



Recurso nº 1575/2021 C.A. La Rioja 34/2021

Resolución nº 1805/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 10 de diciembre de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. C.B.D.D., en representación de la sociedad OXIGEN SALUD, S.A., contra los Pliegos que han de regir la licitación del contrato de *“suministro de gases medicinales, de uso sanitario y técnico-industrial con destino a los centros adscritos al Servicio Riojano de Salud.”*, expediente 15-3-2.01-0007/2022, convocado por el Servicio Riojano de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Riojano de Salud anunció en el perfil del contratante el 4 de octubre de 2021 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 2.474.614,46 euros y cuyo objeto no está dividido.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los Pliegos, el día 21 de octubre de 2021 se interpone recurso especial en materia de contratos ante este Tribunal por OXIGEN SALUD, S.A., presentando su escrito en el Registro General del Ministerio de Hacienda. En el recurso se alega que los Pliegos incumplen lo dispuesto en el artículo 99.3 LCSP al no quedar debidamente justificada la no división en lotes del contrato de suministros, lo que perjudica la libre concurrencia y a las pequeñas y medianas empresas.

Cuarto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación, indicándose en este que la empresa recurrente carece de legitimación, al no haber presentado su oferta para la licitación del contrato y no haber identificado a qué lote hubiera concurrido de haberse dividido el objeto del suministro en varios lotes y no adjudicarse como un único contrato.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las otras licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase alegaciones, habiendo hecho uso de su derecho la empresa SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS, S.A., que defiende la legalidad de los Pliegos impugnados.

Sexto. Mediante resolución de 4 de noviembre de 2021, la Secretaria de este Tribunal ha acordado conceder la suspensión provisional del procedimiento de contratación, sin que quede afectado el plazo de presentación de ofertas, hasta su levantamiento mediante la resolución que ponga fin al presente recurso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49, 56 y 57.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Resultan de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Tercero. Se impugnan los Pliegos que han de regir la licitación de un contrato de suministros, regulado en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto impugnado son susceptibles de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. Cuestiona el órgano de contratación la legitimación de la empresa recurrente, dado que no ha presentado su oferta en el plazo señalado para concurrir a la licitación, ni identificado a qué lote hubiera concurrido de haberse licitado el contrato con su objeto dividido en lotes. Por tanto, se hace necesario entrar a valorar si la empresa ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta que el interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En particular, y respecto del interés que puede ostentar quien no es licitador, se recoge la doctrina de este Tribunal, entre otras muchas, en nuestra Resolución 865/2020, de 31 de julio, recurso 611/2020, y en todas las que menciona, en la que se indica: *“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación. En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, ya declaramos que: “este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: “Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial”.*

Traslado este criterio a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores pueden impugnar los pliegos. Afirmación que se matiza para permitir la impugnación de los pliegos a aquellas personas que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso. En este sentido Resolución 967/2015, de 23 de octubre, reiterada en la 809/2019 de 11 de julio: *“el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre”.*

Ahora bien, el Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio 2013). En efecto, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta

del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia. Como afirma la Resolución 1166/2019 de este Tribunal: *“La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras)”*.

Y, tal y como resolvimos en un supuesto similar en la Resolución 443/2021, de 23 de abril, a empresa recurrente impugna exclusivamente no división en lotes del objeto del contrato, alegando que la decisión adoptada atenta contra la libre competencia y perjudica a las pequeñas y medianas empresas, sin embargo, en el recurrente no alega que como consecuencia de la no división en lotes no se haya podido concurrir al contrato, por ser la solvencia técnica o profesional requerida un obstáculo para formar parte de la licitación. En definitiva, la mercantil no ha exteriorizado su voluntad de participación en el procedimiento de licitación objeto del recurso, ni ha justificado de manera concreta que los supuestos vicios de invalidez invocados le hayan impedido de forma efectiva presentar su oferta. Por lo que debe inadmitirse el recurso por falta de legitimación para impugnar los pliegos que rigen la licitación en la que no ha tomado participación.

Quinto. A mayor abundamiento, la motivación del órgano de contratación obra en la Memoria del expediente de contratación y responde a lo previsto en el artículo 99.3, letra b) de la LCSP, quedando además amparada en la discrecionalidad técnica propia del órgano de contratación que es conocedor de las necesidades y de las formas en que se han de prestar los servicios.

En efecto, señala la Memoria:

“El contrato consta de un único lote que incluye las actividades de suministro y mantenimiento. Se entiende como una actividad intrínseca al suministro el mantenimiento de los envases, recipientes e instalaciones de suministro y televigilancia que son propiedad del suministrador. El control y vigilancia debe ser realizado por una única empresa responsable de todo el proceso. La división en varios lotes daría lugar a problemas técnicos y organizativos al poderse dispersar el proceso en varios responsables lo que implicaría un detrimento del servicio prestado a los Centros sanitarios en un aspecto fundamental como es el suministro de gases medicinales. Para evitar problemas y mejorar la eficiencia se contrata tanto el suministro como el mantenimiento de las instalaciones de gases medicinales, buscando en todo momento una calidad de servicio que asegure el correcto suministro de gases medicinales. Siendo el SERIS capaz de realizar una primera intervención sobre las instalaciones, no dispone de los medios específicos para realizar mantenimientos correctivos o nuevas instalaciones criogénicas, por lo que igualmente se licitan como parte del contrato y en único lote por estar especializadas estas empresas en dicha actividad”.

Argumentación que, conviene apuntar, se detalla de forma pormenorizada y extensa en el informe remitido a este Tribunal, conforme exige el artículo 56 de la LCSP, precisando como motivos para la no división: agiliza y flexibiliza el suministro; asegura la ejecución del contrato y especialmente la prestación del servicio en todo el ámbito territorial, al no existir lotes que por su baja rentabilidad puedan quedar desiertos; mejora notablemente la trazabilidad del suministro y del resto de fases de ejecución del contrato; evitar hipotéticos conflictos entre los distintos contratistas y reduce el tiempo de resolución de problemas; la división supondría en principio un encarecimiento del mismo, a causa fundamentalmente de la partida destinada a los recursos humanos adscritos a la prestación del servicio; la división en lotes habría resultado ineficiente técnica y económicamente. Para finalizar señala que contrariamente a lo defendido por el recurrente, los hospitales destinatarios del suministro y mantenimiento objeto de contrato, no tienen competencia técnico-administrativa, encontrándose está centralizada en la Subdirección de Infraestructuras.

Además, tal y como ha advertido este Tribunal, la eventual indivisión del objeto de contrato no contradice “*per se*” el principio de competencia y en ese sentido nos hemos pronunciado en reiteradas ocasiones. Así, a modo de ejemplo en nuestra reciente Resolución nº

244/2021, de 5 de marzo, cuando señalábamos que: *“En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar ‘la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial’, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, ‘cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador’. (....) Conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal expresada, entre otras muchas, en la resolución 148/2019 de 22 de febrero, (...) la nueva Ley de Contratos del Sector Público exige, como hemos visto, que la justificación de la no procedencia de dividir el contrato en lotes se encuentre reflejada en el expediente. El Tribunal considera admisible para no dividir el contrato en lotes el hecho de que se trate de «un servicio único, no divisible», pero debe explicarse en el expediente por qué el servicio es único e indivisible (...).”*

Atendido lo anterior, la nueva LCSP no impide que la Administración configure el objeto del contrato atendiendo a lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones citadas, 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 del TACRC 756/2014, de 15 de octubre). Pero debe tenerse en cuenta que: a) La Administración puede invocar motivos válidos para la existencia de un solo lote, aunque debe justificarlos en el expediente, b) Los motivos que se contemplan en el artículo 93.3. a) y b) no constituyen un *numerus clausus*.

El Órgano de Contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, margen que está sujeto también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales

por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo que no resulte arbitrario, ni contrario a la finalidad última del precepto citado.

Idéntica doctrina se recoge en la Resolución 563/2020, de 23 de abril, recurso 197/20 que admite una motivación “*a posteriori*” por parte del órgano de contratación con cita de la Resolución nº 1113/2019 de 7 de octubre de 2019 (Recurso nº 906/2019). De acuerdo con esta doctrina, la motivación de la no división en lotes existe y cumple los requisitos legalmente establecidos.

En definitiva, considera este Tribunal que el órgano de contratación ha obrado dentro del margen de discrecionalidad del que dispone para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, habiendo procedido de forma suficiente a explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, sin que pueda considerarse que tal motivo es arbitrario, ni contrario a la finalidad última del artículo 99 de la LCSP, por lo que procedería desestimar esta alegación y con ello el recurso si este no hubiera sido, como es el caso, previamente inadmitido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. C.B.D.D., en representación de la sociedad OXIGEN SALUD, S.A., contra los Pliegos que han de regir la licitación del contrato de “*suministro de gases medicinales, de uso sanitario y técnico-industrial con destino a los centros adscritos al Servicio Riojano de Salud.*”, expediente 15-3-2.01-0007/2022, convocado por el Servicio Riojano de Salud.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 La Rioja, 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.