



Recurso nº 743/2022 C.A. Illes Balears 42/2022

Resolución nº 994/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 2 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. V. L., en representación de BAXTER, S.L., contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de *“Suministro de material fungible y cesión de equipos para la realización de sesiones de hemodiálisis en el Hospital Can Misses y Hospital de Formentera y sesiones de técnicas continuas de depuración extrarrenal en la UCI del Hospital Can Misses”*, con expediente PA 109/22, convocado por el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 19 de mayo de 2022 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 20 de mayo de 2022, convocó la licitación para la contratación por el procedimiento abierto del contrato de *“Suministro de material fungible y cesión de equipos para la realización de sesiones de hemodiálisis en el Hospital Can Misses y Hospital de Formentera y sesiones de técnicas continuas de depuración extrarrenal en la UCI del Hospital Can Misses”*, con expediente PA 109/22, y con un valor estimado de 2.323.872,73 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, presentaron la suya las siguientes empresas:

- FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.
- B BRAUN MEDICAL, S.A.
- NIPRO MEDICAL SPAIN, S.L.



Tercero. Con fecha 9 de junio de 2022, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación presentado por BAXTER, S.L.

Cuarto. El Órgano de Contratación acordó remitir al Tribunal el informe previsto en el artículo 56.2 de 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), que se ha unido al expediente administrativo.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de 22 de junio de 2022 acordando la concesión de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado, con fecha 11 de julio de 2022, del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, que obran en el expediente remitido.

Con fecha 15 de julio de 2022 FRESENUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A., ha presentado alegaciones al recurso como parte interesada en el procedimiento, interesando, de un lado, la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, la desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del RPERMC, y el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 23 de septiembre de 2020, publicado en el BOE el 3 de octubre de 2020.



Segundo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por 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. El acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a los artículos 44.2.b) y 44.1.a) de la LCSP, al tratarse de la impugnación de los pliegos que rigen la licitación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en forma y plazo, de conformidad con los artículos 50 y 51 LCSP.

Quinto. Plantea el licitador FRESNUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A., en sus alegaciones la legitimación del recurrente, cuestión que en todo caso debe ser examinada de oficio por este Tribunal.

Como es sabido, es doctrina reiterada de este Tribunal la que sienta que están legitimados para recurrir los pliegos de una licitación los empresarios que han adquirido la condición de licitadores por haber presentado su oferta, o bien aquellos que acreditan su interés legítimo demostrando que precisamente no han adquirido tal condición a causa de los vicios de los pliegos que vienen a denunciar con su recurso.

Así lo expusimos en nuestra Resolución 2/2017, de 17 de enero: *“Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008–), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato.*



Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005-). Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: <<27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. 28. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.>

Expuesto lo anterior, consta acreditado en el expediente que BAXTER, S.L., no ha presentado oferta alguna una vez finalizado el plazo para ello, sin que tampoco haya justificado que su no concurrencia se deba a la nulidad de la cláusula denunciada, relativa a la determinación del presupuesto base de licitación, al valor estimado, y al precio del contrato, cuestiones que por su naturaleza difícilmente pueden impedir la presentación de la oferta.

No afecta a ello el hecho de que el recurrente manifieste que el recurso se interpone *ad cautelam*, teniendo intención de presentar oferta en el caso de que el mismo fuera desestimado, puesto que como establece el artículo 49.4 LCSP, “Salvo que se acuerde lo



contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados”, sin que así se hubiera acordado en la Resolución de este Tribunal de 22 de junio de 2022 acordando la suspensión del procedimiento.

En efecto, la recurrente alega, de un lado, que en la conformación del presupuesto base de licitación no se han desglosado expresamente determinadas partidas o costes (arrendamiento y mantenimiento de los equipos, costes de gestión de residuos y costes de integración con el sistema Nefrored implantado en el Servicio de Salud de las Islas Baleares); y, de otro, que los pliegos no definen adecuadamente el número de sesiones de diálisis previstas durante la ejecución del contrato.

Tanto el Órgano de Contratación como la empresa que ha presentado alegaciones defienden que tratándose de un contrato de suministros a precios unitarios, según las necesidades de la Administración que se regula en el artículo 16 y disposición adicional 33 de la LCSP, puesto en relación el artículo 100 con el apartado 4 del artículo 102, ambos de la LCSP, no resulta en este tipo de contratos el desglose que pretende la recurrente pues en el precio unitario calculado por la Administración están comprendidas todas las prestaciones objeto del contrato. En efecto, la determinación del precio del contrato mediante el precio por unidad, conlleva la necesidad de precisar el número de las prestaciones obligatorias del contrato pero no, necesariamente, a priori, pues serán las que sean demandadas por la Administración, en función de sus necesidades, durante el plazo de ejecución del contrato. Con respecto al segundo motivo, se responde que en los contratos de suministros está previsto en el artículo 16.3 a) LCSP, que considera expresamente como un contrato de suministro *“Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente ”*, al igual que lo hace la disposición adicional trigésima tercera de la misma Ley y este es, precisamente, el tipo de contrato que se licita, en el que se ha establecido un presupuesto máximo de gasto, en función de unas necesidades de sesiones anuales de diálisis que se han calculado en el anexo A del pliego de prescripciones técnicas particulares.



Planteado así el debate y las discrepancias y, con independencia de que la postura que mantiene la Administración y la empresa que ha presentado alegaciones, con respecto al primer motivo del recurso (desglose de partidas y costes) coincide con la expresada por este Tribunal en varias ocasiones (p.e. en el fundamento jurídico sexto de la resolución 84/2019, de 1 de febrero de 2019), este Tribunal considera que la discrepancia que sostiene la recurrente con respecto al desglose del presupuesto base de licitación, no le hubiera impedido presentar proposición porque ni tan siquiera se está combatiendo que el precio máximo unitario fijado por la Administración sea insuficiente considerando todos los costes que puede incluir, sino que la queja se centra en la mera falta de desglose. A priori, puede servir de indicio que el presupuesto base de licitación se ha adecuado a los precios del mercado, dado que han presentado proposición en plazo, tres empresas. Más claro resulta con respecto al otro motivo del recurso que lo alegado por la recurrente no le hubiera impedido formular la correspondiente proposición.

Todas estas cuestiones en controversia se hubieran dilucidado y resuelto por este Tribunal al dictar la correspondiente resolución en este recurso, anulando, en su caso, las correspondientes cláusulas si a ello hubiera dado lugar, pero lo que no es admisible es que se discutan las cláusulas del pliego por causas que no impiden presentar proposición y se pretenda tener legitimación para interponer un recurso, en el que debido a la falta de presentación de proposición, la recurrente no va a tener opción alguna en ser adjudicataria de este contrato.

Pues bien, la doctrina anteriormente expuesta debe conducir a la inadmisión del presente recurso al amparo de lo previsto en el apartado b) del artículo 55 LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por falta de legitimación, el recurso interpuesto por D. M. V. L., en representación de BAXTER, S.L., contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de *“Suministro de material fungible y cesión de equipos para la realización de*



sesiones de hemodiálisis en el Hospital Can Misses y Hospital de Formentera y sesiones de técnicas continuas de depuración extrarrenal en la UCI del Hospital Can Misses”, con expediente PA 109/22, convocado por el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares

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 Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.