

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 21 de abril de 2016.

**VISTO** el recurso interpuesto por doña C.C.P., en nombre y representación de Werfen España, S.A.U., contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad de fecha 29 de febrero de 2016, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de sistemas para el control de los tiempos de protrombina en sangre para los Centros de Atención Primaria”, número de expediente: A/SUM-034278/2015, tramitado por el Servicio Madrileño de Salud, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 2 de diciembre de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la convocatoria de licitación del expediente A/SUM-034278-2015 para la adquisición por procedimiento abierto, criterio precio, del suministro de sistemas para el control de los tiempos de protrombina en sangre con destino a los centros sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud.

Con fecha 17 de diciembre de 2015, se publica la convocatoria de licitación en el BOE, BOCM y el perfil del contratante. El valor estimado del contrato asciende a 9.500.160 euros. El plazo de ejecución es de 24 meses, prorrogable.

**Segundo.-** Con fecha 30 de diciembre de 2015 las empresas ILine Microsystems, S.L. y Werfen España, S.A.U interponen recurso especial en materia de contratación (Recursos 2 y 4/2016 respectivamente) contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato antes referido. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública dictó Acuerdo de fecha 20 de enero de 2016 acumulando la tramitación de ambos recursos y desestimándolos mediante Resolución nº 10/2016.

En el procedimiento de licitación presentaron oferta:

- Roche Diagnostics, S.L.
- Werfen España, S.A.U.

El 3 de febrero de 2016, se procede, en sesión celebrada por la Mesa de contratación, a la apertura de las ofertas económicas presentadas por los licitadores antes mencionados. En dicho acto, queda admitida la empresa Roche Diagnostics, S.L. y se excluye a la empresa Werfen España, S.A.U. por no ajustarse las características a las mínimas establecidas en el PPT, en base al informe de fecha 21 de enero de 2016 de valoración de solvencia técnica y cumplimiento de prescripciones técnicas, realizado por los representantes de la Comisión de Adquisiciones y Evaluación de Productos de la Gerencia de Atención Primaria.

El representante de la empresa Werfen España, S.A.U. solicita que conste en acta que considera que la oferta presentada por Roche Diagnostics, S.L. no cumple con lo solicitado en las prescripciones técnicas respecto al sistema de determinación. El representante de la empresa Roche Diagnostics, S.L. manifiesta que la tira ofertada sí cumple las prescripciones técnicas, en base a lo aportado en la documentación técnica. La Mesa acuerda reunirse de nuevo para valorar las alegaciones efectuadas y, en su caso, elevar propuesta de adjudicación.

Con fecha 10 de febrero de 2016 por la Comisión de Adquisiciones y Evaluación de Productos de la Gerencia de Atención Primaria se revisa el

cumplimiento de las prescripciones técnicas y se reitera en el informe técnico de fecha 21 de enero de 2016 sobre el cumplimiento de las prescripciones técnicas de la tira reactiva COAGUCHEL XS PT, test ofertado por la Empresa Roche Diagnostics, S.L.

El 29 de febrero de 2016 se dicta Resolución del Viceconsejero de Sanidad adjudicando el contrato a Roche Diagnostics, S.L.

Mediante correo electrónico de fecha 8 de marzo de 2016, es enviada notificación de la resolución de adjudicación a las empresas licitadoras y publicada en el perfil del contratante con fecha 10 de marzo de 2016.

**Tercero.-** El 23 de marzo de 2016 fue presentado recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Werfen España, S.A.U. (en adelante Werfen) en el que solicita que se acuerde la exclusión del procedimiento de contratación de la mercantil Roche Diagnostics, S.L.

El recurso junto con el expediente y el informe del órgano de contratación fue remitido a este Tribunal el 5 de abril de 2016, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Se adjunta informe técnico que mantiene el cumplimiento por la oferta de Roche de la prescripción técnica objeto del recurso, en concreto que una vez fuera del envase original pueda ser válido para su uso, al menos, durante 6 horas.

**Cuarto.-** Con fecha 6 de abril de 2016 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Roche oponiéndose al recurso, por falta de legitimación activa y en cuanto al fondo del asunto porque su oferta cumple adecuadamente la prescripción técnica motivo del recurso, siendo válido para su uso, al menos, durante 6 horas una vez fuera de su envase original, según la documentación que adjunta.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado 29 de febrero de 2016, practicada la notificación el 8 de marzo de 2016, e interpuesto el recurso, el 23 de marzo de 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Tercero.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso ha sido interpuesto por persona que habiendo licitado inicialmente al procedimiento, fue excluida por no cumplir su producto los requisitos técnicos mínimos requeridos en el PPT. En concreto porque no cumple el requisito técnico de que el sistema de determinación de los tiempos de protrombina permanezca estable a temperatura ambiente en un rango de 2 a 30 °C sin necesidad de mantenimiento en frío hasta la fecha de su caducidad. La definición de dicha prescripción técnica fue considerada ajustada a derecho en la Resolución 10/2016, de este Tribunal.

De conformidad con lo señalado en el artículo 42 del TRLCSP *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan vistos perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Siendo el criterio del legislador considerar el requisito de legitimación de una manera amplia, no restringido siquiera solo a los licitadores y siendo el principio orientador para su aplicación el *pro actione*, también cabe recordar que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública.

Procede señalar que del artículo 1 de la Directiva 89/665 se desprende que ésta tiene por objetivo permitir la interposición de recursos eficaces contra las decisiones de las entidades adjudicadoras incompatibles con el Derecho de la Unión. Según el apartado 3 del citado artículo, los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este concepto en la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un*

*interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, RTC 2000, 252J, F.3; 173/2004, de 18 de octubre, RTC 2004, 173J, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo, RTC 2006, 73J, F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, RTC 2004, 45J, F 4)”.*

Con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en Sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, 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. En cuanto a la necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual. Por ello, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha manifestado en diversas resoluciones tales como la 237/2011 y la 22/2012 que *“de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, con fundamento en el mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado 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 otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública”.*

Los tribunales administrativos en materia de contratación pública han sentado una doctrina específica sobre qué debe considerarse como interés legítimo a efectos del recurso especial, poniéndolo en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre interés legítimo en el ámbito administrativo. La legitimación de los licitadores que han sido excluidos de un procedimiento de licitación ha sido una cuestión que ha dado lugar a un intenso debate doctrinal.

Con carácter general se ha sostenido que los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación mediante acto firme, carecen de legitimación para impugnar las actuaciones del procedimiento posteriores a su exclusión, incluida la propia adjudicación del contrato, pues ningún beneficio podría reportarles ni evitarles ningún perjuicio. Según la doctrina contenida entre otras en la STJUE de 19 de junio de 2003, asunto C-249/01, Hackermüller, no tiene legitimación para recurrir la adjudicación el licitador que fue debidamente excluido.

A veces, no obstante, se ha reconocido también la legitimación activa de un licitador excluido cuando el recurso tiene por finalidad denunciar la vulneración del principio de igualdad o conseguir la declaración de desierto del procedimiento.

En este sentido, por lo que respecta a los supuestos de licitadores excluidos, se ha considerado que la declaración de un procedimiento de adjudicación como desierto no obliga, conforme a la legislación de contratos, a que se convoque un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos y que, por ello, con carácter general, la invocación por un licitador excluido de la posibilidad de participar en un nuevo procedimiento de adjudicación, como justificación de legitimación, no es más que una mera suposición que no puede identificarse con un interés real, cierto, efectivo y actual. Con carácter general el interés vendrá dado por la pretensión de adjudicación a favor del recurrente. No será posible esta adjudicación en los supuestos de licitadores excluidos o con ofertas que no puedan ser adjudicatarias del contrato aún en el supuesto de la estimación íntegra de las pretensiones ni en este procedimiento ni en el que pudiera derivarse de una declaración de desierto.



Cuando la posibilidad de que con la estimación del recurso el procedimiento quede desierto y se lleve a cabo una nueva licitación cuando se trata de una hipótesis real o bastante probable es un motivo adicional para reconocer legitimación activa. Ante esa hipotética nueva licitación el recurrente podría obtener el beneficio de concurrir presentando una nueva oferta que se adapte a las condiciones exigidas en los pliegos y finalmente obtener el contrato.

En definitiva, la negación de legitimación en tales supuestos se justifica en el hecho de que, aunque se estimasen las pretensiones del recurrente, su oferta nunca resultaría adjudicataria del contrato, por lo que no puede apreciarse que en el mismo concurra el interés legítimo que se exige para reconocer legitimación activa. Es decir, la legitimación activa para interponer el presente recurso únicamente podría invocarse en el hipotético supuesto de existir un beneficio cierto para el recurrente en caso de obtener un pronunciamiento estimatorio del recurso. La legitimación se acredita probando el beneficio concreto, distinto de la satisfacción moral que pueda proporcionar el restablecimiento de la legalidad o la comprobación de que la resolución coincide con su opinión, que se obtendría con la estimación del recurso.

Concretando lo expuesto en el caso que nos ocupa, resulta que Werfen España, en el supuesto de estimar su pretensión de exclusión de la oferta de Roche, y de declararse desierto el procedimiento al haber concurrido solo dos licitadores, aun pudiendo participar en una nueva licitación, no podría obtener tampoco en esta la condición de adjudicataria, puesto que su exclusión deriva de un incumplimiento de las condiciones técnicas que se produciría también en el nuevo procedimiento y derivaría nuevamente en su exclusión. Al no proceder a la impugnación de su exclusión mediante el presente recurso, está reconociendo que su producto no cumple con la exigencia técnica prevista en el PPT que se le imputa, consistente en ofrecer un sistema de determinación que permanezca estable a temperatura ambiente en un rango de 2 a 30 °C, sin necesidad de mantenimiento en frío hasta la fecha de su caducidad.



La ausencia en el sistema de determinación ofertado por la recurrente del requisito técnico exigido por la Administración en aras a garantizar la obtención del producto más adecuado para satisfacer las necesidades de interés general, determina la imposibilidad de que dicha empresa pudiera participar en una hipotética licitación que traiga causa de la exclusión del actual adjudicatario, toda vez que la razón de exclusión deriva de las cualidades técnicas de los equipos propuestos por la recurrente, los cuales, tal y como la misma ha reconocido, son los únicos que puede ofertar.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, las peculiaridades del caso aquí enjuiciado comportan que deba procederse a la inadmisión del presente recurso especial en materia de contratación por falta de legitimación activa de la recurrente, habida cuenta de que ante la hipotética estimación del recurso por parte de este Tribunal, la compañía recurrente no podría obtener un beneficio cierto al no poder participar en una eventual nueva licitación del contrato y resultar adjudicatario del mismo lo cual es determinante de su falta de legitimación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Inadmitir el recurso especial, interpuesto por doña C.C.P., en nombre y representación de Werfen España, S.A.U., contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad de fecha 29 de febrero de 2016, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de sistemas para el control de los tiempos de protrombina en sangre para los Centros de Atención Primaria”, número de expediente: A/SUM-034278/2015, tramitado por el Servicio Madrileño de Salud, por carecer de

legitimación activa.

**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 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 6 de abril.

**Cuarto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.