



Recurso nº 540/2018

Resolución nº 739/2018

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

En Madrid, a 31 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.A.H.S., en nombre y representación de JOHNSON & JOHNSON, S. A., contra la Resolución de 10 de mayo de 2018 del Director Gerente, por la que se adjudica el contrato de *“Suministro de prótesis de cadera y rodilla para el Hospital Central de FRATERNIDAD-MUPRESA”* (Exp. PIC2018–22283), lote 2, licitado por FRATERNIDAD-MUPRESA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 19 de enero de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se publica el anuncio de la licitación del contrato de suministro de prótesis de cadera y rodilla para el Hospital Central de FRATERNIDAD-MUPRESA, expediente PIC2018–22283.

El contrato, calificado como suministro, referencias CPV 33183300, aparatos para osteosíntesis, 33140000, material médico fungible, 33184000, artículos y aparatos de prótesis, 33184100, implantes quirúrgicos, tiene un valor estimado de 129.375 euros, IVA excluido, dividido en 2 lotes, siendo de tramitación ordinaria y procedimiento abierto.

Segundo. Transcurrido el plazo para la presentación de ofertas entre los licitadores se encuentra JOHNSON & JOHNSON, S. A., al lote 2.

El 12 de febrero, el órgano de asistencia en materia de contratación, examinada previamente la documentación acreditativa de los criterios de capacidad y solvencia y admitiéndose a todos



los licitadores, procede a la apertura del sobre que contiene la parte de la oferta relativa a los criterios evaluables mediante juicio de valor.

El 6 de abril, el citado órgano examina el informe técnico de valoración haciéndolo suyo, procediendo a su lectura en acto público y, seguidamente, a la apertura de las ofertas relativas a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula.

El 17 de abril, el órgano de asistencia acuerda proponer como adjudicataria de ambos lotes a SMITH & NEPHEW, S.A.U., siendo la segunda clasificada en el lote 2 JOHNSON & JOHNSON, S. A.

El 10 de mayo de 2018 el Director Gerente, adjudica el contrato, notificándose el mismo día a JOHNSON & JOHNSON, S.A. por correo electrónico. La resolución y su notificación no contienen pie de recurso ante este Tribunal.

Tercero. El 1 de junio de 2018 a las 12:35:10 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, de JOHNSON & JOHNSON, S.A., contra el acto de adjudicación, con el siguiente “*petitum*”

“2. Que, estimadas las alegaciones vertidas en el presente escrito de recurso, se declare la nulidad de la Resolución de Adjudicación y se decrete la retroacción del procedimiento al momento procedimental oportuno, con el fin de valorar adecuadamente la oferta presentada por JOHNSON & JOHNSON, S.A., y para que, posteriormente, se dicte una nueva resolución con adjudicación a la oferta que, en correcta aplicación de los criterios de valoración consignados en los pliegos, sea la económicamente más ventajosa conforme a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

3.- Que, subsidiariamente y en el improbable caso de no ser estimada la anterior pretensión, se declare la nulidad de la resolución de adjudicación teniendo en cuenta la ausencia de motivación suficiente en la resolución de adjudicación, en concreto en lo referido a las razones por las que se han asignado las puntuaciones correspondientes a los criterios cuya aplicación requiere real izar un juicio de valor, en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”



La recurrente solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación, el 6 de junio de 2018, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. La Secretaria del Tribunal, por delegación de aquel, el 7 de junio de 2018, acuerda levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que, de ser el acto recurrible, es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. Hemos de examinar la legitimación de la recurrente.

El artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2



de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente, licitadora segunda clasificada en el procedimiento de adjudicación, está legitimada para interponerlo conforme a los artículos 48 de la LCSP y 22.1. 2º del RPERMC.

Tercero. Se recurren los actos de exclusión de un contrato de suministros, con un valor estimado inferior a los 144.000 euros.

El acto impugnado, de 10 de mayo de 2018, ha sido dictado después de la entrada en vigor de la LCSP, el pasado 9 de abril de 2018, no obstante el expediente de contratación se inició antes aquella fecha y, por tanto, de la entrada en vigor de la nueva LCSP.

Así, por aplicación de la disposición transitoria primera, apartados 1 y 4, de la LCSP, si bien el expediente de contratación se rige por el TRLCSP, al haberse dictado los actos recurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, puede interponerse el recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 de la LCSP contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía conforme a dicho precepto de la LCSP.

Ello ha sido interpretado por este Tribunal en su Resolución nº 437/2018, de 27 de abril, en el sentido de que *“se aplica la Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 para determinar los contratos susceptibles de recurso, que serán en los expedientes iniciados con anterioridad,*



los del TRLCSP, artículo 40.1. Y se aplicará la Transitoria Primera,4, párrafo segundo, para la determinación de los concretos actos susceptibles de recurso en expedientes iniciados con anterioridad, pero dictados después de la vigencia de dicha Ley, actos que son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017”

Así por lo que se refiere a si el contrato es susceptible de recurso se aplica el artículo 40.1 del TRLCSP.

Ahora bien, sobre el ámbito de competencias de este Tribunal tuvo incidencia el transcurso, el 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DN) y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DSE).

Dicha transposición se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global por la LCSP, que ha entrado en vigor con posterioridad a dictarse el acto recurrido. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no hubiera transpuesto las Directivas, no impidió su aplicación directa, al darse los requisitos fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, iniciados con posterioridad al 18 de abril de 2016, y anteriores a la entrada en vigor de la LCSP, están sujetos al efecto directo de la DN de tratarse de contratos armonizados, de modo que se aplica la DN en lo que por ser de efecto directo desplace al TRLCSP y por el TRLCSP en todo lo demás, así como el TRLCSP es de plena aplicación a los contratos no armonizados iniciados en el lapso temporal antes indicado.

A tal efecto ha de tenerse en cuenta los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016. Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas



de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

Conforme a la DN, para que los contratos sean recurribles deben concurrir dos requisitos, que su importe supere los umbrales económicos fijados en el artículo 4 de la DN, y la segunda, que el objeto del contrato no haya sido objeto de una exclusión expresa conforme a lo dispuesto en los artículos 7 a 17 de la citada DN.

Así, el artículo 4 de la DN, modificado por los Reglamentos Delegados (UE) de la Comisión 2017/2364, 2017/2365, 2017/2366 y 2017/2367, de 18 de diciembre de 2017, por los que se modifican respectivamente, las Directivas 2014/25/UE, 2014/24/UE, 2014/23/UE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, fija para los contratos iniciados después del 1 de enero de 2018, en 144.000 o 221.000 euros, la cuantía del umbral para los contratos de suministros, en función del poder adjudicador.

En el presente caso, el valor estimado del contrato no alcanza los 144.000 euros, por lo que el contrato no es un contrato armonizado y, por ende, no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, aun cuando si lo sea el acto recurrido conforme al expresamente recurrible conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP.

En consecuencia, el acto no es recurrible, conforme a los artículos 4 de la DN, 15.1.a) y 40.1.a) del TRLCSP, y 22.1. 3º y 4º del RPERMC.

Por todo ello procede inadmitir el recurso sin que proceda entrar a conocer el fondo del asunto.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D.A.H.S., en nombre y representación de JOHNSON & JOHNSON, S. A., contra la Resolución de 10 de mayo de 2018 del Director Gerente, por la que se adjudica el contrato de “*Suministro de prótesis de cadera y rodilla para el Hospital Central de FRATERNIDAD-MUPRESA*” (Exp. PIC2018–22283), lote 2, licitado por de FRATERNIDAD-MUPRESA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social.

Segundo. 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 58 de la LCSP.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.