



Recurso nº 199/2023 C.A. de Cantabria 11/2023

Resolución nº 383/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.R., en representación de HANS E RÜTH, S.A., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para la contratación del *“Suministro de mobiliario clínico y aparataje para los centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud”*, con expediente GAP 2022/19, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Previos los trámites oportunos, el Servicio Cántabro de Salud, mediante resolución dictada por delegación por el Director gerente de Atención Primaria en fecha 24 de enero de 2023, aprueba el expediente de contratación y el inicio de la licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la adjudicación del contrato *“Suministro de mobiliario clínico y aparataje para los centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud”*, con expediente GAP 2022/19, con división de su objeto en dos lotes:

- Lote 1: Mobiliario Clínico
- Lote 2: Aparataje

El contrato, sujeto a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 1.797.130,51 euros.

Las prestaciones objeto de contratación se identifican con los CPV: 33100000 - Equipamiento médico, 33124130 - Material para diagnóstico y 33192000 - Mobiliario para uso médico.



Segundo. En fechas 26 y 27 de enero de 2023, se publican respectivamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y demás documentos contractuales, fijándose como hora y fecha límites de presentación de las ofertas las 23:59 horas del día 9 de marzo de 2023.

Tercero. La licitación se desarrolla de conformidad con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, en particular el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Cuarto. En el apartado 4.3 de la memoria justificativa y en el apartado A del Cuadro de Características incluido en el PCAP se recoge sobre la división en lotes lo siguiente:

“División del contrato en Lotes (art. 99 LCSP): SI

Número de lotes dos (2):

– Lote 1. Mobiliario clínico.

– Lote 2. Aparataje.

• Número máximo de adjudicatarios por lote: UNO por lote.

• El licitador puede ofertar a uno o varios lotes.

• No existe límite máximo de lotes a adjudicar a un licitador.

• No será obligatorio concurrir a la totalidad de los lotes.

- *Será obligatorio ofertar a todos los artículos del lote al que se licite”.*

Quinto. Con fecha 16 de febrero de 2023, mediante escrito presentado en el registro electrónico de este Tribunal, la empresa HANS E RÜTH, S.A., interpone recurso contra los pliegos de la licitación de referencia, instando la nulidad de las cláusulas relativas a la división en lotes del objeto del contrato con base en un motivo de impugnación consistente en considerar que la forma en la que se ha configurado tal división resulta injustificada, arbitraria, restrictiva de la competencia y contraria a los principios de igualdad y libertad de acceso.

Tras la invocación del artículo 99.3 de la LCSP, con cita de doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales que interpretan y aplican este precepto legal, argumenta que:

“Como puede observarse, se divide el contrato únicamente en dos lotes, y cada uno de ellos una multiplicidad de productos, equipos y material sanitario de naturaleza y funciones muy diversa, y sin una vinculación real entre ellos.

En paralelo, en el apartado A del Cuadro de Características del PCAP se prevé que “será obligatorio ofertar a todos los artículos del lote al que se licite”. De este modo, resulta que una única empresa será la adjudicataria del suministro de la gran diversidad de artículos que se licitan en un mismo lote, pese a tratarse de productos de funciones muy diversas, cuyo uso no está vinculado. Tan solo las empresas de mayor tamaño en el mercado, que cuentan con una gama de productos más amplia y se enfocan a una mayor variedad de sectores podrán participar en la licitación. Las empresas de menor tamaño o más especializadas quedarán automáticamente descartadas, restringiéndose así la competencia e infringiéndose los principios de igualdad y libertad de acceso, al mismo tiempo que se dificulta la participación de las PYMEs en la licitación. Todo ello sin que exista una razón aparente que justifique que deba ser un mismo adjudicatario el que asuma el suministro de todos estos artículos, cuando perfectamente habría podido efectuarse una mayor división del contrato en lotes, abriendo en mayor medida la licitación a la competencia.



Ante una decisión de tales características, con un impacto que no se corresponde con los principios y objetivos que rigen la contratación pública, sería preciso que se hubiera justificado en el expediente el motivo por el que se ha optado por esta división en lotes, las razones por las que se han agrupado así los distintos artículos licitados. Todo ello con el objeto de verificar si nos encontramos frente a una decisión amparada por la discrecionalidad técnica, al existir motivos técnicos, logísticos o de eficiencia que sustenten la configuración dada al contrato.

No obstante, ello no es así. En ninguno de los documentos del expediente encontramos la más mínima motivación sobre la forma en que se ha efectuado la división en lotes del contrato.

(...)

Ninguna justificación se ofrece sobre el criterio que ha llevado a efectuar esta división en lotes.

En consecuencia, no cabe sino concluir que la forma en que se ha efectuado la división del contrato en lotes no está justificada, por ello, vulnera los artículos 1 y 99.3 de la LCSP, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad. El órgano de contratación ha adoptado una decisión arbitraria, que limita la competencia, pone en pie de desigualdad a los licitadores y dificulta el acceso a la contratación pública de las pequeñas empresas. En consecuencia, deben anularse también los pliegos impugnados en cuanto a la división en lotes”.

Mediante otrosí se interesa la suspensión del procedimiento de contratación al amparo de los artículos 49 y 56 de la LCSP.

Sexto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 24 de febrero de 2023, en el que se formula oposición al recurso.



Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 22 de febrero de 2023, acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación de este recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente LCSP y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. La competencia para el conocimiento y resolución del recurso interpuesto corresponde a este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencias de recursos contractuales, de fecha 24 de septiembre de 2020. (BOE de fecha 03/10/2020).

Tercero. Constituye el objeto de este recurso los pliegos rectores de la contratación de referencia, actuación de poder adjudicador susceptible de recurso especial por estar incluida en el artículo 44.2 a) de la LCSP.

Tratándose de un contrato de suministros con valor estimado superior a cien mil euros, resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP.

Cuarto. En cuanto al cumplimiento de las prescripciones en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso, se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP, así como en los artículos 17 a 21 del RPERMC.

Por lo que respecta a la interposición del recurso en plazo, debe tomarse en consideración que esta impugnación se plantea frente a los pliegos, por lo que resulta de aplicación en



este caso el plazo de quince días hábiles, que establece el artículo 50.1.b) de la LCSP, según el que:

«Artículo 50.1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

Consta en el expediente de contratación que los pliegos fueron publicados con fecha 27 de enero de 2023 en el DOUE, habiendo sido interpuesto el recurso especial en materia de contratación el 16 de febrero de 2023 y, por tanto, dentro del plazo de 15 días hábiles, contado desde el día siguiente al de dicha publicación de esta documentación del expediente de contratación.

Quinto. Corresponde el análisis de la legitimación activa de la entidad recurrente para la interposición de este recurso, en aplicación del párrafo primero del artículo 48 de la LCSP.

Sobre la legitimación para la impugnación de pliegos, hemos indicado, entre otras, en la Resolución nº 3/2023, de 13 de enero, cuanto sigue:

“Tal como hemos expuesto en nuestra Resolución nº 1512/2022, de 1 de diciembre (Recurso nº 1451/2022) la doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación activa de los recurrentes que no han presentado oferta en el procedimiento de contratación puede resumirse en dos consideraciones: “para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe –como regla general con arreglo al artículo 50.1.b) de la LCSP– haber presentado proposición, pues sólo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés fundante de su legitimación; sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer –

excepcionalmente– tal legitimación al empresario que no haya concurrido a la licitación como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en los pliegos que la rigen de cara a su admisión en ella, condiciones que son precisamente las que combata en su recurso.”

De forma más extensa, el criterio adoptado por este Tribunal se expone en los siguientes términos en la Resolución nº 443/2021, de 23 de abril (Recurso nº 295/2021):

“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”.

Trasladado 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”.

En este sentido, 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.

En este sentido, y 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)”.

En este caso, el recurrente impugna, en primer lugar, la no división en lotes del objeto del contrato, pues a su juicio “es perfectamente posible distinguir los servicios



jurídicos de los servicios económicos y contables". La no división en lotes del objeto del contrato incide en los requisitos de solvencia técnica exigida a los licitadores, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 76. 2 LCSP.

Se indica en el recurso que dicha redacción de las cláusulas 1ª y 6ª ha podido disuadir a potenciales licitadores de concurrir a la licitación, bien por no poder ejecutar unitariamente todas las prestaciones o bien por no alcanzar la solvencia técnica o profesional exigida, pero en ningún punto pone de manifiesto de qué manera, la no división en lotes del objeto del contrato, o en su caso la solvencia técnica o profesional exigida, ha podido ser un obstáculo para tomar parte en el procedimiento de licitación.

En efecto, el que el objeto social de la empresa recurrente esté centrado en la prestación de servicios jurídicos no es suficiente para otorgarle legitimación activa

o ad causam para impugnar los pliegos de un procedimiento en el que no se ha presentado ni ha justificado su potencial circunstancia impeditiva u obstaculizadora de la formalización de su oferta, pues en todo caso, pudo cubrir la solvencia técnica

o profesional exigida a través de medios externos ex artículo 75 de la LCSP.

En definitiva, la recurrente en este caso, 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.

En las alegaciones al recurso presentadas por la representación de GRUPO UNIVE SERVICIOS, S.L., se pone de manifiesto esta falta de legitimación del recurrente, en el sentido que acabamos de exponer"

De forma análoga, la Resolución nº 620/2022, de 26 de mayo (Recurso nº 388/2022) indica lo siguiente:

“Cuarto. En orden a resolver la legitimación de la recurrente debe advertirse que ésta no ha presentado oferta en este procedimiento.

Para considerar la legitimación interesa traer a esta resolución el criterio que mantiene el Tribunal sobre el interés legítimo de un recurrente que no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. Entre las últimas resoluciones del Tribunal, en la Resolución nº 295/2022, de 3 de marzo, con cita de otras, afirma:

“Conviene considerar, por ello, la doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación en estos supuestos, que podemos resumir en dos consideraciones: para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe haber presentado proposición, pues solo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés legítimo fundante de la legitimación; sin perjuicio de lo anterior, es preciso admitir la legitimación del empresario que no haya podido presentar proposición como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en el pliego de cláusulas administrativas, condiciones que son precisamente las que censura en su recurso”.

O también, como señalamos en nuestra resolución 890/2021 de 15 de julio de 2021:

“En efecto, es doctrina reiterada 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 C230/02), 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.

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”.

Siguiendo el criterio expuesto, en este caso, tal y como afirma la empresa recurrente, el objeto de esta contratación está comprendido en su objeto social, siendo HANS E RÜTH, S.A., una sociedad mercantil dedicada a la “compra-venta de toda clase de aparatos y

productos clínicos y sanitarios” según resulta de sus estatutos que se aportan como documento nº 2 del recurso. No obstante, ocurre también que esto no es suficiente para fundar su legitimación para recurrir los pliegos en la medida en que no ha presentado oferta en la licitación con posterioridad a la interposición de este recurso, a fin de guardar la debida prelación exigida en el último párrafo del artículo 50.1 b) de la LCSP, ni en modo alguno justificado de qué concreta manera el vicio de invalidez que denuncia en los pliegos le impide de forma efectiva presentar su oferta.

Por otra parte, consta la presentación de ofertas por varios operadores económicos, tal y como se deduce de la relación de empresas licitadoras incorporada al expediente remitido por el órgano de contratación a este Tribunal.

En efecto, resulta acreditada la circunstancia de que se trata de una empresa que no ha participado en la licitación mediante la presentación de oferta con posterioridad a la interposición de este recurso, y ni el motivo de su recurso (la denuncia sobre la configuración de la división en lotes del objeto del contrato) constituye causa de nulidad de pleno derecho conforme a los artículos 39 de la LCSP y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ni le impide presentar oferta en condiciones de igualdad.

En definitiva, a la fecha de adopción de la presente Resolución ha finalizado el plazo de presentación de proposiciones, habiéndose producido el hecho –el fin del referido plazo– que permite comprobar que la presunción de que el licitador presentará finalmente proposición a la licitación no se ha materializado, por lo que la recurrente carece de la expectativa de resultar adjudicataria del contrato que es lo que conforma el interés legítimo fundante de su legitimación. El recurso se interpone en defensa de la legalidad, impugnándose las cláusulas que se considera contrarias a derecho. Como es obvio, si la empresa recurrente hubiera presentado su proposición, como pudo hacer, habría adquirido la imprescindible legitimación activa y le hubiera sido posible impugnar el contenido de los pliegos en todo lo que considerara no ajustado a la legalidad y perjudicial para sus derechos e intereses legítimos, lo que no está facultada para hacer al no haber tomado parte en la licitación por causas enteramente ajenas a la redacción de las cláusulas impugnadas.



En atención a estas razones, y en aplicación de la regla establecida en el artículo 50.1.b) de la LCSP, procede inadmitir el presente recurso por falta de legitimación activa de la recurrente, al amparo de lo previsto en el artículo 55.b) de la LCSP y en el artículo 22.1. 2º del RPERMC.

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. A.R., en representación de HANS E RÜTH, S.A., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio Cántabro de Salud para la contratación del *“Suministro de mobiliario clínico y aparataje para los centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud”*, con expediente GAP 2022/19.

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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES