



EB 2014/014

Resolución 26/2014, de 12 de marzo 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 empresa Genómica, S.A.U. contra los Pliegos del contrato “Suministro de productos y equipos necesarios para la realización de citología en el cribado poblacional de carcinoma cérvico – vaginal”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de enero de 2014, la empresa Genómica, S.A.U. interpuso ante el órgano de contratación recurso especial contra los Pliegos del contrato “Suministro de productos y equipos necesarios para la realización de citología en el cribado poblacional de carcinoma cérvico – vaginal”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El expediente junto con el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) causó asiento de presentación el 4 de febrero de 2014 en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO). Con fecha 10 de febrero de 2014 se solicitaron alegaciones a los interesados, no recibándose ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial



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

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

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

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige el contrato establece la obligatoriedad de que el equipamiento necesario para cada uno de los dos lotes en los que se divide el contrato tenga la característica «mercado FDA»; la FDA («Federal & Drug Administration») es la Agencia del Gobierno de los EE.UU. responsable de la regulación, entre otros, de medicamentos y productos sanitarios, resultando necesaria su autorización para poder comercializar estos productos en ese país. La normativa europea exige, en términos similares, el «mercado CE» para poder comercializar estos productos en la Unión Europea; consecuentemente, el PPT exige que los productos suministrados tengan el mercado CE.

b) La exigencia adicional del mercado FDA impide que empresas que no comercializan sus productos en los EE.UU. y que no han solicitado dicho mercado porque no lo han precisado puedan concurrir a la licitación, aunque sí dispongan del mercado CE, necesario y suficiente para comercializar libremente los productos en el ámbito de la Unión Europea. Todo ello infringe la normativa europea y la nacional que la incorpora y vulnera el principio de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación establecido en los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP, al ser una prescripción técnica que impide el acceso en pie de igualdad a los licitadores y que crea un obstáculo injustificado a la apertura de los contratos a la competencia.

c) A mayor abundamiento, el artículo 117.8 TRLCSP prohíbe que las especificaciones técnicas mencionen una fabricación o procedencia determinada salvo que lo justifique el objeto del contrato; la mención a la marca FDA favorece implícitamente a las empresas procedentes de los EE.UU.

d) Finalmente, se solicita la anulación, nulidad o revocación del PPT, suprimiendo la mención del requisito del mercado FDA, así como la suspensión cautelar del procedimiento.

SÉPTIMO: La respuesta del poder adjudicador, recibida en este Órgano el día 14 de febrero de 2014, señala que, una vez examinado el recurso, «la Mesa de Contratación asume la pretensión de la recurrente, en el sentido de renunciar la exigencia del Mercado FDA establecida en los Pliegos de Bases Técnicas que rigen la licitación.»



OCTAVO: Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo planteada, debe considerarse si el escrito señalado en el fundamento jurídico anterior puede dar lugar a que este órgano resolutorio dé por concluido el procedimiento sin trámite adicional alguno por reunir los requisitos propios del allanamiento. Si bien ni el TRLCSP ni la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ – PAC) contemplan el allanamiento como forma de terminación de los procedimientos administrativos, esta figura sí está prevista en el artículo 76 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LJCA), siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos (artículo 74.2 LJCA).

En este caso no constan los citados requisitos, no sólo porque el escrito sólo puede llegar a comprometer, en el mejor de los casos, a la Mesa de Contratación, que carece de competencia para representar a la Administración y para allanarse, sino porque su texto no es suficientemente expresivo de dicho allanamiento; se afirma que se renuncia a la exigencia del marcado FDA establecida en los Pliegos pero no consta la revocación o anulación del pliego o el desistimiento del contrato, que es la pretensión del recurrente y que, además, son actuaciones sobre las que la Mesa no ejerce facultad alguna. Por ello, este Órgano debe entrar a analizar el fondo del argumento planteado por el recurso.

NOVENO: El recurrente entiende que el marcado FDA es contrario a los principios de libre acceso e igualdad y al artículo 117 TRLCSP, así como a la normativa comunitaria, que considera que el marcado CE debe ser suficiente para comercializar los productos objeto del contrato. El motivo debe ser aceptado; pues como bien argumenta el recurrente y el poder adjudicador ratifica, el artículo 117.2 TRLCSP prohíbe que las prescripciones técnicas incluyan obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, y así debe calificarse la exigencia del marcado FDA, ya que se trata de un requisito totalmente irrelevante, dado que la conformidad técnica del producto está garantizada, en los países miembros de la Unión Europea, por el marcado CE, de modo que añadir más requisitos a la posesión de dicho marcado es tanto como desvirtuar su valor probatorio (véase el Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico "in vitro", que incorpora al Ordenamiento interno la Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 1998 sobre productos sanitarios para diagnóstico in Vitro, en especial sus artículos 6.1 y 8.1).

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 interpuesto por la empresa Genómica, S.A.U. contra los Pliegos del contrato “Suministro de productos y equipos necesarios para la realización de citología en el cribado poblacional de carcinoma cérvico – vaginal”, tramitado por Osakidetza, anulando la prescripción técnica consistente en exigir que los productos cuya adquisición se pretende cuenten con el marcado FDA.

Ordenar la retroacción de actuaciones hasta la aprobación de unos nuevos Pliegos.

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

TERCERO: 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 martxoaren 12a
Vitoria-Gasteiz, 12 de marzo de 2014