Incidente de ejecución 3/2019 (Resolución 177/2019) Expte. 283/2019
Resolución 255/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

Sevilla, 2 de agosto de 2019.

VISTO el incidente de ejecución promovido por la **UTE ASSERTA GLOBAL HEALTHCARE SOLUTIONS S.L.; BEEHEALTH ASESORÍA Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO, S.L. y ST+L SERVICIOS TÉCNICOS DE INFORMÁTICA UNIPESSOAL LDA.** respecto a la Resolución de este Tribunal 177/2019, de 30 de mayo, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA, S.L. contra la resolución, de 22 de noviembre de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro e implantación de un sistema de información corporativo de farmacia oncológica para los centros hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud, cofinanciado en un 80% con fondos FEDER en el marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020" (Expte. 2111/2017), convocado por el Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de mayo de 2019, este Tribunal dictó la Resolución 177/2019 correspondiente al recurso 29/2019. En la citada Resolución se acordó estimar

parcialmente el recurso especial interpuesto contra la mencionada resolución de 22 de noviembre de 2018, y en consecuencia, anularla debiendo procederse en los términos indicados en el fundamento de derecho undécimo de la resolución.

En el citado fundamento undécimo se disponía lo siguiente: «*En consecuencia, en base a la consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, procede estimar en parte el recurso interpuesto.*

La corrección de la infracción legal cometida ha de llevarse a cabo anulando la resolución, de 22 de noviembre de 2018, de adjudicación del contrato por no acreditar la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS, la solvencia económica y financiera exigida, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

Como se ha expuesto, en el fundamento de derecho sexto se ha estimado el primer motivo del recurso, por no acreditar la UTE adjudicataria la solvencia técnica en los términos exigidos. En dicho fundamento se ponía de manifiesto la necesidad de conceder plazo de subsanación, previo requerimiento de los concretos defectos u omisiones advertidos en la documentación acreditativa de la solvencia técnica. Sin embargo, aun cuando tras el oportuno requerimiento, la citada UTE pudiese acreditar la solvencia técnica en los términos exigidos, ello en nada afectaría a la anulación de la resolución de adjudicación por no haber acreditado aquella la solvencia económica y financiera exigida.

Asimismo, el hecho de que algunos motivos del recurso hayan sido desestimados tampoco altera la procedencia de anular la adjudicación en base al motivo expuesto, razón por la que el recurso debe estimarse.».

Dicha resolución fue remitida por correo electrónico al órgano de contratación el 4 de junio de 2019, quien confirmó su recepción el mismo día.

SEGUNDO. El 17 de junio de 2019, el órgano de contratación dicta resolución para dar cumplimiento a la Resolución 177/2019 de este Tribunal. En su parte dispositiva se resuelve:

«*PRIMERO. Ejecutar la Resolución Nº 177/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos*

Contractuales de la Junta de Andalucía, en relación al expediente administrativo para la contratación del "Suministro e implantación de un sistema de información corporativo de farmacia oncológica para los centros hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud, cofinanciado en un 80% con fondos FEDER en el marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020", anulando la resolución, de 22 de noviembre de 2018, de adjudicación del contrato por no acreditar la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI la solvencia económica y financiera exigida, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

SEGUNDO. Declarar desierto el procedimiento administrativo nº 2111/2017, para la contratación del "Suministro e implantación de un sistema de información corporativo de farmacia oncológica para los centros hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud, cofinanciado en un 80% con fondos FEDER en el marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020".

TERCERO. Notificar la presentación Resolución a las empresas interesadas, así como publicar la misma en el Perfil de Contratante del Servicio Andaluz de Salud.».

TERCERO. El 12 de julio de 2018, tuvo entrada en el Registro del Tribunal incidente de ejecución, promovido por la UTE ASSERTA GLOBAL HEALTHCARE SOLUTIONS S.L.; BEEHEALTH ASESORÍA Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO, S.L. y ST+L SERVICIOS TÉCNICOS DE INFORMÁTICA UNIPESSOAL LDA. (en adelante UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS) respecto a la Resolución 177/2019, solicitando que se acuerde la nulidad de la citada resolución, de 17 de junio de 2019, del órgano de contratación así como la de los actos derivados de la misma, ordenando al órgano de contratación dictar los actos administrativos oportunos para dar cumplimiento a la resolución judicial que se adopte por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el recurso contencioso-administrativo, y en su pieza de medidas cautelares, interpuesto por su parte contra la mencionada Resolución 177/2019 de este Tribunal.

CUARTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 18 de julio de 2018, se dio traslado del escrito promoviendo el incidente de ejecución al órgano de contratación y a la entidad INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA S.L, a fin de que en un plazo de diez días hábiles pudieran presentar las alegaciones oportunas, de

conformidad con lo establecido en el artículo 36.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el Reglamento).

QUINTO. El 29 de julio de 2019, tuvo entrada en el Registro del Tribunal el escrito de alegaciones de la entidad INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA S.L, (en adelante IMF) y el 30 de julio de 2019, el del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Con carácter previo a cualesquier otra consideración es preciso poner de manifiesto que aun cuando la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS califica su escrito de impugnación como de recurso especial en materia de contratación, atendiendo a su contenido el mismo ha de ser calificado como incidente de ejecución.

En este sentido, la competencia para resolver el incidente de ejecución promovido corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 36.3 del Reglamento que dispone que «*Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.*».

SEGUNDO. Respecto a la legitimación para formular el incidente de ejecución, el Reglamento antes citado señala que podrán plantearlo los interesados. Así, la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS ostenta tal condición, al haberlo sido en el procedimiento que dio origen a la Resolución 177/2019 de este Tribunal, cuya ejecución constituye el objeto del incidente promovido.

TERCERO. En cuanto al procedimiento para la resolución de los incidentes de ejecución, los párrafos segundo y tercero del artículo 36.3 del Reglamento prevén que «*A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno.*
Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal

resolverá el incidente en el plazo de cinco día hábiles.».

En el supuesto analizado, se ha seguido el procedimiento descrito como consta en los antecedentes de la presente resolución.

CUARTO. Examinados los requisitos previos de admisión del incidente de ejecución promovido, procedemos a analizar la cuestión deducida en el mismo.

La UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS alega, en primer lugar, que la Resolución 177/2019 de este Tribunal que ejecuta el Servicio Andaluz de Salud ha sido recurrida por su parte ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, habiendo solicitado la medida cautelar de su suspensión, por lo que no cabe ejecutar dicha Resolución 177/2019 hasta que se no se resuelva sobre dicha solicitud, conforme ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 78/1996, de 20 de mayo) y del Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de abril de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 4900/2011).

En segundo lugar, alega que la declaración de desierto no está motivada, es contraria a los intereses públicos del contrato y solo beneficia a la entidad licitadora IMF que no recurrió su exclusión en vía administrativa y que recurrió la adjudicación a favor de la UTE para que se declarara desierta la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala, con respecto al primer alegato del incidente de ejecución, que acordar la medida cautelar de suspensión solicitada en el recurso contencioso-administrativo no es de su competencia.

Respecto al segundo alegato del incidente, indica el órgano de contratación que la mesa de contratación en cumplimiento de las cláusulas 7.2.3 y 7.4.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, se reúne en sesión de 10 de junio de 2019 y a la vista de la Resolución 177/2019 de este Tribunal, eleva al órgano de contratación la propuesta de declarar desierta la licitación al no existir ninguna otra oferta admisible.

Finalmente, IMF en sus alegaciones al incidente, con respecto al primer alegato del mismo, indica que este Tribunal hasta en dos ocasiones, que señala en su escrito, se pronunció acerca de la improcedencia de la suspensión de la ejecutividad de sus resoluciones a pesar de haberse solicitado en vía contencioso-administrativa la suspensión de sus efectos.

En cuanto al segundo alegato del incidente, señala la entidad IMF que la declaración de desierta de la licitación está suficientemente motivada al no existir entidades licitadoras que pudiesen resultar adjudicatarias.

QUINTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el incidente de ejecución promovido, la resolución del mismo exige analizar varias cuestiones.

En primer lugar, con respecto al primer alegato del incidente que se examina, debemos abordar si, habida cuenta de la medida cautelar de suspensión de los efectos de la Resolución 177/2019, instada por la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución, debe suspenderse la ejecución de la misma hasta tanto el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resuelva sobre la medida cautelar.

En este sentido, el artículo 49.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -norma de aplicación en el supuesto analizado- al igual que el vigente artículo 59.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) establecen que la resolución del recurso especial será directamente ejecutiva, sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo que pueda interponerse contra la misma.

Y si bien es cierto que, a raíz de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, citada por la UTE que promueve el incidente, los tribunales de justicia han señalado en diversas ocasiones (por todas la Sentencia, de 24 de abril de 2014, de la Sala de la Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso

4900/2011, relativa a un procedimiento tributario de apremio, citada asimismo por dicha UTE) que, hallándose pendiente una contienda judicial y habiéndose deducido en ella solicitud de suspensión de la ejecución del acto recurrido sin que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado aún sobre tal solicitud, la Administración no puede proceder a la ejecución de sus actos, ello lo ha sido con relación a actos sancionadores o cuya ejecución podía ocasionar un perjuicio inmediato e irreversible, haciendo con ello inútil o estéril el ulterior pronunciamiento judicial sobre la medida cautelar interesada.

No obstante, estas notas no son predicables de la resolución del recurso especial y en concreto, de la Resolución 177/2019 de este Tribunal por la que, tras la anulación del acuerdo impugnado, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción, el acuerdo de finalización del procedimiento de adjudicación que adoptara el órgano de contratación en cumplimiento de la citada Resolución 177/2019 siempre sería susceptible de nuevo recurso especial y, en su caso, de ulterior recurso contencioso-administrativo, no impidiéndose en modo alguno, por mucho que se procediera a su inmediata ejecución, el debido ejercicio de la función de control y revisión por la jurisdicción-contencioso administrativa. En el sentido expuesto, se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 296/2018, de 23 de octubre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 109/2012, de 9 de mayo).

Es más, el criterio expuesto sobre inaplicación del efecto suspensivo a la resolución del recurso especial adoptada por los Órganos administrativos de recursos contractuales hasta la resolución del incidente cautelar planteado contra la misma en un procedimiento judicial, resulta confirmado a la luz del régimen transitorio que vino a disponer la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para las Comunidades Autónomas mientras las mismas no regulasen el órgano independiente de resolución de recursos contractuales -como al efecto venía a hacer la citada norma legal para la Administración General del Estado a través de la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales- y continuara el órgano de contratación resolviendo el recurso especial contra los actos contractuales dictados

en su ámbito.

En tal sentido, la disposición transitoria segunda, apartado d) de la citada norma legal, bajo el título "Régimen supletorio para las Comunidades Autónomas", señalaba que «*Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.*».

Así pues, por disposición legal, operaba la suspensión de la ejecutividad de las resoluciones del recurso especial dictadas en el ámbito de las Comunidades Autónomas mientras, en dicho ámbito, siguiese resolviendo el recurso el órgano que hasta entonces venía haciéndolo, en lugar de hacerlo un órgano independiente en cumplimiento del mandato previsto en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, -comúnmente conocida como Directiva de recursos- modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, cuyo artículo 2.8 prevé, además, que los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.

Quiere ello decir que, una vez constituido el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, cuyo artículo 1 lo define como «*órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional*» en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores, la disposición transitoria mencionada de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dejó de ser aplicable, cobrando plena vigencia a partir de la puesta en funcionamiento de este Tribunal la regla general de ejecutividad de la resolución del recurso especial, y ello pese al eventual recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma y aun cuando el órgano judicial no haya decidido sobre la medida cautelar de suspensión, en su caso, solicitada.

Como conclusión de cuanto antecede, en el supuesto aquí examinado no puede

estimarse la alegación de la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS sobre la inejecución de la Resolución 177/2018 de este Tribunal hasta la resolución firme del incidente cautelar de suspensión por ella promovido en vía contencioso-administrativa.

SEXTO. Como se ha expuesto, en el segundo alegato del incidente promovido la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS denuncia que la declaración de desierto no está motivada, es contraria a los intereses públicos del contrato y solo beneficia a la entidad licitadora IMF que no recurrió su exclusión en vía administrativa y que recurrió la adjudicación a favor de la UTE para que se declarara desierta la licitación.

Afirma que la declaración de desierto la ha adoptado el órgano de contratación sin la requerida motivación, citando para ello el artículo 151.3 del ya derogado TRLCSP y haciendo una interpretación en sentido contrario a la limitación de la citada norma que prioriza la admisión de ofertas. Asimismo, vuelve a alegar que dicha declaración de desierto se ha realizado sin esperar a que se resuelva la medida cautelar de suspensión que tiene solicitada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía contra la Resolución 177/2019 de este Órgano.

Pues bien, para el análisis del presente alegato ha de partirse del segundo párrafo del citado artículo 151.3 del TRLCSP, de aplicación al presente supuesto como se ha indicado *ut supra*, que dispone al igual que el segundo párrafo del artículo 150.3 de la nueva LCSP que «*No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego*».

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que previamente a la interposición del recurso que dio lugar a la tantas veces citada Resolución 177/2019 de este Tribunal, objeto del presente incidente, en la licitación que se examina únicamente existía una oferta admitida, la de la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS. Sin embargo, una vez dictada por este Órgano dicha Resolución 177/2019, la ejecución de la misma por parte del órgano de contratación había de acarrear inexorablemente la exclusión de la oferta de dicha unión temporal, por lo que ante la ausencia de ofertas o proposiciones

admisibles la forma de finalizar el procedimiento de licitación es declarar desierta la misma, sin que ello requiera de mayor motivación y sin que sea posible, como pretende la UTE ASSERTA BEEHEALTH STI SAS a lo largo de todo su escrito de impugnación, la paralización de la ejecución de la resolución de este Tribunal, como se ha analizado en el fundamento anterior, ni la anulación de la declaración de desierto que ha sido adoptada conforme a derecho.

Procede, pues, desestimar el incidente promovido.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el incidente de ejecución promovido por la **UTE ASSERTA GLOBAL HEALTHCARE SOLUTIONS S.L.; BEEHEALTH ASESORÍA Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO, S.L. y ST+L SERVICIOS TÉCNICOS DE INFORMÁTICA UNIPESSOAL LDA.** respecto a la Resolución de este Tribunal 177/2019, de 30 de mayo, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA, S.L. contra la resolución, de 22 de noviembre de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro e implantación de un sistema de información corporativo de farmacia oncológica para los centros hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud, cofinanciado en un 80% con fondos FEDER en el marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020" (Expte. 2111/2017), convocado por el Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.