



EB 2014/42

Resolución 55/2014, de 27 de mayo de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra los pliegos que rigen la contratación del “Suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UGC’s de la Red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de abril de 2014, la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación del “Suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UGC’s de la Red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza”.

SEGUNDO: En el recurso se interesó como medida provisional la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del recurso. Mediante Resolución B-BN 6/2014, de 6 de mayo, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) estimó la petición.

TERCERO: Consta en el expediente el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La competencia para resolver el presente recurso corresponde al OARC/KEAO, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, en relación con el art. 40 TRLCSP, toda vez que nos hallamos ante un recurso frente a los pliegos de un contrato calificado de suministro y de un valor estimado de 3.174.381,40 € (IVA excluido).



SEGUNDO: El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Mientras que el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

A este respecto la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (en adelante, FENIN) afirma que «(...), la tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso.». Según el artículo 4º de sus estatutos, FENIN es una federación de ámbito nacional de la que podrán ser miembros las personas físicas y jurídicas que legalmente ejerzan una actividad industrial o comercial, como importación, fabricación, distribución, venta, mantenimiento, servicio y asistencia técnica de tecnología y productos sanitarios, e igualmente aquéllas que importen, fabriquen o distribuyan material auxiliar relacionado con dicha tecnología o conexo con la investigación, la sanidad, la educación, la industria.

La Federación recurrente pretende la anulación de los pliegos porque, en su opinión, no son conformes con el ordenamiento jurídico y, además, son gravosas para las empresas asociadas. En consecuencia, estiman que los pliegos impugnados determinan una lesión para los intereses colectivos de las empresas que representan, y que, por el contrario, la estimación del recurso representa un beneficio para los mismos.

Queda, por tanto, acreditada la legitimación de FENIN puesto que los derechos o intereses legítimos de sus asociados puedan resultar afectados o perjudicados por el contenido de los pliegos objeto de recurso, en el sentido expresado por el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.2. a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

El recurso especial interpuesto impugna los pliegos de la licitación.



CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

SEXTO: Las alegaciones de la recurrente son, en síntesis, las siguientes:

a) El punto 3 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señala que el presupuesto de licitación se configura con base en precios unitarios, pues el número de determinaciones analíticas a realizar con los productos y equipos objeto del suministro es meramente estimativo y el gasto efectivo vendrá condicionado por las necesidades reales de la Administración, la cual, por tanto, no queda obligada a la demanda de una determinada cuantía de bienes ni a gastar la totalidad del presupuesto. (artículo 9.3 a) TRLCSP).

El precio unitario se fija “por determinación realizada”, según se deduce de los puntos 3, 28 y 30 de la carátula del PCAP; debe advertirse que las determinaciones no son bienes o productos que se puedan suministrar, sino que son el resultado de una actividad analítica que los centros sanitarios realizarán con los productos y equipos objeto del contrato impugnado (una “determinación” es el resultado de aplicar los reactivos a una muestra para realizar un análisis o técnica analítica). Dicho de otro modo, no se fija un precio unitario por cada producto entregado por el suministrador, sino por cada determinación realizada, y el precio pagado lo es con base en cada determinación analítica que el Centro lleva a cabo con el material entregado. En conclusión, el precio pagado no depende del material suministrado sino por el resultado de la actividad de las UGC’s.

b) El sistema establecido por el PCAP infringe los artículos 292.1 (obligación de entregar los bienes objeto del suministro en el tiempo y lugar fijados contractualmente), 292.3 (traslado del riesgo a la Administración tras la entrega) y 293 (el adjudicatario tiene derecho al abono del precio de los suministros entregados y recibidos) del TRLCSP; el contratista tiene derecho a que se le abone el precio por los bienes entregados con independencia de la actividad o resultado que el poder adjudicador obtenga de dichos bienes y a que a partir de la recepción formal de los bienes sea la Administración la responsable de su custodia. Asimismo, se infringe el artículo 1.256 del Código Civil, que impide que el cumplimiento del contrato pueda dejarse al arbitrio de una de las partes, en este caso, de la Administración, que es quien decide o no realizar las determinaciones o quien puede malograrlas por falta de pericia u otras razones. El recurrente alega una numerosa jurisprudencia que anula cláusulas similares a la que ahora se impugna.



c) La ilegalidad de las cláusulas impugnadas se proyecta sobre otras disposiciones del TRLCSP, como los artículos 216.4 (obligación de pago desde un plazo que se computa desde la entrega de los bienes) y 87 (principio de precio cierto) y confunde el contrato de suministros con el de servicios (en cuyo objeto podría entrar la realización de las pruebas analíticas por el adjudicatario, siendo entonces coherente el pago por determinación).

d) Se alega que la cláusula 4.5 del PPT (obligación de incluir en las ofertas el rendimiento garantizado para cada determinación) carece de sentido si se establece, como hace el PCAP, que el contratista cobrará el precio por las “determinaciones realizadas”, pues si sólo va a cobrarse por cada determinación realizada por las UGC’s, resulta ya indiferente el rendimiento del reactivo. Por otro lado, el contratista nunca podría controlar que la bajada en el rendimiento garantizado se debe, por ejemplo, al mal uso del Hospital.

e) Finalmente, se solicita la anulación de los pliegos o, subsidiariamente y en todo caso, de los puntos 3, 4, 28 y 30 de la carátula del PCAP y de las cláusulas 11.1, 11.6, 14 y 20.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

SÉPTIMO: Por su parte, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El contrato incluye prestaciones que no son susceptibles de contratación por separado, pues de lo contrario no se conseguiría el resultado esperado (el uso de los reactivos precisa de un equipo compatible y de la asistencia técnica para la implantación del sistema operativo).

b) La cláusula 4.5 del PPT pretende asegurar un rendimiento mínimo del reactivo, calculado a partir de los datos de pruebas informadas y el reactivo suministrado por el licitador, lo que permitiría revisar entre Unidades de Gestión Clínica y proveedor las causas de posibles desviaciones. La regla del pago del precio contra los productos entregados admite matizaciones si se aprecian defectos imputables al contratista en los bienes entregados o éstos no cumplen los requisitos técnicos (artículos 212.1 y 298 TRLCSP, p.ej.); por otra parte, el artículo 87.4 TRLCSP admite la posibilidad de incluir en los contratos cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de objetivos de plazo o rendimiento.

c) El hecho de que el precio en este tipo de contratos en los que el objeto consiste en la entrega sucesiva de una pluralidad de bienes no esté fijado de inicio no implica que no exista precio cierto.

OCTAVO: El motivo de la impugnación es el señalamiento, en un contrato de suministros de equipos y reactivos, que el precio se pagará de acuerdo con el número de determinaciones (en el sentido de “resultados obtenidos tras efectuar una prueba analítica”) con ellos realizados. Debe tenerse en cuenta que las obligaciones del adjudicatario finalizan con la entrega y recepción



formal de los bienes suministrados, siendo las citadas determinaciones responsabilidad exclusiva del poder adjudicador. El recurso debe ser estimado pues, como bien indica el recurrente, se vulneran principios jurídicos básicos y normas imperativas del TRLCSP sobre el régimen jurídico del contrato administrativo de suministros.

En primer lugar, el hecho de que el pago se supedita a la realización de las determinaciones, que es una actividad que no depende del adjudicatario, sino de la propia Administración, infringe el artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe que los efectos de un contrato puedan quedar al arbitrio de una de las partes. La Administración puede, por ejemplo, no realizar ni una sola determinación con las unidades de reactivos efectivamente entregados de conformidad, impidiendo que el contratista perciba remuneración alguna a pesar de que dichos reactivos ya han salido del patrimonio del contratista e ingresado en el de la Administración, produciendo un inaceptable enriquecimiento injusto, o puede malograr las pruebas clínicas sin obtener determinaciones por el uso negligente de los productos sin que eso le suponga consecuencias negativas, las cuales serían asumidas por la empresa, en contradicción con el principio que prohíbe la exoneración de responsabilidad en casos de culpa grave. En segundo lugar, se infringe el artículo 293 TRLCSP, que establece claramente el derecho del contratista a percibir el precio correspondiente a los bienes efectivamente entregados y recibidos, siendo indiferente que, posteriormente, la Administración haga o no uso de ellos; en este sentido, debe señalarse que la realización de las pruebas compete al poder adjudicador y no forma parte del objeto del contrato. Todo ello no es contradictorio con que dicho poder adjudicador pueda rechazar los bienes suministrados que no cumplan con los requisitos técnicos acordados, posibilidad consustancial a cualquier contrato y que requiere la comprobación de la deficiencia. Por el contrario, las estipulaciones impugnadas permiten a la Administración dejar de abonar el precio de bienes conformes con el contrato por razones ajenas al cumplimiento del mismo.

NOVENO: La estimación del recurso supone la anulación de las estipulaciones en las que figura la infracción señalada en el fundamento jurídico anterior:

- El apartado 3 de la carátula del PCAP, en cuanto estima el presupuesto base de licitación y el valor estimado de las modificaciones en base a las determinaciones a realizar.
- El apartado 4.2 de la carátula del PCAP, que supedita los pagos parciales a las determinaciones realizadas.
- Los apartados 28 y 30 de la carátula del PCAP en cuanto se refieren a los precios por determinación.
- Los apartados 11 y 20.2 del PPT en cuanto se refiere a los precios a partir del número de determinaciones.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra los pliegos que rigen la contratación del “Suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UGC’s de la Red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza” y anular las cláusulas señaladas en el fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada mediante Resolución B-BN 6/2014, de 6 de mayo.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2014ko maiatzaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de mayo de 2014