



Recurso nº 1210/2015 C.A. Región de Murcia 73/2015

Resolución nº 1162/2015

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

En Madrid, a 18 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.A.C., en nombre y representación de GOLDSTAR PHARMA, S.L., contra los pliegos que han de regir la contratación del *“Suministro de tiras reactivas determinación de glucosa y cuerpos cetónicos en sangre y determinación de glucosa y cuerpos cetónicos en orina con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud”*, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación -Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud- convocó procedimiento abierto para la licitación del suministro de tiras reactivas determinación de glucosa y cuerpos cetónicos en sangre y determinación de glucosa y cuerpos cetónicos en orina con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud.

La publicación de la licitación en el Boletín Oficial del Estado tuvo lugar el 19 de noviembre; en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de noviembre; y en el perfil del contratante el 17 de noviembre, todas ellas de 2015.

El contrato tiene un valor estimado de 18.184.560 euros

Segundo. Contra los Pliegos que han de regir la contratación, la empresa GOLDSTAR PHARMA ha interpuesto recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado al Tribunal con fecha de entrada en registro de 23 de noviembre de 2015.

El recurso se dirige fundamentalmente contra las condiciones recogidas en el apartado 13 de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, en concreto la inexistencia de división en lotes del objeto del contrato.

Tercero. Con fecha 30 de noviembre de 2015, se emite por el órgano de contratación informe sobre el citado recurso.

Cuarto. Con fecha 3 de diciembre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acuerda la suspensión del procedimiento de contratación, hasta que se dicte resolución en el mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto, a tenor del artículo 41.3 del Real Decreto 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Pública (en adelante TRLCSP) y conforme a la Resolución de 05 de noviembre de 2012, de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicada en el BOE el 21 de noviembre de 2012.

Segundo. Conforme al artículo 42 del TRLCSP podrá interponer 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.

El órgano de contratación discute la legitimación de la mercantil recurrente por entender que la invocación de ser “posible licitadora” no justifica un derecho o interés legítimo que pueda verse afectado.

Sobre la legitimación para recurrir los pliegos de un contrato con base en el artículo 42 del TRLCSP y tras un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y de la propia doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se concluye (Resolución 45/2012, de 03 de febrero): *“Es evidente, bajo*

dichos presupuestos, que no es en absoluto cierto que resulte obligada la presentación de ofertas a una licitación si se pretende impugnar el correspondiente pliego de cláusulas, sino que, con toda evidencia, estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y, por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso contra aquel hecho valer (...)."

Por ello se entiende legitimada la empresa GOLDSTAR PHARMA, S.L para la interposición del recurso contra los pliegos que van a regir la licitación.

Tercero. El recurso se interpone frente a los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por razón del valor estimado del mismo por lo que en base a lo dispuesto en el artículo 40, apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP, es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. El recurso ha sido presentado dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. Impugna la parte recurrente la obligación de concurrir al lote 1 completo, contenida en el apartado 3 del cuadro de características así como el Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a las especificaciones que deben reunir las tiras reactivas. En síntesis, considera la parte recurrente que la obligación de ofertar conjuntamente los dos tipos de tiras impidiendo la presentación de ofertas independientes por cada uno de ellos, así como su forma de evaluación, impide la selección de las mejores tiras reactivas y la concurrencia de empresas como la recurrente, que solo posee tiras de una de las dos características. Concluye que las circunstancias expuestas suponen la infracción del principio de concurrencia, igualdad y no discriminación.

Sexto. Recuerda la reciente Resolución 1084/2015 de este Tribunal que refleja la doctrina mantenida sobre recursos similares.

"Como ha señalado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas, resolución 609/2015 de 29 de junio) conforme al artículo 1 del TRLCSP, el régimen jurídico que rige la contratación pública no tiene como único fin el garantizar que la contratación en el Sector Público se ajuste 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, sino también 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.”

Decíamos en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, (fundamento octavo) “... debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que **no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad**. En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: “Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”. En definitiva, para que exista una

limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.”

Y en la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, citando la Resolución 756/2014, decíamos que “..., debe tenerse presente (...) 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 (Resolución 756/2014, de 15 de octubre).

El órgano de contratación argumenta con la parcial transcripción de un informe emitido por los autores del pliego (no incorporado a la documentación al Tribunal), la justificación en determinadas situaciones crónicas del “uso de un tipo de sonda compuesta por poliuretano que objetivamente aporta mayor confortabilidad y menor fricción durante el mantenimiento o colocación de la misma”. Igualmente cita un informe denominado Guía de Fistera, sobre el sondaje o cateterismo vesical, que avala su opción. Además, sostiene el órgano de contratación que la licitación debe verse de forma conjunta y que incluye un lote, el 26, que es una sonda vesical que no está compuesta por poliuretano, de modo que se facilita así la concurrencia al contrato, aunque en los lotes 24 y 27 no pueda ofertarse por razón de la característica de composición de la sonda. Así las cosas debemos concluir que el órgano de contratación ha efectuado una opción legítima y ajustada a la ley, no arbitraria, al determinar sus necesidades y los medios con que quiere cubrirlas- sonda vesiculares compuestas de poliuretano-y que la limitación a un único posible oferente, en tanto que en el mercado español solo hay un proveedor, es

una circunstancia ajena al órgano de contratación y objetiva. El órgano de contratación, según expone, ha incluido otro lote-26- en el que las sondas vesiculares admiten otro material, lo que permitirá-al menos, según señala el citado órgano-que sondas equivalentes a los lotes 24 y 27 sean ofertadas por otros licitadores. La concurrencia en los contratos no pasa necesariamente porque todos los licitadores puedan ofertar a todos los lotes.” En el mismo sentido la Resolución 652/2014.

Podemos invocar también lo resuelto por el Tribunal en las Resoluciones 295/2012, 143/2012 y 117/2012, donde señaló “... (...) *la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma un restricción a la competencia, en cuanto que las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas dada su actividad para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas, sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas y que deberán tenerse en cuenta a los efectos del fraccionamiento en lotes de un contrato”.*

A la vista de la doctrina expuesta, debemos analizar si, en el caso que nos ocupa, los requisitos técnicos establecidos en el pliego se muestran razonables y objetivos, siendo necesarios para la satisfacción de las necesidades de la Administración. Nada dice la parte recurrente sobre este extremo, limitándose a señalar la vulneración de los principios antes mencionados pero, sin justificar si quiera sea de forma indiciaria, que la necesidad a satisfacer mediante el contrato aquí analizado sería igualmente cubierta, y con la misma eficacia, si se procede a la licitación de las diferentes tiras reactivas de forma separada.

Por contra, el órgano de contratación expone en el informe que presenta ante este Tribunal la razón por la cual se considera necesaria la licitación conjunta. Señala, en este sentido:

“...solicitado informe a los autores del Pliego como consecuencia de la interposición del presente recurso, se reproducen los motivos de diversa índole que de alguna manera justifica el que exista este Lote 1 compuesto a su vez, por varias referencias:

"Criterios asistenciales: existen pacientes que comenzarán con un medidor básico y luego pasarán a otro avanzado, y si esto se hace con la misma empresa que maneja entornos de software clínico parecidos en sus medidores, será más asimilable para el paciente.

Criterios logísticos: existen empresas que presentan una misma tira válida para medidores básicos y avanzados, lo que supone un ahorro logístico de almacenamiento y compras".

En definitiva, lo que se está indicando es que en este expediente, no es que se trate de algo caprichoso o carente de lógica la acumulación de estos autoanalizadores necesarios para realizar las determinaciones de glucosa en un mismo Lote, sino que va más allá y es que resulta prudente y aconsejable esa acumulación en aras de conseguir una unidad y homogeneización de los recursos disponibles y una plena satisfacción del interés público"

Todo lo anteriormente expuesto no se desvirtúa por las resoluciones de este Tribunal que se citan en el recurso puesto que, como hemos visto, en el presente caso se justifica debidamente la forma de licitación escogida. Por último, debemos tener en cuenta que el artículo 86 del TRLCSP faculta -que no obliga- a la Administración a la división en lotes del contrato en los casos en que se justifique debidamente y siempre que sea necesario para la consecución de los principios establecidos en el artículo 1 de la norma citada. Pero no debe olvidarse que, en cualquier caso, el contrato debe ir dirigido a la consecución de los objetivos que mediante el mismo se pretenden cubrir, correspondiendo a la Administración la determinación de la mejor forma para hacerlo de tal manera que aun cuando existiera una única empresa capaz de prestar los servicios en la forma licitada, la misma debe considerarse ajustada a Derecho.

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 interpuesto por D. R.A.C., en nombre y representación de GOLDSTAR PHARMA, S.L., contra los pliegos que han de regir la contratación del

“Suministro de tiras reactivas determinación de glucosa y cuerpos cetónicos en sangre y determinación de glucosa y cuerpos cetónicos en orina con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud”, convocado por la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud.

Segundo. Levantar la medida cautelar adoptada en este procedimiento.

Tercero. 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 de 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 Murcia, 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 10.1.k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.