30 de diciembre de 2016 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación en lo relativo al lote 39, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna por parte de INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. la resolución adoptada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de fecha 22 de noviembre de 2016 por la que se acuerda la adjudicación del Lote 39 (detergente desinfectante líquido para el procesamiento manual y por baño de ultrasonidos de productos médicos e instrumental quirúrgico) del contrato de suministro de material específico para esterilización, destinado a las Áreas pertenecientes al SESPA, así como la exclusión de la empresa INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa de las partes recurrentes se fundamenta por las mismas en el Artículo 42 TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, por el que se aprueba el

Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario.

Este Tribunal ha resuelto en multitud de ocasiones la legitimación del licitador excluido. La Resolución 288/2012 examina la legitimación necesaria para recurrir al concretar que *«para precisar el alcance del citado precepto ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial acerca del concepto “interés legítimo” en el ámbito administrativo. El criterio del legislador, tanto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio. En este sentido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:*

“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera

posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).” Continúa señalando la resolución, con referencia a la 290/2011, que «según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.” Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras). Pues bien, para determinar en el presente caso si el interés que muestra la entidad recurrente excede del mero interés por la legalidad es preciso analizar si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería al recurrente en caso de prosperar su pretensión.

En términos generales ha señalado el Tribunal que el licitador excluido carecerá de legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación (...). En esta línea, la imposibilidad de resultar adjudicatario del contrato sí que es determinante de la ausencia de legitimación, como hemos declarado en multitud de ocasiones. Así, en nuestra Resolución nº 57/2012 decíamos que “Resulta evidente que el beneficio perseguido por la UTE recurrente no puede ser otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible en cuanto que, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, aun admitiéndose su pretensión —que se valore su oferta económica por no ser anormal o desproporcionada—, lo único que conseguiría es que su oferta pasaría a ser la tercera o segunda mejor valorada, según que se consideren sólo su oferta o bien todas las ofertas excluidas por ser anormales o desproporcionadas -aspecto éste del todo improcedente-, sin que, por tanto, pudiera ser en ningún caso adjudicataria del contrato. Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la UTE recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia citada, no es suficiente

puesto que la UTE ahora recurrente no podría resultar en modo alguno adjudicataria, de ahí que la misma carezca de interés legítimo para recurrir en cuanto que no ostenta un interés concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación del recurso.” (En el mismo sentido la Resolución nº 319/2011 y Resolución nº 290/2011). En este sentido hay que recordar que para analizar la legitimación no sólo basta con tener en cuenta la literalidad de la pretensión, tal y como ha sido formulada por el recurrente, sino que resulta fundamental valorar las condiciones de índole subjetiva y objetiva que afectan al que pretende ante la Administración.»

Además, en Resolución 2/2015, de 9 de enero, este Tribunal precisa que «a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, hemos venido reiterando en nuestra doctrina que 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 del licitador excluido 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». Y se remite a la anterior Resolución 821/2014, de 31 de octubre, para concretar que «el único beneficio que obtendría el allí recurrente sería que la adjudicación quedase desierta y con ello se pudiese volver a producir una licitación nueva en idénticos términos de la que pudiera ser licitadora. Y, a tal respecto, razonábamos como 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 prestar el servicio, o acudir a un contrato de distintas características del convocado, por lo que, con carácter general, la invocación por un licitador excluido de 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, sino mera suposición de algo posible que no sustenta un interés real, cierto, efectivo y actual». Atendido que la pretensión se dirige a la retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión, para incluir la oferta del recurrente entre las objeto de valoración, y siendo un único licitador el admitido, la legitimación debe admitirse.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el Artículo 40 TRLCSP.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el Artículo 44 TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación.

Sexto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de 4 de octubre de 2013 y publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013.

Séptimo. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma que *«esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía»*. Doctrina aplicada en otras resoluciones de este mismo Tribunal como las 17/2013 y 45/2013 que inadmitieron sendos recursos interpuestos por su extemporaneidad *«al no haberse previamente recurrido contra los pliegos o contra los actos previos que constitúan realmente el verdadero objeto del recurso, tal como ocurre en el caso presente en el que, si bien se recurre formalmente contra el acto de adjudicación, realmente se está recurriendo extemporáneamente contra los Pliegos contractuales que no fueron en su día objeto de recurso alguno»*.

Octavo. Pues bien, en el presente recurso, por parte del licitador excluido se invoca la doctrina de este Tribunal en relación a la interpretación amplia del cumplimiento de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, al considerar que, aunque en la ficha técnica no se haga referencia alguna a que el producto admite la inmersión del material durante 72 horas, de la descripción de las características

del mismo se desprende que este requisito sí se cumple, al detallarse en la página 16 de su dossier (aportado como documento n.º. dos en el presente recurso), que la solución diluida del producto se conserva durante siete días en recipiente cerrado, y que la estabilidad del producto sin diluir alcanza los dos años. Sin embargo, como pone de manifiesto el informe presentado por el órgano de contratación, la empresa aportó un certificado del cumplimiento de prescripciones técnicas, en el que no se hacía referencia alguna a que el material e instrumental del centro sanitario soportara la inmersión en el producto de limpieza durante un mínimo de 72 horas. Asimismo, incide en la confusión que genera el recurrente, al referirse a la estabilidad del producto de limpieza y no a la inmersión del instrumental. En efecto, una cuestión es que el producto ofertado se mantenga estable y conserve la totalidad de sus propiedades durante un periodo de tiempo que es variable en función de si el producto ha sido abierto o si ha sido diluido. Cuestión distinta es que el producto permita la inmersión de instrumental hospitalario durante el lapso de tiempo que exige el Pliego. Se trata de un material de precisión y que debe conservarse en plenitud de propiedades, atendida la función que está llamado a cumplir. De ahí que las propiedades del producto de limpieza (que se conservan durante los plazos que señala el recurrente) hayan de ser compatibles con la inmersión de instrumental, pues en caso contrario puede este deteriorarse y no ser funcional. El cumplimiento de este requisito no puede presumirse. Las ofertas que presenten los licitadores deben incluir este aspecto, pues así lo exige el Pliego que ha sido redactado para atender las necesidades del Servicio de Salud del Principado de Asturias. En consecuencia, no puede aplicarse la doctrina invocada de este Tribunal, al tratarse de un elemento esencial de los productos ofertados y que condiciona la decisión del órgano de contratación, ya que al no cumplir este requisito el producto no es útil a los fines que se necesita.

De este modo, procede la desestimación del recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. contra la resolución adoptada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de fecha 22 de noviembre de 2016 por la que se acuerda la adjudicación del Lote 39 (detergente desinfectante

líquido para el procesamiento manual y por baño de ultrasonidos de productos médicos e instrumental quirúrgico) del contrato de *“suministro de material específico para esterilización, destinado a las Áreas pertenecientes al SESPA”*, así como la exclusión de la empresa INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 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 del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.