



Recurso nº 723 y 742/2014 C.A. Illes Balears 054 y 055/2014

Resolución nº 756/2014

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

En Madrid, a 15 de octubre 2014.

VISTOS los recursos interpuestos por D^a. M. F. T. en representación de las mercantiles BRAUN MEDICAL, S.A. Y BRAUN SURGICAL, S.A. contra los pliegos rectores del Procedimiento Abierto SSCC PAC 29/14 para el suministro de apósitos y productos para el cuidado de la piel y de las heridas para los usuarios del Servicio de Salud, que fue convocado por el Servicio de Salud de las Islas Baleares, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio de Salud de las Islas Baleares convocó, mediante anuncios que fueron publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación de la Comunidad Autónoma el 23 de julio de 2014, así como en el Boletín Oficial del Estado de 19 de agosto de 2014, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato SSCC PAC 29/14 para el suministro de apósitos y productos para el cuidado de la piel y de las heridas para los usuarios del Servicio de Salud, con un valor estimado de 3.179.977 euros. Con posterioridad, el 5 de agosto de 2014 se publicó en la Plataforma de Contratación un anuncio de rectificación de diversos errores padecidos en los pliegos de aplicación.

Segundo. El 7 de agosto de 2014 la mercantil BRAUN MEDICAL, S.A. interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos rectores del meritado contrato en lo que atañía a los lotes 2, 5, 10, 11, 12, 14, 25 y 35, al que se asignó el número 723/2014. Por su parte, el 22 de agosto de 2014 hizo lo propio la

mercantil BRAUN SURGICAL S.A en relación con los lotes 31, 32, 33 y 34., tramitándose su recurso bajo el número 742/2014.

Tercero. La Secretaría del Tribunal, en fecha 17 de septiembre de 2014, dio traslado del recurso 742/2014 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.

Cuarto. Con fecha 19 de septiembre de 2014 este Tribunal dictó resolución acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación en lo relativo a los lotes afectados por ambos recursos, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 723/2014 y 742/2014 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al referirse a un mismo acto y fundar sus pretensiones sobre argumentos en buena medida similares.

Segundo. Los tales recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el 29 de noviembre de 2012, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 19 de diciembre de 2012.

Tercero. Debe entenderse que los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello (artículo 42 TRLCSP), en tanto las entidades recurrentes, por su actividad y objeto social, podrían concurrir a la licitación a que se contraen.

Cuarto. El contrato objeto de recurso es un contrato de suministros que, por razón de su valor estimado, debe considerarse sujeto a regulación armonizada y, como tal, susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 40.1.a) y 15.1.b) del TRLCSP.

Por lo demás, el acto objeto de recurso son los pliegos rectores, contra los que cabe recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.a) TRLCSP.

Quinto. Los recursos han sido interpuestos ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2 TRLCSP. A estos efectos, en relación con el plazo para interponer el recurso especial contra los pliegos cuando el acceso a ellos, como es el caso, se ha facilitado por medios electrónicos, procede traer a colación nuestra Resolución 534/2013 de 22 de noviembre, recurso 701/2013, en la que este Tribunal asume el criterio mantenido por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 264/2011) en su sentencia de 30 de octubre de 2013, con arreglo al cual, en supuestos como el que se examina, el dies a quo, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos no es, como venía entendiendo el Tribunal por razones de seguridad jurídica, el día en que expiraba el plazo para presentar las proposiciones, sino el día en que tiene lugar la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios. Atendido que la rectificación de errores con que vino a ser fijado el texto definitivo de los pliegos fue publicada el 5 de agosto de 2014, debe concluirse que los recursos analizados fueron interpuestos dentro del plazo legalmente establecido al efecto.

Sexto. Entrando en el fondo de la cuestión, y comenzando por el recurso 742/2014 interpuesto por BRAUN SURGICAL, S.A. ha de destacarse que la actora opone diversos motivos de impugnación que, en esencia, se concretan en los siguientes extremos:

- a) Impugna la descripción de los lotes 31 y 32 resultante del Pliego de Prescripciones Técnicas, en tanto incorpora la exigencia de que los apósitos hemostáticos allí referidos lo sean de “celulosa oxidada regenerada”, lo que, a su entender, viene a introducir una injustificada restricción a la competencia,

en tanto existen otros apósitos homologables que también emplean celulosa oxidada, pero no regenerada.

- b) Impugna la descripción del lote 33 resultante del Pliego de Prescripciones Técnicas por incluir, conjuntamente, en la posición 33.2 un apósito hemostático gelatina absorbible anal cilíndrico , además de un apósito hemostático gelatina absorbible cúbico (posición 33.1) y de otro apósito hemostático gelatina absorbible lámina (posición 33.3). Considera que el apósito referido en la posición 33.2 debería ser objeto de un lote separado.
- c) Finalmente, impugna la descripción del lote 34 resultante del Pliego de Prescripciones Técnicas por agrupar apósitos hemostáticos de colágeno absorbible de diferente composición (fibrilar y esponja), al entender que los apósitos de diferentes características deberían estar en lotes separados.

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46 TRLCSP, objeta todas las pretensiones y alegatos de la recurrente, afirmando la plena adecuación a derecho de las previsiones de los Pliegos objeto de impugnación.

Séptimo. En relación con los alegatos deducidos por la actora, debe tenerse presente (seguiremos en este punto el hilo argumental de la resolución 652/2014, en la que se abordó una impugnación pareja referida a esta misma licitación) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

Pues bien, el primero de los preceptos citados parte de la regla general de no división del objeto del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Por su parte, el artículo 117.2 establece que “Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”. Sobre estas normas tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como la jurisprudencia y este Tribunal se han pronunciado, declarando la proscripción de previsiones de los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o el establecimiento de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas si estas circunstancias carecen de todo fundamento

En particular, cabe traer a colación la Resolución nº 214/2013 en la que analizando un supuesto en el que también se debatía la conveniencia de realizar otra distribución por lotes de los productos a suministrar señalaba lo siguiente:

“Sin entrar a considerar si la división en lotes propuesta por la entidad recurrente que consiste en la creación de un lote nuevo en el contrato para las “Vacunas inactivadas preparadas en cultivos celulares” es la más razonable o no desde el punto de vista de las necesidades que pretende satisfacer el Acuerdo Marco proyectado, lo cierto es que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, pudiendo ser también razonable una división en lotes diferente a la propuesta por la recurrente en la medida que con ello se pueda incrementar la eficacia y la eficiencia en su ejecución. En efecto, como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, este Tribunal ha manifestado reiteradamente su respeto a la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86.”

Asimismo, como también ha quedado expuesto, en la regulación de los contratos públicos hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual, además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Por otra parte, del transcrito artículo 1 del TRLCSP se desprende, como ha señalado este Tribunal en la resolución 247/2012, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia -“eficiente utilización de los fondos públicos”, en palabras de dicho precepto legal-, principio que, en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y

salvaguarda de la competencia, de otra parte- lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

No obstante, no cabe perder de vista que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.

En el caso objeto de este procedimiento no puede afirmarse que el órgano de contratación al definir el objeto contractual haya conculcado los principios de igualdad y concurrencia restringiendo la competencia.

Por un lado, en lo que atañe a la definición de los lotes 31 y 32, se destaca en el informe emitido al amparo del artículo 46 TRLCSP que la concreta exigencia de la composición de celulosa oxidada regenerada dista de ser errónea, encontrando plena justificación al tratarse de un material con gran capacidad de hemostasia. Al tiempo, si bien se admite que han sido recientemente incorporados al catálogo códigos para artículos de celulosa oxigenada no regenerada, se advierte que no ha sido aún aprobado su empleo por la comisión técnica correspondiente, sin perjuicio de indicar que le será propuesto “*en futuros contratos*”.

Por otro, en lo que se refiere a la composición de los lotes 33 y 34, es patente que no puede tenerse por lesiva de los principios invocados, siendo así, muy al contrario, que pudiendo haberse configurado el contrato sin división alguna, al fraccionarse el suministro a contratar en 38 lotes se ha propiciado la apertura de la licitación a un mayor número de empresas. Cuestión distinta es que la definición de lotes efectuada por la Administración no lo haya sido del agrado del recurrente, pretensión que no puede acogerse por ser contraria a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86 del TRLCSP, siendo así que este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (como en las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012 o 227/2012) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran,

desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el en cada caso recurrente. Es evidente, en todo caso, que la simple alegación de que la actora no comercializa todos los productos recogidos en los tales lotes no constituye fundamento bastante para calificar su definición como manifiestamente errónea o lesiva del principio de igualdad o concurrencia, tal y como pretende la recurrente.

Debe, por todo ello, desestimarse el recurso así hecho valer.

Octavo. En lo que atañe al recurso 723/2014, interpuesto por BRAUN MEDICAL, S.A., se contrae, en esencia, a los siguientes extremos:

- a) Impugna la definición y diversas especificaciones técnicas de los lotes 2, 5, 10, 11, 12, 14, 25 y 37, que estima indebidamente limitativas de la concurrencia.
- b) Impugna el precio señalado en los lotes 25 y 37, a fin de que se indique a que unidad de medida se refiere.
- c) Impugna, por considerarlo injustificado y excesivo, el plazo de garantía exigido en la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por remisión al apartado E, en relación con el apartado W, del cuadro resumen.

El órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46 TRLCSP, destaca que buena parte de las objeciones opuestas por la recurrente han sido subsanadas en la rectificación de errores de que fueron objeto los pliegos impugnados y asume algunas de las modificaciones por aquél interesadas, insistiendo, en los restantes extremos, en la plena adecuación a derecho de la dicción impugnada.

Noveno. Entrando en el concreto análisis de los alegatos de la actora, cabe decir:

- a) En lo que atañe a la impugnación de la descripción del lote 2, que la actora postula debe ser dividido en dos lotes diferenciados, ha de estarse a lo manifestado en el fundamento sexto, en términos que obligan a la desestimación del motivo de impugnación. En efecto, el hecho de que se hayan agrupado en un mismo lote dos apósitos de idénticas características, a salvo su respectivo tamaño, no comporta por sí infracción de los principios de igualdad y

conurrencia, por mucho que, según alega la actora, esté imposibilitada de concurrir al mismo por no contar con apósitos de ambas dimensiones.

- b) El alegato relativo a la inclusión conjunta en el lote 5 de apósitos de distintos tamaños debe ser desestimado por idénticas razones. En lo que atañe a la objeción relativa al escaso margen de desviación reconocido (que en la redacción original del Pliego de Prescripciones Técnicas era de más/menos 2,5 cm²), deviene inatendible, abstracción hecha de cualesquiera otras consideraciones, una vez que tras la rectificación de errores ya aludida dicho margen ha pasado a ser de hasta 25 cm², por exceso, lo que equivale a un porcentaje más que significativo del tamaño del apósito en cada caso exigido (25%, 100% y 16%, respectivamente), en términos que, indudablemente, favorecen una más amplia concurrencia.
- c) Las objeciones relativas al lote 10, que descansan en parejas consideraciones a las esgrimidas en relación con el lote 5, deben ser desestimadas por idénticas razones. En este caso, igualmente, la actora parece haber obviado, no obstante haber interpuesto su recurso tras la publicación de la rectificación de errores, que el margen de desviación ahora admitido es considerablemente mayor que el reflejado en la redacción original del pliego.
- d) En relación con el lote 11, la actora, una vez más, parece obviar los términos resultantes de la rectificación de errores. Si bien afirma que la *"la especificación técnica en cuanto a la concentración del alginato descrita del 80% no deja claro si existe desviación de valores posibles a este porcentaje, por lo que no permite a otros proveedores con valores próximos a esta concentración presentar oferta a este lote"*, dicho alegato ha dejado de tener sentido una vez que, en la dicción rectificada, la concreta exigencia de un 80% de concentración ha dejado paso a la afirmación de que *"las fibras de alginato deben estar presentes de un 60% a un 90% de su composición total"*. Cabe por ello, con abstracción de otras consideraciones (pues bien podría el órgano de contratación haber exigido, justificadamente, un valor concreto y específico sin margen de variación) desestimar el alegato de la actora, en tanto no cabe inferir que la dicción del pliego comporte restricción alguna de la concurrencia.



- e) Por lo que se refiere a la composición del lote 12, sobre la que la actora discrepa, debe tenerse por reproducido lo expresado en el fundamento sexto precedente, en términos que abocan a la desestimación del alegato de la recurrente.
- f) Tratando ya del lote 14, la actora postula que las expresiones *“lámina de silicona repartida uniformemente en la totalidad del apósito”* y *“capa externa de poliuterano rugoso”* son ambiguas y de interpretación subjetiva, interesando, por ello, su corrección. Sobre este particular, cumple indicar que este Tribunal no aprecia que la primera locución adolezca de oscuridad que, dificultando su interpretación, pueda determinar una indirecta restricción de la concurrencia. En cuanto a la segunda locución, en la rectificación operada en los pliegos ha sido suprimido el adjetivo *“rugoso”*, lo que excluye también toda dificultad interpretativa. Debe, por ello, desestimarse el alegato de la recurrente.
- g) En relación con los lotes 25 y 37, la actora, paradójicamente y por contraste con lo opuesto al tratar de otros lotes, sostiene que la división es arbitraria, al recoger en lotes separados productos idénticos, únicamente diferenciados por el tamaño. Tal alegato no puede prosperar, por las razones expuestas en el fundamento sexto precedente, siendo lo cierto, en rigor, que difícilmente puede la actora pretender que la incorporación de productos de características similares, pero distinto tamaño, a dos lotes separados comporte vulneración de los principios de concurrencia e igualdad o limite la competencia cuando, precisamente, ha alegado en sentido inverso en relación con los lotes 2,5 y 10. Por lo demás, no se aprecia que los márgenes de desviación admitidos en los lotes 25.1 y 37.2 (20 ml y 10 ml en relación con envases, respectivamente, de 100 ml y 50 ml, lo que equivale a un 20% de desviación) comporten indebida restricción de la concurrencia, sin que a ello obste el mero y evidente hecho de que, como alega la actora, las presentaciones de 20 y 30 ml se vean excluidas.
- h) Distinta suerte han de correr las restantes observaciones que la recurrente realiza en relación con los tales lotes 25 y 37, a saber, las concernientes a la exigencia de que los productos que los integran sean estériles y a la definición de los precios unitarios máximos de aplicación. El órgano de contratación admite la procedencia de suprimir dicha primera exigencia, en aras de una mayor



conurrencia, y reconoce que, efectivamente y aunque así no se expresase, los precios unitarios indicados lo son por mililitro, conviniendo con la actora en la necesidad de modificar los pliegos a fin de que así lo expresen. Debe, por ello, estimarse en este punto el recurso interpuesto.

- i) Finalmente, en lo que se refiere a la impugnación del plazo de garantía de un año establecido en la cláusula 32, en relación con los apartados E y W, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, no se aprecia que la previsión allí recogida incurra en infracción del artículo 222 TRLCSP y demás concordantes, sin que la pretensión de la actora de que sea reducido a 30 días pueda, sin más, prevalecer sobre las legítimas facultades del órgano de contratación (que, en todo caso, justifica motivadamente en el informe del artículo 46 TRLCSP dicha previsión) para definir, en función de sus necesidades, las condiciones del suministro a prestar.

Décimo. A tenor de todo lo expuesto, procede desestimar el recurso 742/2014 y estimar en parte, únicamente en lo que atañe a los lotes 25 y 37 y según lo expresado en la letra h) del presente fundamento, el recurso 723/2014.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso 742/2014, interpuesto por D^a. M. F. T. en representación de BRAUN SURGICAL, S.A. contra los pliegos rectores del Procedimiento Abierto SSCC PAC 29/14 para el suministro de apósitos y productos para el cuidado de la piel y de las heridas para los usuarios del Servicio de Salud, que fue convocado por el Servicio de Salud de las Islas Baleares, y estimar parcialmente el recurso 723/2014, interpuesto por D^a. M. F. T. en representación de BRAUN MEDICAL, S.A. contra esos mismos pliegos, si bien únicamente en lo que atañe a los lotes 25 y 37 y en los concretos extremos expresados en el apartado h) del fundamento octavo de esta resolución,



Segundo. Levantar la suspensión acordada, 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 de los recursos, 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 de las Islas Baleares en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.