

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

### RESOLUCIÓN 652/2014

En Madrid, a 12 de septiembre de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. A. F. B., en nombre y representación de CONVATEC, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación convocado por el Servicio de Salud de las Islas Baleares para la contratación del "*Suministro de apósitos y otros productos para el cuidado de la piel y de las heridas para los usuarios del IB-Salut*", (expediente 29/14), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El Servicio de Salud de las Islas Baleares convocó mediante anuncio publicado el 19 de agosto de 2014 en BOE, en el DOUE el 23 de julio y en la plataforma de contratación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, licitación para la contratación del "*Suministro de apósitos y otros productos para el cuidado de la piel y de las heridas para los usuarios del Servicio de Salud de las Islas Baleares*", cifrándose el valor estimado del contrato en 6.359.954,00 euros.

**Segundo.** Contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, CONVATEC, S.L. ha interpuesto recurso especial dirigido a este Tribunal mediante escrito presentado en su registro el 1 de agosto de 2014, solicitando, previos los razonamientos que estima oportunos, la anulación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

**Cuarto.** El Tribunal, en resolución de fecha 20 de agosto de 2014, acordó conceder la medida cautelar solicitada por la entidad recurrente en el recurso, consistente en la suspensión del expediente de contratación, de forma que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP, en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de las medidas provisionales acordadas.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Este Tribunal es competente para conocer del recurso en virtud del artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), y al amparo del Convenio de colaboración suscrito entre la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de fecha 29 de noviembre de 2012, y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 3 de octubre de 2013, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 28 de octubre.

**Segundo.** La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

**Tercero.** Se recurren los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por los que se rige la licitación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 6.359.954,00 euros, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**Cuarto.** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

**Quinto.** Entrando en el fondo de la cuestión, estima el recurrente que el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, en lo que se refiere a la determinación de los productos que integran el lote 12, en relación con el punto 2 de la cláusula C, del apartado “*cuadro de criterios de adjudicación del contrato*” que establece que los licitadores “*deberán presentar oferta para todos y cada uno de los números de orden (sub-lote) del lote o lotes a los que licitan*”, es contrario a los principios de igualdad y no restricción de la competencia previstos en el artículo 117 TRLCSP.

En particular considera que el lote 12 recoge una “agrupación de productos apósitos de composición e indicación muy distintas”, comprendiendo apósitos de hidrofibra pura y apósitos de carbón activo, que carece de justificación técnica y económica, no presentando ninguna ventaja para la Administración y sí una restricción a la competencia.

Asimismo, indica que dicha agrupación de productos unido al tamaño de apósito previsto en el sub-lote 12.6 conllevaría a que sólo un marca comercial pudiera cumplir con los pliegos que rigen la licitación por lo que se refiere al lote 12.

Por las razones expuestas, considera el recurrente que debería separarse el lote 12 en dos lotes distintos en función de la composición de los apósitos, comprendiendo uno los productos de hidrofibra y otro los de carbón activo. Además, propone que el valor de desviación del tamaño de los apósitos sea más-menos 5 centímetros, y no como se establece en el pliego de prescripciones técnicas, en 3 centímetros en negativo y 5 en positivo, todo ello en aras de promover la concurrencia.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe alega que el fundamento de la determinación de los productos que integran el lote 12 se encuentra en que aquéllos tienen “una composición similar en fibras y compartir los mismos criterios subjetivos de valoración. Además, pone de manifiesto que el anexo A del pliego de cláusulas administrativas particulares y el anexo I del pliego de prescripciones técnicas fueron objeto de modificación con posterioridad a la publicación del anuncio de licitación ampliando los márgenes de desviación admisibles del tamaño de los apósitos del sub-lote 12.6, lo cual ha favorecido la concurrencia. Por último, señala que tiene conocimiento de que al menos dos empresas comercializan los productos en cuestión.

**Sexto.** Para resolver el supuesto planteado en el presente recurso debe acudirse a lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, teniendo en cuenta 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 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.

Pues bien, el primero de los preceptos citados parte de la regla general de no división del objeto del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Por su parte, el artículo 117.2 establece que “*Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia*”. Sobre estas normas tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como la jurisprudencia y este Tribunal se han pronunciado, declarando la proscripción de previsiones de los pliegos que pudieran impedir la participación en las

licitaciones o el establecimiento de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas si estas circunstancias carecen de todo fundamento.

En particular, cabe traer a colación la Resolución nº 214/2013 en la que analizando un supuesto en el que también se debatía la conveniencia de realizar otra distribución por lotes de los productos a suministrar señalaba lo siguiente: *“Sin entrar a considerar si la división en lotes propuesta por la entidad recurrente que consiste en la creación de un lote nuevo en el contrato para las “Vacunas inactivadas preparadas en cultivos celulares” es la más razonable o no desde el punto de vista de las necesidades que pretende satisfacer el Acuerdo Marco proyectado, lo cierto es que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, pudiendo ser también razonable una división en lotes diferente a la propuesta por la recurrente en la medida que con ello se pueda incrementar la eficacia y la eficiencia en su ejecución. En efecto, como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, este Tribunal ha manifestado reiteradamente su respeto a la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86.”*

Asimismo, como también ha quedado expuesto, en la regulación de los contratos públicos hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual, además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta 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, y de 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”.*

Por otra parte, del transcrito artículo 1 del TRLCSP se desprende, como ha señalado este Tribunal en la resolución 247/2012, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia - “eficiente utilización de los fondos públicos”, en palabras de dicho precepto legal-, principio que, en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte- lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

No obstante, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.

En el caso objeto de este procedimiento no puede afirmarse que el órgano de contratación al definir el objeto contractual haya conculcado los principios de igualdad y concurrencia restringiendo la competencia, más bien al contrario, ya que pudiendo haberlo configurado sin división alguna, ha fraccionado el suministro a contratar en 38 lotes, lo cual, obviamente, produce la apertura de la licitación a un mayor número de empresas. Cuestión distinta es que la definición de lotes efectuada por la Administración no haya sido del modo propuesto por el recurrente, pretensión que no puede acogerse por ser contraria a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86 del TRLCSP.

**ACUERDA:**

3/4

Por todo lo anterior, **VISTOS** los preceptos legales de aplicación, **ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. J. A. F. B., en nombre y representación de CONVATEC, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación convocado por el Servicio de Salud de las Islas Baleares para la contratación del *“Suministro de apósitos y otros productos para el cuidado de la piel y de las heridas para los usuarios del IB-Salut”*, (Expediente 29/14).

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**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 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 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.