

Recurso 95/2018**Resolución 125/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de mayo de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario necesario para realizar sesiones de hemodiálisis, arrendamiento y mantenimiento de los equipos necesarios, con destino a los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 00007/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 7 de diciembre de 2015, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado



(BOE núm. 292) y el 30 de noviembre de 2015, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El 18 de diciembre de 2015, se presentó recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado.

El citado recurso fue resuelto por este Tribunal mediante la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que estimó el mismo y acordó la anulación de los anuncios de licitación publicados en el DOUE, BOE y perfil, así como de determinados apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Mediante Resolución, de 1 de marzo de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar se acuerda el cumplimiento en sus propios términos de la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, de este Tribunal.

SEGUNDO. El 15 de abril de 2016, se publicó el anuncio de la nueva licitación en el DOUE y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Asimismo, el 30 de abril de 2016, el anuncio fue publicado en el BOE núm. 104.

El 4 de mayo de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal nuevo recurso especial en materia de contratación interpuesto por FENIN contra el anuncio y los nuevos pliegos que rigen la contratación citada, que fue estimado parcialmente en la Resolución 151/2016, de 1 de julio.

Mediante Resolución, de 12 de julio de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar se acuerda el cumplimiento en sus propios términos de la Resolución 151/2016, de 1 de julio, de este Tribunal.



TERCERO. El anuncio de la nueva licitación del contrato se publicó el 24 de febrero de 2018 en el DOUE, el 26 de febrero de 2018 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 9 de marzo de 2018, en el BOE núm. 60.

El valor estimado del contrato asciende a 8.121.734,40 euros.

CUARTO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

QUINTO. El 21 de marzo de 2018, se presentó en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A. (FRESENIUS, en adelante) contra los pliegos que rigen el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 22 de marzo de 2018, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el informe sobre aquel y las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente, toda vez que el expediente de contratación ya había sido solicitado a dicho órgano con ocasión del recurso interpuesto por BAXTER S.L. contra los pliegos de la misma contratación. La citada documentación se recibió en este Tribunal el 28 de marzo de 2018.

SÉPTIMO. El 5 de abril de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.



OCTAVO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 10 de abril de 2018, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el plazo señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la empresa recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece 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.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:
(...)*



c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (7/2016, de 20 de enero y 427/2015, de 17 de diciembre, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que los pliegos impugnados le resultan especialmente gravosos haciendo inviable su participación en el procedimiento.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta les provocan un perjuicio que pretenden remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

En el supuesto analizado se impugnan los pliegos que rigen la licitación de un contrato mixto de suministro y servicios con prevalencia del primero, sujeto a regulación armonizada y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso



especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 9 de marzo de 2018, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el BOE, habiéndolo sido antes en el DOUE y en el perfil de contratante. En consecuencia, el primer día en el cómputo del plazo es el 10 de marzo, por lo que se ha interpuesto en plazo el recurso presentado el 21 de marzo de 2018 en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la cuestión de fondo. FRESENIUS solicita la anulación de los pliegos que rigen la contratación y fundamenta su pretensión en dos motivos que se expondrán a continuación.

Por su parte, el órgano de contratación aduce, con carácter previo, la irrecurribilidad del acto al haber quedado confirmado en resoluciones anteriores de este Tribunal y cita, en apoyo de este criterio, la Resolución 151/2016, de 1 de julio, dictada por este Órgano a propósito de un recurso contra los pliegos anteriores de la misma contratación.



Pues bien, sobre tal cuestión previa suscitada por el órgano de contratación, hemos de manifestar que, en efecto, la Resolución 151/2016, de 1 de julio, vino a señalar que *“La recurrente pudo impugnar la citada cláusula inserta en el PCAP de la primera convocatoria, pero no lo hizo en aquel momento. Es con posterioridad, una vez que el contenido del pliego en este aspecto controvertido ha quedado firme -y aprovechando la publicación de unos nuevos pliegos en cumplimiento de la resolución del Tribunal ante mencionada-, cuando decide interponer el recurso contra aquella.*

No obstante, conviene recordar que los pliegos examinados por este Tribunal en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, y los ahora impugnados son actos distintos pero no autónomos, pues los segundos son reproductorios parcialmente de los primeros -al menos en el extremo ahora combatido en el presente recurso- y se enmarcan en el ámbito de la misma contratación.

Por tanto, si fuese permitido este proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en el pliego inicial y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, sino que podría reabrirse cada vez que concurrieran circunstancias como la aquí examinada, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución”.

Ahora bien, el examen de si concurre este supuesto de inadmisión del recurso, por tratarse los pliegos ahora impugnados -en los particulares extremos combatidos- de actos que son reproducción de pliegos anteriores ya firmes y consentidos, no puede abordarse con carácter general, sino ante el análisis de cada una de las cláusulas de los nuevos pliegos objeto de impugnación, debiendo, a la hora de aplicar este criterio, prestar especial atención al hecho de que dichas cláusulas no hayan experimentado modificación alguna en cuanto a



su redacción en los nuevos pliegos recurridos, pues cualquier alteración en el contenido de la nueva cláusula respecto a la anterior definitiva y firme impediría apreciar la inadmisión de este recurso especial con apoyo en la previsión del artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) *“No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.”*

Es por ello que debe procederse al examen de cada uno de los motivos en que se fundamenta el recurso.

SEXTO. En un primer motivo, FRESENIUS alega infracción del artículo 87 del TRLCSP, al establecerse en los pliegos unos precios de licitación sustancialmente inferiores a los precios generales de mercado para las prestaciones de arrendamiento y mantenimiento de monitores (lotes 7 y 8 de la agrupación 1).

Al respecto, manifiesta que la agrupación 1 está integrada por ocho lotes: los seis primeros referidos al suministro del material fungible sanitario necesario para la realización de servicio de hemodiálisis, y los lotes 7 y 8 referidos, respectivamente, al arrendamiento y mantenimiento de monitores durante la vigencia del contrato.

A su juicio, los precios unitarios del arrendamiento (lote 7) y mantenimiento (lote 8) de monitores que se establecen en el apartado 9.2 del cuadro resumen del PCAP ascienden en ambos casos a 12,75 euros, siendo los mismos muy inferiores a los precios generales o habituales de mercado.

FRESENIUS manifiesta que, para constatar esta realidad, basta acudir a los precios unitarios más elevados de estas mismas prestaciones en licitaciones convocadas por el propio Servicio Andaluz de Salud en los hospitales Virgen del



Rocío de Sevilla, de Jaén, de Jerez de la Frontera, de Ronda, de Granada (San Cecilio) y de Almería (Torrecárdenas). A tales efectos, acompaña documentación relativa a dichas licitaciones donde se evidencia que tales precios unitarios son más altos que los de la licitación aquí impugnada.

En su informe al recurso, el órgano de contratación alega que este aspecto del pliego ya ha adquirido firmeza, toda vez que, en los dos pliegos anteriores parcialmente anulados, el precio de las prestaciones correspondientes al arrendamiento de los monitores y a su mantenimiento ha permanecido invariable, sin que se haya producido desde la aprobación inicial del expediente ningún cambio en el estado de la economía española que haga pensar en un desajuste del precio.

Asimismo, señala que para la realización de la técnica de diálisis utilizada en el tratamiento sustitutivo de la insuficiencia renal crónica es necesario, además de los materiales fungibles, la máquina o monitor de diálisis, debiendo existir entre algunos de ellos, la necesaria compatibilidad. Por ello, se puede optar entre adquirir la máquina u obtener el derecho a usarla, bien a través de la cesión gratuita del equipo o de su arrendamiento. A tal efecto, esgrime que la cesión gratuita de la máquina -de precio aún menor a su arrendamiento- no es algo desconocido para la recurrente quien no consideró que ello fuese ilegal en una contratación promovida por el Hospital Torrecárdenas de Almería en la que resultó adjudicataria.

Finalmente, manifiesta que en la licitación impugnada se ha optado por el arrendamiento y mantenimiento de las maquinaria, si bien ante la necesaria compatibilidad entre máquina y fungible, se han configurado las prestaciones como un conjunto indisociable en una agrupación de 8 lotes. Por ello, a juicio del órgano de contratación, para determinar si el presupuesto del conjunto de prestaciones comprendidas en la agrupación está correctamente configurado, debe atenderse no solo al precio de los lotes impugnados sino también al de los



otros seis lotes que conforman la agrupación, precios que no han sido discutidos en el escrito de recurso.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se refiere al carácter inadecuado del precio de las prestaciones consistentes en el arrendamiento y mantenimiento de monitores (lotes 7 y 8 de la agrupación 1).

Conforme al apartado 5 del cuadro resumen del PCAP, la agrupación 1 se configura del modo siguiente:

- Suministro del material fungible sanitario necesario para realizar el servicio de hemodiálisis (**Lotes 1 a 6, ambos inclusive**):
 1. Dializador capilar sintético / alta permeabilidad 1.5-1.9m²
 2. Dializador capilar sintético / alta permeabilidad >2m²
 3. Eq. líneas arterio-venosa unipuncion/ adultos
 4. Eq. líneas arterio-venosa bipuncion/ adultos
 5. bicarbonato / cartucho
 6. Filtro p/ liquido de dialisis
- Arrendamiento de 70 monitores durante la vigencia del contrato -24 meses x 70 monitores = 1.680- (**Lote 7**).
- Mantenimiento de 70 monitores incluido como prestación necesaria para la puesta en funcionamiento de los bienes objeto de la contratación, durante la vigencia del contrato -24 meses x 70 monitores = 1.680- (**Lote 8**).

Asimismo, el valor estimado de la agrupación en su conjunto asciende a 7.867.833,60, siendo los precios unitarios de cada uno de los bienes que integran los lotes de la agrupación los siguientes:

- Lote 1: 30,50 euros.
- Lote 2: 37 euros.
- Lote 3: 10,50 euros.
- Lote 4: 4 euros.
- Lote 5: 3,50 euros.



- Lote 6: 132 euros.
- Lote 7: 12,75 euros.
- Lote 8: 12,75 euros.

El órgano de contratación aduce, previamente, para fundamentar la inadmisión del recurso respecto a este motivo que, en los dos pliegos anteriores parcialmente anulados, el precio de las prestaciones correspondientes al arrendamiento de los monitores y a su mantenimiento (12,75 euros, en ambos casos) ha permanecido invariable, sin que se haya producido desde la aprobación inicial del expediente ningún cambio en el estado de la economía española que haga pensar en un desajuste del precio.

No obstante, hemos de indicar que la doctrina sobre la irrecurribilidad de un acto por ser reproducción de otro anterior definitivo y firme exige atender al contenido integral de cláusulas completas de los pliegos y no a datos concretos de las mismas, como sucede en este caso donde se cuestiona el precio de dos de los ocho lotes que componen una agrupación; máxime cuando dicha agrupación, concebida como un todo indisociable, se compone de seis lotes en algunos de los cuales los precios unitarios sí han experimentado variación de los dos pliegos iniciales al ahora impugnado.

Procede, pues, analizar el fondo de la cuestión suscitada en el recurso. FRESENIUS alega sustancialmente que el precio unitario del arrendamiento de cada monitor (12,75 euros) y de su mantenimiento (12,75 euros) infringe el artículo 87 del TRLCSP puesto que dichos precios son inferiores a los generales del mercado, aportando -para constatar tal extremo- documentación de otras licitaciones promovidas por centros hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud en las que figuran precios unitarios más elevados para dichas prestaciones.

No obstante, tal alegato no puede estimarse por los siguientes motivos:



1. Las referencias a esas otras licitaciones del mismo Servicio de Salud solo demuestran que el precio unitario cuestionado en esta licitación es inferior al de aquellas otras contrataciones, pero no prueban el hecho que afirma la recurrente, a saber, que dicho precio no se ajusta al mercado e infringe el artículo 87 del TRLCSP, haciendo inasumible para el contratista la ejecución del contrato.

En tal sentido, no se menciona en el recurso si los precios más elevados de las otras licitaciones corresponden exactamente al mismo tipo de máquina que el de esta contratación pues, a la vista de la documentación aportada por la recurrente, se evidencia que existe una amplia variedad de monitores, desconociéndose si en el recurso se están comparando precios correspondientes a bienes totalmente iguales o diferentes.

Así pues, para que pudiera prosperar el alegato de la recurrente, esta tendría que haber acompañado alguna prueba adicional sobre el coste real del arrendamiento y mantenimiento de los monitores o, al menos, haber justificado que los precios unitarios establecidos en el pliego impugnado no permiten cubrir adecuadamente los costes de ejecución del contrato.

Al hilo de lo anterior, no puede olvidarse que los lotes 7 y 8 del contrato -cuyos precios unitarios se combaten- forman parte de una agrupación que comprende seis lotes más, no cuestionándose el precio de estos últimos lotes ni el valor estimado de la agrupación en su conjunto, lo que impide conocer a este Tribunal si la cantidad global presupuestada para dicha agrupación es adecuada para cubrir los costes derivados de su ejecución o resultaría insuficiente. Desde esta óptica, y como quiera que la recurrente no ataca el presupuesto asignado a la agrupación, podríamos entender -como afirma el órgano de contratación- que el precio del conjunto de prestaciones comprendidas en dicha agrupación resultaría adecuado, máxime cuando, en otras licitaciones, los monitores que aquí se arriendan por precio unitario han sido objeto de cesión gratuita a la Administración; supuesto este que cita el órgano de contratación en su informe



cuando manifiesta, precisamente, que la recurrente ha resultado adjudicataria de un contrato en otro hospital del Servicio Andaluz de Salud, cuyo objeto solo era el material fungible de diálisis con cesión gratuita de los monitores.

Lo anterior, demuestra, al menos, que FRESENIUES puede ejecutar la prestación cuyo precio aquí impugna a coste gratuito y que lo determinante es el precio global de la agrupación para determinar si se cumple o vulnera el artículo 87 del TRLCSP.

2. En esta licitación, no obstante la complejidad de prestaciones y la especialización existente en el sector, ha existido concurrencia, lo que permite concluir que el precio de la agrupación de lotes –en el cual se incluye el de los lotes impugnados- es suficiente para ejecutar las prestaciones contratadas, incluidas obviamente aquellas cuyo precio es objeto del presente recurso.

3. la recurrente alega que el precio unitario de los lotes 7 y 8 no se ajusta a los precios generales de mercado pero, además de no acreditar tal alegato en el sentido antes expuesto, tampoco explica ni justifica que no pueda ejecutarse adecuadamente la prestación como consecuencia de ese desajuste en el precio. Como ya señalábamos en la Resolución 222/2015, de 10 de junio, *“Una impugnación de la adecuación del precio debe estar fundamentada y debiera demostrar que el presupuesto fijado en el pliego va a impedir razonablemente la concurrencia y la ejecución normal del contrato”*. Y en el mismo sentido, se pronuncian otros Órganos de recursos contractuales: v.g. Resolución 118/2015, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Acuerdo 54/2014, de 26 de septiembre, del Tribunal de Contratación de Recursos Contractuales de Aragón y Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Con base en los razonamientos anteriores, procede desestimar este primer motivo del recurso.



SÉPTIMO. En un segundo y último alegato, FRESENIUS alega que las mejoras establecidas en el PCAP como criterio de adjudicación vulneran el principio de transparencia.

La recurrente esgrime que las mejoras del PCAP consisten en la cesión de unos concretos equipos en cuanto complementarios con la actividad clínica a desarrollar con los productos comprendidos en el objeto del contrato, previéndose que la valoración se realizará teniendo en cuenta el plazo de cesión y el número de equipos. Alega FRESENIUS que el pliego establece el número máximo de equipos que permitirá obtener la mayor puntuación, pero no prevé el plazo máximo de cesión para conseguir los máximos puntos, contraviniendo de este modo el principio de transparencia. Además, como el plazo de cesión ofertado, según el pliego, no podrá ser inferior a la duración del contrato, estima la recurrente que si la cesión se prolongara más allá de la duración del contrato, la mejora no guardaría ya la preceptiva relación directa con el objeto del contrato.

Por último, indica que la valoración de la mejora aparece condicionada a que los equipos cedidos se consideren adecuados a la práctica clínica en función de sus prestaciones técnicas, utilidad y funcionalidad, sin que los pliegos especifiquen cuáles son dichas las prestaciones, incumpliendo de este modo la exigencia legal de establecimiento de los requisitos mínimos que deben reunir las mejoras (artículo 147 del TRLCSP).

En el informe al recurso, el órgano de contratación alega, en síntesis, que el criterio de adjudicación relativo a las mejoras establecido en el PCAP ya fue objeto de recurso especial por parte de FENIN contra un pliego anterior de la misma contratación y resultó anulado por este Tribunal en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero. En cumplimiento de esta resolución se redactó nuevamente el criterio, incorporándose al PCAP que, pese a haber sido impugnado de nuevo por FENIN, no lo fue respecto al criterio en cuestión. Por



tanto, concluye que la redacción de las mejoras en el pliego ahora impugnado es reproducción del contenido del pliego anterior, que debe considerarse acto definitivo y firme.

Procede, pues, entrar a examinar este motivo del recurso y para ello debemos señalar que, en efecto, el criterio de adjudicación relativo a las mejoras aparecía descrito en el primer PCAP de esta contratación, siendo impugnado por FENIN ante este Tribunal, que estimó el motivo esgrimido en su Resolución 48/2016, de 25 de febrero.

Como consecuencia de tal estimación, el órgano de contratación modificó la redacción del criterio en el segundo PCAP aprobado que también fue impugnado por FENIN, si bien en este caso no se combatió la redacción del criterio “Mejoras” contenida en el cuadro resumen del nuevo pliego. Por tal razón, aun cuando este segundo recurso de FENIN fue parcialmente estimado por el Tribunal y los pliegos volvieron a ser anulados, la redacción del criterio “Mejoras” quedó ya consentida y firme, en la medida que ningún recurso se planteó contra el criterio.

Es por ello que, en este supuesto, sí cobra plena aplicación la doctrina ya sentada por este Tribunal en resoluciones anteriores como la 408/2015, de 4 de diciembre, 94/2016, de 6 de mayo, y 151/2016, de 1 de julio. Esta doctrina es particularmente ilustrativa en la primera de ellas, donde señalábamos lo siguiente:

<<(…) los pliegos, como actos susceptibles del recurso especial, tienen un número indeterminado de destinatarios pues podrán serlo todos aquellos licitadores que, potencialmente, estén en condiciones de presentar ofertas. Así, IBERMAN, como potencial licitador de la primera convocatoria de esta contratación, pudo impugnar las cláusulas del PPT que ahora combate si las consideraba ilegales y perjudiciales para sus intereses, pero no lo hizo en aquel momento. Es con posterioridad, una vez que el contenido de dichas cláusulas ha quedado firme y aprovechando la publicación de los nuevos



pliegos en cumplimiento de la resolución de este Tribunal antes mencionada, cuando decide interponer recurso contra aquellas. No obstante, la recurrente olvida que los pliegos examinados por este Tribunal en su Resolución 125/2015 y los pliegos ahora impugnados son actos distintos pero no autónomos, pues los segundos son reproductorios parcialmente de los primeros -al menos en los extremos ahora combatidos en el presente recurso- y se enmarcan en el ámbito de la misma contratación.

Por tanto, si fuese permitido este proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en el pliego inicial y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, sino que podría reabrirse cada vez que concurrieran circunstancias como la aquí examinada, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.

Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en la Resolución 150/2015, de 21 de abril, donde señalaba que “(...) aunque consideremos como recurrentes independientes a FEDHEMO y ASANHEMO, al no haber recurrido ésta los Pliegos del AM antes de la modificación de los mismos en cumplimiento de la resolución, entre otras, 31/2014, de 12 de marzo de este Tribunal, éstos quedaron ya consentidos y firmes y no puede ahora combatir los aspectos del Pliego que no han sido modificados y que no fueron recurridos por ASANHEMO en su momento, pues ya quedaron firmes.”

Y, asimismo, el criterio es compartido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en sus resoluciones (v.g. Resolución 448/2013, de 16 de octubre) señala que “(...) debe considerarse que, en lo



referente a la alegación ahora efectuada, tanto el anuncio como los pliegos quedaron en su día confirmados por su falta de impugnación, por lo que, al tratarse en este caso de una mera reproducción de los anteriores pliegos firmes y consentidos, alcanzaron a su vez firmeza, sin que puedan ahora ser impugnados en la presente vía administrativa, tal como respecto de los recursos jurisdiccionales establece el artículo 28 de la Ley 29/1998.”>>

Lo expuesto nos lleva a concluir que no es admisible el recurso especial frente a a las cláusulas del PPT impugnadas, tal como establece para los recursos jurisdiccionales el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, bajo el título <<Actos reproducción de definitivos>>, establece que “No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”

En definitiva, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2003, de 10 de febrero, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma. De este modo la finalidad que persigue este requisito procesal respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues concilia las exigencias que se derivan del principio de seguridad jurídica -que es, además, un principio constitucional (artículo 9.3 Constitución Española)- sin restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los posibles interesados en el acto, pues dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado.



En el supuesto analizado, la doctrina expuesta impide admitir el recurso contra el criterio “Mejoras” definido en el cuadro resumen del PCAP, pues el pliego ahora impugnado constituye en este particular un acto que es reproducción de otro anterior definitivo y firme, sin que pueda ser objeto de nueva impugnación por las razones aquí expuestas que encuentran su apoyo legal en el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) *“No es admisible el recurso contencioso- administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.”*

Procede, pues, la inadmisión del recurso respecto al segundo motivo del recurso.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario necesario para realizar sesiones de hemodiálisis, arrendamiento y mantenimiento de los equipos necesarios, con destino a los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 00007/2015), y en particular, en lo relativo al criterio de adjudicación “Mejoras” del cuadro resumen del PCAP.

Desestimar el recurso contra los pliegos respecto al otro motivo esgrimido.



SEGUNDO Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 5 de abril de 2018.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

