

**Recurso 282/2016****Resolución 341/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 29 de diciembre de 2016

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LABORATORIOS INDAS, S.A.U.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de artículos para incontinencia urinaria para los centros sanitarios que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de la provincia de Jaén”, convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 500/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 2 de noviembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 11 de noviembre de 2016, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 273.



El valor estimado del contrato asciende a 1.330.529,42 euros.

**SEGUNDO.** El 18 de noviembre de 2016, la entidad LABORATORIOS INDAS, S.A.U. (INDAS, en adelante) presentó, en una sucursal de Correos de Madrid, escrito de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación citada en el encabezamiento de esta resolución. En el mismo día, una copia del recurso especial registrado en la oficina de Correos fue remitida por medios electrónicos a este Tribunal. El escrito original tuvo entrada en el Registro de este Órgano el 22 de noviembre de 2016.

**TERCERO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 21 de noviembre de 2016, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La citada documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 24 de noviembre de 2016, a excepción del listado de licitadores que se remitió con posterioridad al no haber finalizado aún el plazo de presentación de ofertas.

**CUARTO.** El 12 de diciembre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose efectuado en plazo por la entidad SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.** Goza de legitimación la recurrente para la interposición del recurso conforme a lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP. En tal sentido, funda su escrito de impugnación en el perjuicio que le origina la limitación de la concurrencia en que, a su juicio, incurren los pliegos impugnados respecto a los productos licitados en los lotes 4 y 5.

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

En el recurso interpuesto se impugnan los pliegos que rigen la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada 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 11 de noviembre de 2016, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir.

Asimismo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 18 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, hemos de considerar como fecha de interposición del recurso el día 18 de noviembre de 2016, fecha en que el mismo se presentó en una oficina de Correos y se remitió en formato electrónico a este Tribunal, aun cuando el escrito original tuviera entrada en el Registro de este Órgano el 22 de noviembre de 2016.

A la vista de lo anterior, el recurso interpuesto se ha presentado dentro del plazo legal.

**QUINTO.** Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede abordar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita la anulación del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) -incluidos los Anexos- y del Anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT), a fin de que *«no se limite la licitación de pañales de incontinencia elásticos destinados a pacientes con incontinencia grave (absorción NOCHE o superior), para su uso en pacientes encamados, con movilidad reducida o durante la noche, a pañales de incontinencia con cinturón que solo pueden ser suministrados por una empresa, y abriendo la posibilidad de que también se puedan ofertar pañales tradicionales, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación y convocarse una nueva licitación»*.

INDAS considera que la decisión del órgano de contratación de que los únicos productos sujetos a licitación para la absorción tipo NOCHE (entre 900 y 1.200



ml) sean pañales de incontinencia con cinturón, cuyo único potencial licitador es SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L. (SCA, en adelante), resulta injustificada e infringe el artículo 117.2 del TRLCSP. En tal sentido, aduce las siguientes razones:

- Los pañales de incontinencia elásticos tradicionales son funcionalmente equivalentes a los pañales con cinturón. Además, para pacientes encamados con movilidad reducida, el producto más indicado es el pañal tradicional por su mayor facilidad de colocación y porque cubre mejor la zona de la cadera evitando el riesgo de fuga de orina.
- Por el tipo de absorción y por los grados de absorción del resto de lotes, los productos objeto de los lotes 4 y 5 serán utilizados durante la noche. Esta decisión es inapropiada pues, para uso nocturno en pacientes con incontinencia grave, lo indicado es utilizar un producto con absorción superior a 1.200 ml, esto es, el pañal SUPER NOCHE que actualmente suministra INDAS al órgano de contratación. En cambio, el contrato no abre la licitación a ningún producto con absorción SUPER NOCHE (excepto los pañales previstos en el lote 3 que se refieren a una talla extra grande indicada para pacientes de gran tamaño), por lo que no se prevé el suministro de pañales para el uso nocturno de pacientes con incontinencia grave cuya talla sea mediana o grande, lo cual es manifiestamente irrazonable.
- Los pañales con cinturón objeto de los lotes 4 y 5 tienen menos capacidad de absorción y un precio superior (al menos un 21%) al pañal de incontinencia tradicional, lo que contraviene los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto, conduciendo a una ineficiente utilización de los fondos públicos.
- El respeto al principio de libre competencia es un límite a la discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de establecer los requisitos de los productos objeto de licitación.



En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que los productos afectados por el recurso son los integrantes de los lotes 4 y 5 que presentan, como características técnicas determinantes de la adquisición o compra, el atributo de que poseen un cinturón que permite un ahorro del producto y cumple las exigencias de las diversas situaciones clínicas.

Señala que, actualmente en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, solo la empresa SCA tiene certificados productos para los Gcs (Genéricos de Centro) señalados en aquellos lotes, si bien tales productos están abiertos en el Catálogo a que cualquier empresa que cumpla con los requisitos técnicos exigidos pueda solicitar su alta. En consecuencia, las prescripciones técnicas de los lotes 4 y 5 no impiden que otras posibles operadores económicos puedan obtener el alta de sus productos en los Genéricos de Centro ofertados. Además, tampoco resulta acreditado que los productos de aquellos lotes solo puedan ser ofertados por una empresa determinada, no debiendo confundirse el hecho de que INDAS no pueda ofertar tales bienes, con una imposibilidad absoluta de las demás empresas del mercado para realizar dicha oferta.

Asimismo, el órgano de contratación aduce que las especificaciones técnicas de los lotes 4 y 5 se realizan para cumplir una determinada necesidad asistencial, ya que existen usuarios que usan absorbentes con cinturón -sobre todo pacientes incontinentes urinarios que mantienen movilidad- y para no alterarles la prescripción se está adquiriendo el producto a través de las oficinas de Farmacia. Ello supone un mayor gasto para la Administración Sanitaria, que no puede beneficiarse de la economía de escala que supone licitar el producto. En definitiva, concluye que la utilización de absorbentes para incontinencia urinaria en adulto con cinturón permitiría un importante ahorro y el cumplimiento de las exigencias de las diversas situaciones clínicas en pacientes con movilidad.

A juicio del órgano de contratación, no resulta demostrado que la licitación de este tipo de pañales suponga una discriminación carente de justificación



objetiva y razonable, sin que los pliegos hayan sido elaborados pretendiendo favorecer a una empresa concreta.

Finalmente, el informe al recurso señala que los pañales para uso nocturno de pacientes con incontinencia grave, a los que alude la recurrente, no se han incluido en la presente licitación puesto que ya lo están en otras contrataciones aún vigentes y lo que ahora se pretende es satisfacer una nueva necesidad.

Por su parte, SCA formula alegaciones al recurso pronunciándose en términos parecidos al órgano de contratación e insistiendo en que la competencia está garantizada, al existir más de una empresa con capacidad para licitar en los lotes 4 y 5 afectados por el recurso.

**SEXTO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión litigiosa que afecta a los lotes 4 y 5 (agrupación 2) del contrato cuya descripción, conforme al Anexo I del PPT, es la siguiente:

Lote nº 4:

- Clasificación Universal: SU.PC.SANI.01.02.01.000000.
- Descripción del producto según Catálogo: ABS. INCONT. ORINA ADULTO ANAT C/ CINTURÓN / ABS. 900-1200 ml.-Talla: mediana.
- GC: E86802.

Lote nº 5:

- Clasificación Universal: SU.PC.SANI.01.02.01.000000.
- Descripción del producto según Catálogo: ABS. INCONT. ORINA ADULTO ANAT C/ CINTURÓN / ABS. 900-1200 ml.-Talla: grande.
- GC: E86803.

La recurrente solicita la anulación de los pliegos para que no se limite la licitación de pañales en los lotes 4 y 5 a los de incontinencia con cinturón, abriendo la posibilidad de licitación a los pañales tradicionales. A su juicio, la decisión del órgano de contratación de que los únicos productos sujetos a



licitación para la absorción tipo NOCHE (entre 900 y 1.200 ml) sean pañales de incontinencia con cinturón, cuyo único potencial licitador es SCA, resulta injustificada e infringe el artículo 117.2 del TRLCSP, precepto cuyo tenor es el siguiente: *«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»*.

Pues bien, para abordar los extremos impugnados, hemos de partir de la premisa, ya puesta de manifiesto en nuestra Resolución 295/2016, de 18 de noviembre, de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que dicha conformación pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores.

En tal sentido, manifestábamos en la Resolución citada que el artículo 117.2 del TRLCSP no puede erigirse en impedimento insalvable para que el órgano de contratación pueda configurar el objeto contractual y sus características del modo más adecuado para la satisfacción de las necesidades públicas, siempre que tal descripción del producto o prestación esté motivada y pueda considerarse razonable y proporcional al fin perseguido, pues lo que prohíbe el precepto legal es que se generen injustificadamente obstáculos a la libre concurrencia.

En el supuesto analizado, los bienes que conforman los lotes 4 y 5 consisten en absorbentes de incontinencia de orina para adultos con cinturón (absorción 900-1200ml) en sus tallas mediana y grande, respectivamente. INDAS señala que solo SCA puede ser potencial licitadora a esos lotes pues es la única que tiene tales productos dados de alta en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud.



En tal sentido, hemos de manifestar que una cosa es que SCA sea la única entidad que tiene productos dados de alta en el Catálogo para los Ges que constituyen el objeto de los lotes 4 y 5 y otra bien distinta que sea la única entidad en el mercado que pueda ofertar productos con tales especificaciones técnicas, extremo este último que en modo alguno ha quedado acreditado por la recurrente, tal y como ponen de manifiesto el órgano de contratación y la propia empresa interesada en sus alegaciones al recurso.

Quiere ello decir que no hay evidencia de que las prescripciones técnicas de los lotes 4 y 5 impidan el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores.

Por otro lado, aquellas prescripciones, en sí mismas, no generan un obstáculo injustificado a la apertura del contrato a la competencia, puesto que, sin perjuicio de la posible concurrencia en el mercado, lo cierto es que la necesidad de adquirir pañales con los requerimientos técnicos expresados en los lotes 4 y 5 está motivada por el órgano de contratación y no cabe argüir que su decisión sea caprichosa y/o arbitraria. En tal sentido, según se indica en el informe al recurso, existen usuarios que usan absorbentes con cinturón -sobre todo pacientes incontinentes urinarios que mantienen movilidad- a los que no se desea alterar la prescripción. Por eso, ante la inexistencia de aquellos absorbentes en los centros sanitarios, se ha venido manteniendo la prescripción mediante receta y suministro por las oficinas de Farmacia. Ello supone un mayor gasto para la Administración Sanitaria, que puede obtener un ahorro si adquiere el producto a través de una licitación pública que es lo que se ha efectuado en el supuesto analizado.

En tal sentido, la Resolución 244/2016, de 8 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resume doctrina ya consolidada en los siguientes términos:

*<<(…) el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y 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.*

*En nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, decíamos a su vez «que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.*

*En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores (...). >>*

Asimismo, la Resolución 9/2013, de 16 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y posteriormente la Resolución 164/2015, de 14 de octubre, del mismo Tribunal -que reproduce el criterio de la primera-, vienen a señalar que:

*<<Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que solo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido*



*en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida.>>*

A la vista de cuanto se ha argumentado, cabe concluir que las especificaciones técnicas de los lotes 4 y 5 no infringen lo dispuesto en el artículo 117.2 del TRLCSP, puesto que la exigencia de tales características responde a una necesidad asistencial que el órgano de contratación debe satisfacer respecto a determinados pacientes, sin que haya quedado acreditado que solo exista una empresa en el mercado que pueda suministrar los productos descritos en aquellos lotes. Otra cosa es que la recurrente no disponga de aquel tipo de pañales y no pueda presentar oferta en aquellos lotes, pero ello no puede traducirse sin más en un obstáculo injustificado a los principios de igualdad y de concurrencia, por cuanto se ha razonado anteriormente.

Finalmente, hemos de analizar el alegato de la recurrente de que el contrato no abre la licitación a ningún producto con absorción SUPER NOCHE (excepto los pañales previstos en el lote 3 que se refieren a una talla extra grande indicada para pacientes de gran tamaño), no previéndose el suministro de pañales para el uso nocturno de pacientes con incontinencia grave cuya talla sea mediana o grande.

En primer lugar, hemos de indicar que las necesidades de las entidades adjudicadoras, en este caso de la Administración Sanitaria, deben ser determinadas por ellas y en modo alguno por los licitadores, cuyas pretensiones, -como en el supuesto analizado- serán además parciales, subjetivas e interesadas, pues lo normal es que atiendan a intereses económicos o comerciales propios y no al interés público general, cuya tutela y satisfacción solo corresponde a la Administración.

Pero es que, a mayor abundamiento, según manifiesta el órgano de contratación en su informe al recurso, INDAS es actualmente adjudicataria, hasta el 1 de junio de 2018 con posibilidad de prórroga, del producto cuya licitación demanda que se promueva por medio del recurso aquí examinado, por lo que su



pretensión carece de toda fundamentación y de la más mínima razón lógica, resultando absurdo que el órgano de contratación adquiriera aquello de lo que ya dispone.

Procede, pues, desestimar también este alegato del recurso.

**SÉPTIMO.** El órgano de contratación estima que debe imponerse multa a la recurrente por temeridad y mala fe, al considerar que el recurso carece de la más mínima fundamentación fáctica y jurídica y solo pretende paralizar la actividad de la Administración y la satisfacción del fin institucional perseguido.

Al respecto, hemos de partir de que INDAS no ha solicitado la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento, por lo que no es posible determinar la existencia de un perjuicio real y efectivo al interés público con base en aquella circunstancia.

Asimismo, aun cuando las pretensiones de la recurrente han sido desestimadas por las razones expuestas en la presente resolución, el proceder de INDAS no evidencia absoluta deslealtad y abuso del principio de buena fe.

Por las razones expuestas, a juicio de este Tribunal, la insuficiencia de la fundamentación fáctica y jurídica del recurso -alegada por el órgano de contratación- no puede conllevar la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad LABORATORIOS INDAS, S.A.U. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen



el contrato denominado “Suministro de artículos para incontinencia urinaria para los centros sanitarios que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de la provincia de Jaén”, convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 500/2016)

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

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

