

Recurso 364/2018**Resolución 327/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 22 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de material necesario para el sistema de hemodiálisis-hemodiafiltración para el Servicio de Anestesia-Reanimación”, promovido por el Complejo Hospitalario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte.0000605/2018), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 18 de octubre de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de la licitación del contrato indicado en el encabezamiento, mediante procedimiento abierto simplificado al amparo de lo dispuesto en el artículo 159.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante).

El valor estimado del contrato asciende a 29.870 euros, sin que la recurrente haya presentado oferta en el procedimiento.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la LCSP. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 25 de octubre de 2018, se presentó en el Registro telemático de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación por parte de BAXTER, S.L. (BAXTER, en adelante) contra los pliegos que rigen el contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, en el recurso se solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 26 de octubre de 2018, se remite el escrito de recurso al órgano de contratación, requiriéndole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida fue recibida en este Tribunal el 31 de octubre de 2018, teniendo entrada en el Registro del mismo el 20 de noviembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se dirige contra los pliegos rectores de un contrato de suministro que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública y cuyo valor estimado asciende a 29.870 euros, importe inferior al umbral de 100.000 euros establecido en el artículo 44.1 a) de la LCSP para determinar la sujeción al recurso especial de actos dictados en la licitación de contratos de suministro.

No obstante, como quiera que la recurrente justifica la procedencia del recurso especial alegando que el umbral de 100.000 euros se supera con creces si se acumula al valor estimado del contrato el relativo a varios contratos menores concertados previamente, debe analizarse tal cuestión para determinar si asiste razón a BAXTER y el recurso debe admitirse o por contra, ha de acogerse el criterio del órgano de contratación sobre improcedencia de aquel al no ser posible la acumulación de cuantías que pretende la recurrente.

BAXTER esgrime que, en la actualidad, se encuentra facturando al órgano de contratación productos con un CPV encuadrado en el asignado a los bienes objeto del suministro a contratar. Alega que, atendiendo a los datos obrantes en el Portal de la Transparencia, dicho órgano ha adjudicado durante los dos primeros trimestres de 2018 contratos menores, cuyo importe supera ampliamente 100.000 euros, por los conceptos, entre otros, de *“productos farmacéuticos de consumo interno”* y *“material sanitario para consumo interno”*.

Señala que, por tales conceptos, ha resultado adjudicataria de contratos menores desde el 3 de octubre de 2017 a junio de 2018 por importe de 62.596,32 euros y que, según información interna de la compañía, se trata de suministros de terapias destinadas al sistema de hemodiálisis-hemofiltración. Sostiene que, si a este importe se añade el de los demás contratos concertados con otras empresas por los



mismos conceptos más el valor estimado del contrato que ahora pretende adjudicarse mediante la presente licitación, se superaría el umbral de 100.000 euros previsto en el artículo 44.1 a) de la LCSP, lo que determina la admisión del recurso especial interpuesto.

Por contra, el órgano de contratación, en su informe al recurso, se opone a tal argumento de la recurrente manifestando que no ha existido un consumo precedente de los bienes licitados por parte de dicho órgano, al haberse aprobado la adquisición de estos el 23 de mayo de 2018 según consta en el informe razonado que obra en el expediente de contratación.

Pues bien, a la vista de las alegaciones de las partes, debe examinarse si se cumple la previsión del artículo 44.1 a) de la LCSP para la admisión del recurso especial contra los pliegos de la presente contratación, lo que exige analizar si se ha producido un fraccionamiento indebido del objeto y por tanto, debe acumularse al valor estimado del contrato cuya adjudicación se promueve el importe de contratos menores previos suscritos por el órgano de contratación con la propia recurrente y con otras empresas.

El artículo 99.2 de la LCSP, en iguales términos que el artículo 86.2 del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, establece que *“No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 5 de octubre de 2000 dictada en el asunto C-16/1998, ha fijado importantes criterios en relación con la materia. Así, refiriéndose a un contrato de obra, ha manifestado que ha de estarse a la finalidad técnica y económica a que responde la licitación, sin que el hecho de que, en otras ocasiones, se haya optado por efectuar una sola licitación para todos los trabajos, implique que estemos ante una única obra, debiendo valorarse cada supuesto en función de su contexto y de sus propias particularidades.



Por tanto, como señala la Resolución 571/2016, de 15 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a la luz de la jurisprudencia comunitaria expuesta, si el objeto del contrato es único y se divide en diversos expedientes habrá fraccionamiento indebido, no existiendo el mismo cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, interpretando el entonces vigente artículo 86.2 del TRLCSP, ha señalado que “(...) *la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley señalado. Por todo ello no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente*” (informe 7/2012, de 7 de marzo de 2013) y que “*La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento*” (Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013).

Al respecto, en el supuesto examinado no existen datos objetivos para poder afirmar que el objeto de los distintos contratos cuya cuantía pretende acumular la recurrente, a efectos de alcanzar el umbral del recurso especial, constituya una unidad operativa o sustancial de modo que se trate de elementos inseparables para la consecución de un mismo fin, y ello por las siguientes razones:



1. El objeto del nuevo contrato que se pretende adjudicar, mediante procedimiento abierto simplificado al amparo del artículo 159.6 de la LCSP, está constituido por materiales de nuevo consumo en el ámbito de la Plataforma Logística Sanitaria de Almería, lo que determina que con anterioridad dichos bienes no han sido adquiridos a través de contratos menores, ni mediante procedimiento de adjudicación alguno. Así resulta del expediente de contratación remitido en el que obra “Informe razonado sobre presupuesto base de licitación. Expediente 605/2018” donde se indica que *“Estos materiales son de nuevo consumo para la plataforma, solicitados mediante Informe de Guía de Solicitud Adquisición de Nuevas Tecnologías y Productos Sanitarios (...)”*. Asimismo, en la memoria justificativa de la necesidad para la contratación del suministro, igualmente obrante en el expediente, se señala que *“(...) en el presente caso se trata de satisfacer la necesidad de disponer y garantizar la provisión reglada de un material necesario para sistema de Hemodiálisis-Hernofiltración venosa continua con anticoagulación, citrato y calcio, que está indicado en caso de fallo renal agudo, sepsis, fallo multiorgánico, inestabilidad hemodinámica...en el Servicio de Anestesia-Reanimación para el Complejo Hospitalario Torrecárdenas, centro adscrito a la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería. El modo de funcionamiento es una depuración extracorpórea de la sangre, aplicando citrato como anticoagulante y cloruro cálcico para la reposición del calcio quedado antes, antes de la reinfusión de la sangre tratada”*.

2. De otro lado, los contratos menores a que alude BAXTER y cuyo importe pretende acumular a efectos del recurso responden a adquisiciones de bienes muy genéricas, por conceptos tales como “material sanitario de consumo interno” y “productos farmacéuticos de consumo interno”. Tales conceptos pueden englobar en el ámbito sanitario pluralidad de bienes muy diversos entre los que es difícil aventurar la existencia de una unidad operativa o funcional que impida su división en el sentido antes expuesto por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Es más, la recurrente aduce la existencia de dichos contratos menores, pero no acredita en modo alguno cuál sea su objeto más allá de una vaga referencia carente de toda prueba a que, según información interna de la empresa, estaría facturando a la Plataforma Logística Sanitaria de Almería, por importe superior a 62.000 euros, material para terapias destinadas al sistema de hemodiálisis-hemofiltración.



Así pues, a falta de toda prueba, no puede concluirse que el material sanitario y productos farmacéuticos de consumo interno objeto de anteriores contratos menores constituya una unidad operativa o funcional con el objeto del contrato ahora licitado que impida su fraccionamiento.

3. Por último, no debe pasar inadvertido que BAXTER invoca la existencia de contratos menores suscritos por ella con el órgano de contratación con la finalidad de poder acumular su importe al del nuevo contrato licitado por dicho órgano y así tener expedita la vía del recurso especial que, de otro modo, le estaría vedada por razón de la cuantía. Por tanto, la recurrente está esgrimiendo, en realidad, un indebido fraccionamiento del objeto contractual producido con ocasión de aquellos suministros menores para conseguir el acceso al recurso, cuando ella misma ha consentido realizar esos suministros menores y se ha visto beneficiada con tal proceder.

Al respecto, el aforismo latino “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” -conforme al cual nadie puede alegar un incumplimiento de las normas en su propio beneficio- aun teniendo su origen en el Derecho civil, ha alcanzado reconocimiento legal en el artículo 115.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas conforme al cual *“Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado”*.

Así pues, de acuerdo con el principio expuesto -que aparece positivizado en la citada ley de procedimiento-, BAXTER no podría invocar la existencia de esos contratos menores previos supuestamente irregulares para fundar su pretensión de admisión del recurso especial.

Las consideraciones expuestas nos llevan a concluir que ni aparece acreditado el fraccionamiento del objeto en los términos señalados, ni puede BAXTER invocar ese supuesto fraccionamiento para conseguir acceder al recurso especial.



Siendo ello así y dirigiéndose la presente impugnación contra los pliegos de un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 29.870 euros, el recurso debe inadmitirse de conformidad con lo estipulado en el artículo 55 c) de la LCSP al *“Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44”*, toda vez que se incumple el requisito establecido en el apartado 1 letra a) del citado precepto, que exige, para la procedencia del recurso contra actos referidos a un contrato de suministro, que el valor estimado de este exceda de 100.000 euros.

La inadmisión del recurso impide entrar a conocer de las cuestiones de fondo suscitadas en el mismo y hace innecesario ya un pronunciamiento sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente.

TERCERO. Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 44.6 de la citada LCSP dispone en su primer párrafo que *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”*, por lo que procede la remisión del recurso al órgano de contratación a los efectos procedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BAXTER, S.L.** contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de material necesario para el sistema de hemodiálisis-



hemodiafiltración para el Servicio de Anestesia-Reanimación”, promovido por el Complejo Hospitalario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte.0000605/2018), al referirse dichos pliegos a un contrato en el que no cabe recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

