

Recurso 237/2016**Resolución 295/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 noviembre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID)** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la contratación del “Suministro de medicamentos con destino a los centros sanitarios vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén”, promovida por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 438/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 6 de septiembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) 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 12 de septiembre de 2016, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 220.

El valor estimado del contrato asciende a 6.370.522,07 euros.

SEGUNDO. El 23 de septiembre de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FARMAFLUID contra los pliegos que rigen la contratación citada.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 26 de septiembre de 2016, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión solicitada por la recurrente 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 29 de septiembre 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 7 de octubre de 2016, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la Asociación recurrente.

QUINTO. El 18 de octubre 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, no habiéndose efectuado ninguna en el plazo concedido.



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. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra los pliegos que rigen esta contratación.

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.”*

Sobre la legitimación activa de las Asociaciones o Federaciones de empresas existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.



En el supuesto examinado, el artículo 1 de los Estatutos de la Asociación recurrente establece que la misma es una organización profesional de ámbito nacional que desarrolla la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de las empresas que voluntariamente se integren en ella. Asimismo, el artículo 7 dispone que uno de los fines de la Asociación es representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los campos económico, profesional, social, tecnológico y comercial frente a personas físicas o jurídicas y a las Administraciones Públicas.

En el supuesto examinado, FARMAFLUID impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la Asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

En el informe al recurso, el órgano de contratación alega que la persona firmante del recurso no acredita la representación que dice ostentar. Asimismo, señala que el Presidente de la Asociación requiere autorización de la Junta Directiva para interponer el recurso, circunstancia que no concurre y que solo puede subsanarse si la autorización fue concedida antes de la finalización del plazo para recurrir. En otro caso, el órgano de contratación alega que habrá de tenerse por desistida a la recurrente.

Respecto a la primera cuestión que plantea el órgano de contratación, hemos de indicar que la persona firmante del recurso lo hace en su condición de Presidente de FARMAFLUID, cargo para el que fue elegido por el bienio 2016-2017 en la reunión de la Asamblea celebrada en Barcelona el 8 de julio de 2015, según se desprende del certificado del acta de dicha reunión emitido por el Secretario de la Asociación y que se acompaña con el escrito de recurso como documento número 1.



Asimismo, según se desprende del artículo 26 de los Estatutos de FARMAFLUID, el Presidente representa legalmente a la Asociación ante los Juzgados, Tribunales y organismos de la Administración Pública. En consecuencia, queda acreditada la representación que ostenta el firmante del recurso.

La segunda cuestión planteada por el órgano de contratación se refiere a la necesidad de que la Junta Directiva haya autorizado al Presidente para la interposición del recurso, autorización que no consta en la documentación que se adjunta al recurso.

Al respecto, hemos de indicar que el acuerdo para que las personas jurídicas puedan entablar acciones es un requisito procesal exigido en el artículo 45.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que no se recoge ni en la regulación específica del recurso especial -TRLCSP y Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre-, ni en la normativa supletoria, a saber, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al supuesto examinado al no haber entrado en vigor a la fecha de interposición del recurso la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que tampoco difiere de su antecesora en esta materia.

En tal sentido, el artículo 44.4 del TRLCSP solo exige, en lo que aquí interesa, el documento que acredite la representación del compareciente y el artículo 24.3 del Reglamento antes citado señala únicamente que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto.



De otro lado, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al regular la representación, no menciona tampoco ninguna autorización específica para la interposición de recursos por las personas jurídicas.

Ello nos lleva a la conclusión de que el requisito procesal exigido en la LJCA para que las personas jurídicas puedan ejercer acciones judiciales no es trasladable sin más al ámbito del recurso especial, que tiene su regulación propia en la materia. Esta regulación no establece aquella condición o presupuesto, y en ella no existe vacío normativo alguno que deba colmarse acudiendo a la Ley procesal. En todo caso, de tener que acudir supletoriamente a alguna norma, esta debería serlo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -por así disponerlo el artículo 46.1 del TRLCSP-, pero tampoco en dicho cuerpo legal se prevé norma equivalente a la de la LJCA.

En el mismo sentido expuesto, se pronuncia la Resolución 51/2016, de 19 de abril de 2016, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Así las cosas, hemos de concluir que la Asociación recurrente ha acreditado adecuadamente su representación en este procedimiento especial, ostentando legitimación para la interposición del presente recurso.

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 12 de septiembre 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.

En el supuesto examinado, al haberse presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 23 de septiembre de 2016, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

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

FARMAFLUID solicita que se declare la anulabilidad de todas las cláusulas de los pliegos, del cuadro resumen y de los documentos anexos que exijan, como característica técnica de los productos, su presentación en bolsa de plástico.

En concreto, señala que los pliegos impugnados prevén, para los lotes 5, 9, 16, 18 y 19 del contrato, que solo se aceptará la presentación de ofertas en bolsas de plástico, excluyendo la posibilidad de presentar envases de botella de plástico semirrígido o de botella de vidrio.



A juicio de la recurrente, tal limitación constituye una restricción injustificada del principio de libre competencia y es contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación, pues debe tratarse por igual a los que, siendo capaces, aspiren a ser contratistas. Así pues, invoca como preceptos vulnerados los artículos 1 del TRLCSP -en cuanto recoge los principios básicos de la contratación pública- y 117.2 del mismo cuerpo legal relativo a que las prescripciones técnicas deben permitir el acceso en condiciones de igualdad, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

FARMAFLUID insiste en que los medicamentos envasados en botellas de plástico semirrígido y de vidrio no pueden ser excluidos por motivos de seguridad, ni en base a exigencias funcionales o de rendimiento; y sostiene que la exigencia de un concreto tipo de envase no está justificada técnicamente por las necesidades a satisfacer, además de que un cambio tecnológico de envase requiere costes millonarios de inversión y años de desarrollo, siendo inviable que un miembro de la asociación vaya adaptando sus procesos de fabricación en función de los requerimientos técnicos de una convocatoria.

En el informe al recurso, el órgano de contratación alega que tiene derecho a determinar el tipo de material que desea utilizar. El envase del medicamento en bolsa de plástico está justificado tanto en razones de índole asistencial y logística relacionadas con su fácil manejo y uso, como en motivos de seguridad para evitar la formación de burbujas que son más fáciles de producir en presentaciones semirrígidas o de vidrio.

Asimismo, esgrime que no se vulnera el principio de igualdad ni se limita la concurrencia porque la Administración ha justificado adecuadamente su necesidad del producto y existe concurrencia en el mercado de más de una empresa para los productos descritos en los lotes afectados por el recurso.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se limita a determinados lotes de la contratación -lotes 5, 9,



16, 18 y 19- para los que se exige la presentación del medicamento en bolsa de plástico, con exclusión de las botellas de plástico y de vidrio, lo que, a juicio de la recurrente, infringe los principios de igualdad y de libre concurrencia.

En el Anexo al cuadro resumen del PCAP se describen los lotes citados del modo siguiente:

- **Lote 5:** Sodio cloruro 900 mg – Parenteral – Material: bolsa plástico; Volumen: 500.
- **Lote 9:** Glucosa 5 g – Parenteral – Material: bolsa plástico; Volumen: 500.
- **Lote 16:** Sodio cloruro 900 mg – Parenteral – Material: bolsa plástico; Volumen: 250.
- **Lote 18:** Sodio cloruro 900 mg – Parenteral – Material: bolsa plástico; Volumen: 100.
- **Lote 19:** Sodio cloruro 900 mg – Parenteral – Material: bolsa plástico; Volumen: 50.

Al respecto, hemos de partir de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Así lo ha venido sosteniendo este Tribunal en sus Resoluciones; por citar una de las más recientes, la Resolución 249/2016, de 14 de octubre, que alude a su vez



al criterio sentado por el Tribunal Administrativo Central en las Resoluciones 652/2014, de 12 de septiembre y 214/2013, de 12 de junio.

Y si bien es cierto que el artículo 117.2 del TRLCSP dispone 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*», tal postulado legal 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, la exigencia de bolsas de plástico en los lotes antes descritos no es caprichosa ni arbitraria. El órgano de contratación justifica esta forma de presentación del medicamento en razones de seguridad -a fin de evitar la formación de burbujas que se produce con más facilidad en las presentaciones semirrígidas o de vidrio- y en motivos de índole asistencial dado su fácil manejo que ayuda a hacer una mejor purga del sistema. También señala que las bolsas de plástico entrañan menor riesgo de daños físicos en caso de rotura, a lo que se une su mayor versatilidad de manipulación.

Y aunque la recurrente insiste en que se trata de una restricción injustificada sobre la base de que cualquiera de los envases satisface plenamente las necesidades del órgano convocante, sus razones no dejan de ser apreciaciones o valoraciones que no pueden anteponerse a las de la Administración, pues esta goza de discrecionalidad a la hora de configurar el objeto dentro de unos límites de razonabilidad que, en el supuesto examinado, no se consideran superados.

El hecho de que algunos licitadores no puedan presentar oferta en los lotes indicados por no disponer del medicamento en bolsa de plástico no supone



necesariamente una infracción del principio de igualdad y del de libre concurrencia si, como hemos argumentado, tal exigencia técnica está justificada. Asimismo, como señala y acredita el órgano de contratación en su informe, existe más de una empresa en el mercado con posibilidad de licitar a los mencionados lotes.

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.>>

En el supuesto de la presente resolución, la característica técnica de algunos lotes consistente en bolsa de plástico puede ser cumplida por más de un licitador, como señala el órgano de contratación y revela, en principio, el listado de licitadores que han presentado oferta en el procedimiento.

Además, la justificación de esta exigencia en el informe al recurso evidencia que la decisión del órgano de contratación no es irracional ni arbitraria, sino que está motivada, por lo que no genera en sí misma un obstáculo injustificado a la libre concurrencia.

Ciertamente, puede haber licitadores cuyos productos no se ajusten al requerimiento técnico de algunos lotes de la contratación examinada, pero ello no es algo que ocurra exclusivamente en este procedimiento de adjudicación, sino que es consustancial a cualquier licitación pública, pues siempre habrá empresarios que no puedan participar y ello no se traduce inequívocamente en una vulneración de los principios básicos de la contratación.



La clave, pues, para que tal infracción no se produzca es que la prescripción técnica la pueda cumplir más de un licitador -como aquí consta- y que la decisión del órgano de contratación al fijar aquella esté justificada -como sucede en el supuesto examinado a la vista del informe emitido por el órgano de contratación-, sin que el hecho de no existir motivación específica en el PCAP permita llegar a otra conclusión, pues, como bien señala la Resolución 244/2016, de 8 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *«no resulta exigible que en los pliegos se justifique por el órgano de contratación cual sea la motivación de la exclusión del material remanufacturado. Ninguna de las previsiones del TRLCSP en relación con dichos documentos contractuales apunta a una exigencia de tal carácter, gozando como hemos indicado el órgano contratante de un amplio margen de discrecionalidad para conformar las características de la prestación, no pudiendo estimarse que la ausencia de tal motivación pueda suponer motivo alguno para anular el anuncio de licitación o los pliegos.»*

Por cuanto se ha argumentado, procede la desestimación del recurso.

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 **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID)** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la contratación del “Suministro de medicamentos con destino a los centros sanitarios vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén” promovida por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 438/2016).



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. 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 7 de octubre de 2016.

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.

