



Roj: **STSJ AS 2263/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:2263**

Id Cendoj: **33044330012016100620**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **532/2015**

Nº de Resolución: **616/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANTONIO ROBLEDO PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00616/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O.: 532/2015

RECURRENTE: ABBOTT LABORATORIES, S.A.

PROCURADOR: D. Rafael Cobián Gil-Delgado

RECURRIDO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

CODEMANDADO: SESPA

REPRESENTANTE: Sr. Letrado del SESPA

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 532/2015, interpuesto por ABBOTT LABORATORIES, S.A., representada por el Procurador D. Rafael Cobián Gil-Delgado, actuando bajo la dirección Letrada de D. Pablo Dorronsoro Martín, contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES, siendo codemandado el SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado por el Letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias D. Enrique Junceda Santló. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Robledo Peña.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 23 de marzo de 2016, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 20 de julio pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en este proceso la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 17 de abril de 2015, por la que estima parcialmente el recurso especial interpuesto por la representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., contra la resolución de adjudicación de 16 de febrero de 2015, del "Acuerdo marco con un único adjudicatario, para el suministro de reactivos para la determinación de pruebas analíticas en el Laboratorio Core del Nuevo Hospital Vital Álvarez-Buylla. Expte. HVAB/14.02", convocado por la Gerencia del Área Sanitaria VII-Mieres del Principado de Asturias, anulando la misma y acordando la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de la oferta técnica a fin de que se proceda de nuevo a su realización sobre los productos realmente ofertados, tal y como queda expuesto en el fundamento de derecho séptimo de dicha resolución, y se deja sin efecto la suspensión automática del procedimiento de contratación.

En el suplico de la demanda formulada se interesa que se dicte sentencia por la que se declare la disconformidad a Derecho de la resolución impugnada, se anule y, consecuentemente, se anulen cuantos actos se hayan dictado en ejecución de la misma, se confirme la firmeza y efectividad de la resolución de 16 de febrero de 2015, por la que se adjudicó el Acuerdo Marco a la actora, y para el caso de que en el momento en que recaiga sentencia estimatoria no sea posible llevar a efecto la mencionada resolución de 16 de febrero de 2015, se acuerde la procedencia de indemnizar a la recurrente.

Por su parte, el Letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias personado como parte codemandada interesa la inadmisibilidad del recurso contencioso- administrativo interpuesto de contrario, al amparo de la excepción procesal del artículo 69 c) de la LJCA y, subsidiariamente, mantiene que la resolución impugnada es ajustada a Derecho y debe ser confirmada, absolviendo al SESPA de todas las pretensiones deducidas en la demanda.

SEGUNDO .- Con carácter preferente se ha de abordar la pretendida inadmisión del recurso contencioso-administrativo que se pretende justificar en el hecho de que la recurrente no haya ampliado la demanda a la impugnación de la posterior resolución del TACRC de 25 de septiembre de 2015, que desestimó el recurso especial interpuesto por la actora contra la resolución de 8 de julio de 2015 por la que, en ejecución de la resolución objeto de la presente impugnación, se declara su exclusión y también desierto el procedimiento de licitación convocado, con lo que este acto ha sido consentido por la mercantil actora y, por tanto, deviene firme, concurriendo así la excepción procesal prevista en el artículo 69 c) de la LJCA, al tratarse de actos no susceptibles de impugnación. Aun siendo efectivamente cierto el *iter* procedimental que se describe, seguido a consecuencia de la resolución aquí impugnada, el motivo formal ha de ser desestimado por cuanto la misma tiene sustantividad propia para ser recurrida de manera individualizada, al margen de otras independientes jurídicamente, y porque la ampliación del recurso es facultad potestativa de la parte, sin que suponga causa de inadmisión no haberse ampliado el mismo a la posterior resolución del TACRC que se indica, que si bien tiene conexión con la que es ahora objeto de recurso, resulta ser independiente de ella y dictada en el recurso



nº 825/2015 de dicho Tribunal Administrativo, que versaba sobre la exclusión de la empresa recurrente y la declaración de desierto del procedimiento convocado, pronunciamientos que aquí no se cuestionan. Por otra parte, no debe obviarse que en el suplico de la demanda que rige este recurso contencioso se interesa que con la anulación de la resolución impugnada se anulen también cuantos actos se hayan dictado en ejecución de la misma y se confirme la firmeza y efectividad de la resolución de 16 de febrero de 2015, por la que se adjudicó el Acuerdo Marco a la actora, pretensiones que de prosperar conllevarían la pérdida de toda virtualidad y eficacia jurídica a aquellas resoluciones que despojaron a la recurrente de su condición de adjudicataria de la licitación.

TERCERO .- La pretensión anulatoria deducida en demanda se apoya en unas primeras consideraciones sobre la inaceptable parcialidad del órgano de contratación en favor del licitador ROCHE, cuya falta de legitimación para interponer el recurso especial debió ser motivo para inadmitirlo, pero que no dejan de ser unas alegaciones meramente interesadas que no concuerdan con la realidad de los hechos, que ya fue advertida por el TACRC en su resolución al entender que el error cometido y reconocido por la actora en la formulación de su oferta es diferente al cometido por ROCHE en la suya, analizando profusamente la posible identidad de defectos entre una y otra oferta, razón ya de por sí suficiente para tener como legitimada a esta última para solicitar que se procediese a examinar si las discrepancias observadas en la oferta técnica y económica presentada por la actora para la determinación de los productos eran suficientes para proceder a su exclusión al igual que lo fuera la mencionada ROCHE en un momento anterior, por lo que pretender que se le privara de acceso a la documentación aportada por su competidora al expediente sería contrario al derecho de defensa que asiste a quien tiene un interés cualificado en el objeto de licitación por haber concurrido al proceso convocado en igualdad de condiciones.

En este sentido el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que "*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*", de tal forma que debe existir un interés legítimo, debiendo ser el interés invocado un interés cualificado, no siendo suficiente el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada, al no existir una acción popular en materia de contratación pública, siendo así que la empresa ROCHE presentó recurso especial contra la resolución de adjudicación de 16 de febrero de 2015 a favor de la ahora actora, pero en la que a su vez se anulaba la resolución por la que se adjudicaba el contrato a ROCHE y se la excluía de la licitación, y si bien no exigía la revisión de su exclusión, no es menos cierto que le asistía un interés directo en que los mismos parámetros que fueron tomados en cuenta para excluirla del procedimiento lo fueran también aplicados a la actora, que quedaba como adjudicataria del contrato, a fin de soslayar una eventual lesión del principio de igualdad. Ciertamente el único beneficio que la empresa ROCHE podría obtener con su impugnación sería que la adjudicación quedase desierta, pero con ello quedarían satisfechas sus aspiraciones al restablecerse el principio de igualdad que a su juicio se habría vulnerado en la aplicación de las condiciones bajo las que habría de realizarse la contratación y a dar lugar a la expectativa cierta de poder concurrir a una nueva licitación que eventualmente pudiera ser convocada en términos que pudiera ofertar esta vez convenientemente.

CUARTO .- Aunque la recurrente entiende que el motivo por el que el TACRC se decide a admitir el recurso es la insistencia del órgano de contratación que, como insiste, no quiere adjudicar el contrato a una empresa que no sea ROCHE, dicha alegación no se sostiene desde el momento en que se han evidenciado discrepancias en la oferta técnica y económica presentada por la actora para la determinación, en concreto, del "ácido valproico, carbamacepina y digoxina", de forma que partiendo del informe emitido por el órgano de contratación y del escrito de alegaciones de la propia adjudicataria, el TACRC fundamenta su resolución en el error cometido y reconocido por la ahora recurrente en la formulación de su oferta, ya que hubo un error en las fichas técnicas, al introducirse la de otros productos distintos a los que realmente se ofertaban y debían ser objeto de valoración en la fase técnica y en la económica, lo cual si bien no puede considerarse apriorísticamente de entidad suficiente para provocar la exclusión de la oferta, sí que puede ser motivo para que la oferta no sea valorada convenientemente, de ahí que estime parcialmente el recurso especial formulado, ordenando retrotraer las actuaciones al momento de efectuarse la valoración de la oferta de ABBOTT, a fin de que por parte del órgano de contratación se realice de nuevo ésta sobre los productos realmente ofertados, que son ácido valproico, carbamacepina y digoxina, referencias IP3525, IP36625 y IP3225, respectivamente, y comprobando si es posible efectuarla con las fichas técnicas aportadas, y que eran ácido valproico, carbamacepina y digoxina, con referencias 1E13-20, 1E12 y 1E06-21, respectivamente.

Resulta, pues, infundada la falta de motivación, incoherencia e incongruencia que la recurrente le reprocha a la resolución impugnada, pues claramente se desprende de su contenido cual es la razón de decidir, con referencia explícita a lo que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se efectúa sobre las fichas técnicas, que deberán proporcionar la máxima descripción, hojas de datos técnicos de los equipos y reactivos que se van a suministrar, proporcionando toda la información que sea necesaria para permitir realizar una



completa valoración de los equipos técnicos presentada, pues es obvio que la valoración técnica de los reactivos ofertados se realiza a partir de la documentación aportada por los licitadores en el sobre número 2, a partir de la cual la Comisión de Expertos emite su informe de valoración, y alcanzada la puntuación mínima establecida en dicha valoración técnica se pasa a valorar por la Mesa de contratación la oferta económica del sobre número 3, que no ofrece información sobre características técnicas de los reactivos ofertados. Por ello, al no corresponderse las fichas técnicas de los reactivos presentadas por la actora en el sobre número 2 con los ofertados en el sobre número 3, es correcta la decisión combatida de retrotraer las actuaciones para determinar si aun a pesar del error existente en la oferta actora es posible efectuar la valoración con las fichas técnicas aportadas, posponiendo su exclusión del procedimiento a una eventual imposibilidad de llevarla a cabo, lo que según parece ha tenido lugar efectivamente por resolución de 8 de julio de 2015, confirmada por el TACRC en su resolución de 25 de septiembre de 2015, que no es objeto aquí de impugnación y por tanto su bondad jurídica no merece particular consideración.

QUINTO .- Lo que sí debe considerarse es la alegación actora acerca de la pretendida irrelevancia de las fichas, cuya ausencia total entiende que podría ser suplida a través del conocimiento previo y suficiente por el órgano de contratación de los reactivos, toda vez que el Hospital ya cuenta con la información oportuna a efectos de llevar a cabo el contraste al estar haciendo uso de los reactivos ofertados por la recurrente en el mismo tiempo en el que se valoraron las ofertas. Tal planteamiento no es de recibo, pues como bien se indica de adverso por el Letrado del SESP, ello conculcaría de forma ostensible el principio de igualdad entre licitadores que debe presidir la contratación administrativa, colocando a la recurrente en una posición de clara ventaja sobre el resto, al pretender que se puedan contrastar las informaciones facilitadas en la documentación aportada al concurrir a la licitación, por medios y métodos ajenos a la misma.

Igual rechazo, por fin, merece la alegación de que la cuestión denunciada sobre las fichas es en todo caso un error material subsanable, que no puede conducir a las consecuencias tan graves (exclusión del procedimiento) que se pretenden de contrario, con olvido de que la resolución aquí impugnada no contempla la exclusión de la actora, sino tan solo la retroacción de actuaciones para ver si es posible la valoración de su oferta sin necesidad de llegar a tal fatal extremo, por lo que será en un eventual recurso contra esa decisión donde procedería examinar esa cuestión, así como determinar si con la documentación aportada en el sobre número 2 se ha proporcionado la información fundamental necesaria para contrastar el cumplimiento del Pliego de prescripciones técnicas y realizar la valoración de los reactivos ofertados incluidos en el sobre número 3.

SEXTO .- Lo anteriormente expuesto conduce a la desestimación del recurso interpuesto con íntegra confirmación de la resolución impugnada, con la consecuencia añadida de que en materia de costas procesales las mismas deben ser impuestas a la parte recurrente al ser desestimada su pretensión anulatoria y no concurrir motivos o circunstancias para su no imposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción, si bien con el límite de 1.200 euros por todos los conceptos, habida cuenta la problemática del asunto y la actividad procesal desplegada por la parte personada como codemandada, conforme a la facultad que a tal efecto otorga al Tribunal que juzga el apartado 3 del indicado precepto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto por don Rafael Cobián Gil-Delgado, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil ABBOTT LABORATORIES, S.A., contra la resolución núm. 333/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 17 de abril de 2015, dictada en el recurso núm. 233/2015, en el que ha sido parte codemandada el Servicio de Salud del Principado de Asturias, resolución que se mantiene por ser conforme a Derecho. Con expresa imposición de costas a la entidad recurrente con el indicado límite máximo por todos los conceptos antes indicado.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, previa constitución del depósito necesario para recurrir, RECURSO DE CASACIÓN, en el término de diez días, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos