



Recurso nº 289/2020 C.A. del Principado de Asturias 23/2020

Resolución nº 634/2020

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

En Madrid, a 21 de mayo de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. Ricardo de Andrés y de Francisco, en representación de ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA) para contratar el *“Suministro de material fungible para la administración de medicación, con cesión de bombas de infusión y accesorios, así como mantenimiento y/o sustitución de los mismos, para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias”*, expediente 201900045; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El SESPA convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 21 de febrero, licitación de contratación mediante procedimiento abierto para la contratación del suministro de los fungibles necesarios para administración medicación de manera precisa, exacta y continua a utilizar en Centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, con la cesión de los equipos electro médicos necesarios para tal fin y accesorios, así como el mantenimiento y/o sustitución de los mismos, de acuerdo con las necesidades de bombas que se indican así como la distribución por lotes, cantidades y precios que igualmente se especifican.

Segundo. El SESPA dicta resolución de 5 de marzo de 2020 por la que se modifica el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ampliando el plazo de presentación de ofertas hasta el 13 de marzo de 2020. En fecha 6 de marzo de 2020, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Pliego de Prescripciones Técnicas y el

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, publicándose asimismo en el Diario Oficial de la Unión Europea el 10 de marzo de 2020.

Tercero. Contra dichos pliegos se interpone por ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L., el 6 de marzo de 2020 recurso especial en materia de contratación. La recurrente impugna el contenido del Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas del procedimiento de contratación (en adelante PCAP y PPT), pidiendo la nulidad y subsidiaria anulación de los mismos, por entender que los pliegos son contrarios a la normativa española vigente en materia de contratación administrativa por imposibilitar la libre concurrencia de licitadores, realizando consideraciones de índole técnica, así como por incurrir en causa de nulidad de pleno derecho por ausencia total de procedimiento. En particular, sostiene la mercantil recurrente que éstos han sido redactados de modo que resulte adjudicataria del contrato una única casa comercial que no identifican.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, se opone al recurso y sostiene, en síntesis, i) que las especificaciones técnicas están plenamente justificadas en relación con el objeto del contrato previstas en los pliegos son criterios de valoración ii) que las mismas guardan relación directa con el objeto del contrato y iii) que, en todo caso, se encuentran en el ámbito de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Quinto. Finalizado el plazo de ofertas, han presentado aquéllas dos mercantiles: la recurrente y BECTON DICKINSON, en fecha 13 y 11 de marzo respectivamente.

Sexto. En fecha 16 de marzo de 2020 la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones que convinieran a su derecho, habiéndose presentado alegaciones por BECTON DICKINSON, S.A. con fecha 23 de marzo de 2020 interesando la íntegra desestimación del recurso de suplicación al entender, en síntesis, que las especificaciones técnicas previstas en los pliegos no son requisitos mínimos

imprescindibles para participar, sino criterios de valoración, así como que las mismas se encuentran dentro de los estándares del mercado, cumpliéndose por diversos posibles interesados y entre ellos la propia recurrente, guardar aquella relación directa con el objeto del mercado y encuadrarse en el ámbito de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 24 de marzo de 2020 acordando la denegación de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para conocerlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de octubre de 2013 (BOE de fecha 28/10/2013), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2016 (BOE de fecha 16/09/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 16 de octubre de 2019 (BOE de fecha 29/10/2019).

Segundo. El recurso se interpone contra los pliegos del expediente en el proceso de licitación arriba indicado, acto susceptible de recurso especial conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 50.1 de la LCSP, habiéndose cumplido también con el resto de formalidades.

Cuarto. Asimismo, se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente:

“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”.

Quinto. Respecto del fondo del asunto, el recurso pivota en torno a dos motivos que, en síntesis consisten en considerar que ciertas especificaciones técnicas previstas en los pliegos, por desproporcionadas, solo pueden ser atendidas por un licitador y no estar relacionadas con el objeto del contrato; así como una invocación genérica consistente en sostener se incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido por lo expuesto en el motivo anterior.

Pues bien, se anticipa que ambos motivos deben ser desestimados.

Sexto. En primer lugar, se ha de poner de manifiesto que la recurrente, al tiempo de formular su crítica a los criterios técnicos escogidos por el órgano de contratación, insiste en hacer referencia a un único fabricante e insinúa que la actuación administrativa va directamente orientada a adjudicar el contrato licitado a aquél, pero no entra a concretar de qué fabricante se trata, ni aporta prueba alguna en dicho sentido. Nos encontramos así ante la circunstancia de que, tratándose de criterios estrictamente técnicos, no se aportan a este Tribunal indicios que doten de soporte tal afirmación, sin que sea suficiente, a efectos de estimar el recurso, la realización de una mera invocación genérica de favorecimiento a una casa comercial. Muy al contrario, de las alegaciones presentadas por BECTON DICKINSON, S.A. se infiere precisamente todo lo contrario, hasta el punto de acreditarse que la propia recurrente cumple alguna de ellas.

En efecto, la LCSP dispone en su artículo el artículo 126.6 que:

“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.”

En el mismo sentido, existen numerosas resoluciones adoptadas por éste órgano en las que, lógicamente, se hizo constar que los pliegos no pueden mencionar una fabricación o una procedencia determinadas, ni hacer referencia a un procedimiento concreto. Sin embargo, la lectura de las condiciones controvertidas en modo alguno arroja tal conclusión, ni aporta indicio razonable en dicho sentido, siendo así que el único fundamento de lo indicado por la reclamante es su propia afirmación, carente, como ya hemos dicho, de un mínimo soporte probatorio, lo que resulta completamente inadmisibile.

Como ya hemos adelantado, no basta una invocación genérica, no acompañada del más mínimo esfuerzo probatorio, de una supuesta restricción de la concurrencia sino que debe justificarse de manera clara, precisa y circunstanciada que las especificaciones en cuestión suponen una restricción a la libre concurrencia desde una perspectiva exclusivamente objetiva. Es decir, no serán admisibles aquéllas restricciones que, sin estar vinculadas con el objeto del contrato, derivan de concretas circunstancias de los licitadores y supongan su exclusión directa y no justificada del procedimiento de contratación.

Siendo que ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. se limita a invocar cuestiones de carácter técnico que, como no puede ser de otra manera, desbordan el ámbito de competencias de este Tribunal, es claro que no nos encontramos ante restricciones objetivas a la libre concurrencia.

Conviene asimismo poner de manifiesto que, en el caso presente, ninguna de las denuncias que se vierten por la recurrente se refieren a requisitos mínimos para participar sino a criterios de valoración.

Además, como hemos dicho, la recurrente vierte manifestaciones sobre la parcialidad de los Pliegos, tales como que *“actualmente este requisito según esta formulado, solo lo cumple una empresa con capacidad de licitar en España”* (sic), pero sin mencionar cuál es esa supuesta empresa, y cuál es el motivo por el que solo ella puede cumplir con dicho requisito.

Por su parte, la empresa BECTON DICKINSON S.A., en sus alegaciones al recurso, ha desplegado mayor esfuerzo y acervo probatorio, poniendo de manifiesto y acreditando

que la recurrente y otros potenciales interesados cumplen con alguna de las especificaciones que, a entender de la recurrente, suponen una restricción.

Ignora este Tribunal cuál es el posible licitador que presuntamente resulta favorecido, sin que le sea exigible labores adivinatorias, y por qué sus productos son los que incorporan la tecnología controvertida. Al contrario, se debe insistir resulta que BECTON DICKINSON hace constar que otros potenciales interesados en la licitación, e incluso la recurrente, cumplen con las mismas.

En todo caso, sobre este particular debemos reproducir la Resolución de este Tribunal nº 785/2019:

“No puede (ni debe) este Tribunal entrar siquiera a considerar tales afirmaciones, no sólo por su índole estrictamente subjetiva, sino también por carecer aquéllas de soporte probatorio y de relevancia para resolver el presente recurso.”

Arguye igualmente la recurrente que las especificaciones no guardan relación con el objeto del contrato. Si bien, la recurrente nuevamente priva a este Tribunal de conocer cuáles son los motivos concretos por los que considera que no guardan relación con el objeto del contrato de una manera precisa, circunstanciada y objetiva, y ello bastaría para la desestimación de tal genérica invocación, debemos poner de manifiesto que la doctrina de este Tribunal en relación con la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y, en particular, la Resolución citada por el órgano de contratación nº 133/2019, según la cual:

“...debemos partir de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación que nuestra doctrina ha sentado a la luz de la redacción del TRLCSP, que en esencia tenía el mismo objeto que la que nos ocupa, aplicable tanto a la definición del objeto del contrato como a la determinación de los criterios susceptibles de un juicio de valor, y que recordábamos en nuestra reciente Resolución 468/2018: “La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación

de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.”(...).En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, 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 del 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. “Si bien reconocíamos también la necesidad de que “el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”. A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, nuestra competencia sólo nos permite anular los criterios valorativos ligados a las especificaciones técnicas definitorias del objeto a suministrar si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que dichas características resulten patentemente inidóneas –no relacionadas con el objeto del contrato- o irrazonables y desproporcionadas.”

Pues bien, como en aquél supuesto, este Tribunal considera que la determinación de las especificaciones debatidas se encuentra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica que exclusivamente compete al órgano de contratación, a fin de dar cumplimiento de manera satisfactoria el objeto del contrato, sin que a juicio de este Tribunal resulten

irrazonables y desproporcionadas, máxime con la escasísima y no probada información facilitada por la recurrente en contraste con la aportada por BECTON DICKINSON, S.A. y por el órgano de contratación.

Todo lo anterior lleva a este Tribunal a desestimar la invocación de restricción de la libre concurrencia.

Séptimo. Finalmente, la recurrente invoca una suerte de nulidad de pleno derecho con fundamento en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común pues, según la recurrente, *“la configuración de los criterios de adjudicación contenidos los pliegos de prescripciones técnicas de la convocatoria necesariamente vulneran las normas más esenciales que rigen los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración, lo cual resulta especialmente lesivo para los intereses de los licitadores”*.

Este Tribunal considera que la recurrente infringe en este punto el principio de carga alegatoria, limitándose a la invocación genérica de una supuesta causa de nulidad, sin desarrollar siquiera mínimamente qué trámite concreto del procedimiento legalmente establecido ha sido omitido o vulnerado por el órgano de contratación o qué norma esencial sobre la formación de la voluntad de los órganos colegiados ha sido conculcada, si es que ésa fuera su argumentación; tampoco, si partiéramos como premisa de la genérica invocación de la recurrente, se identifica cuál es la norma supuestamente vulnerada, ni, como sería exigible, el carácter esencial de la misma o de qué manera esa supuesta infracción de una norma esencial no identificada podría resultar lesiva para los intereses de los licitadores.

En cualquier caso, debe ponerse de manifiesto que la nulidad radical o de pleno derecho prevista en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, anterior artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha sido interpretada por la Jurisprudencia matizando el alcance de la misma. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre 2000 razona:

“En primer lugar, respecto de la invocación de las normas del procedimiento legalmente establecido, con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, que la jurisprudencia establece que para declarar la nulidad en la omisión del

procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la sentencia de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7457) de esta Sala y jurisprudencia precedente, (desde la sentencia de 21 de marzo de 1988) que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto, lo que no ha sucedido en la cuestión examinada, como en un asunto precedente también hemos reconocido: STS de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8910), 3ª, 7ª, núm. 219/1999.”

En el caso que nos ocupa, más allá de no identificarse infracción alguna, no concurren los requisitos de claridad, carácter manifiesto y ostensible que se exigen por la doctrina jurisprudencial a efectos de apreciar vicio de nulidad.

En consecuencia, se desestima igualmente la nulidad de pleno derecho invocada.

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. Ricardo de Andrés y de Francisco, en representación de ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L., contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA) para contratar el “*Suministro de material fungible para la administración de medicación, con cesión de bombas de infusión y accesorios, así como mantenimiento y/o sustitución de los mismos, para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias*”, expediente 201900045.

Segundo. 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 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 Asturias, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.