

Recurso 83/2013**Resolución 111 /2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de septiembre de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INO THERAPEUTICS AB, SUCURSAL EN ESPAÑA** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de gases medicinales e industriales”, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, dependiente del Servicio Andaluz de Salud, en lo que se refiere al contenido del lote 26 (Expte. 179/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de mayo de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato denominado “Suministro de gases medicinales e industriales”, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, dependiente del Servicio Andaluz de Salud. Asimismo, el 25 de mayo de 2013, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 125 y el 27 de mayo de 2013, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 7.931.429 euros.

SEGUNDO. El 12 de junio de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INO THERAPEUTICS AB, SUCURSAL EN ESPAÑA contra los pliegos que rigen la licitación del contrato antes mencionado, en lo que se refiere al lote 26 de la citada contratación.

Previamente, el 7 de junio de 2013, la entidad recurrente presentó escrito en el Registro del órgano de contratación anunciando el recurso.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 13 de junio de 2013, se dio traslado del recurso interpuesto al órgano de contratación, solicitándole la remisión del expediente de contratación, un informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida de suspensión solicitada por el recurrente, así como el listado de los licitadores en el procedimiento. La citada documentación fue recibida en el Registro de este Tribunal, el 21 de junio de 2013.

CUARTO. Mediante Resolución, de 27 de junio de 2013, de este Tribunal se denegó la medida provisional de suspensión solicitada por el recurrente.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 15 de julio de 2013, dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas formulado en plazo la entidad SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A.

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 (TRLCSP, en adelante), aprobado por el 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. Procede analizar la legitimación del recurrente para la interposición del recurso, habida cuenta que no ha sido licitador en el procedimiento, como se desprende del listado de licitadores que remite a este Tribunal el órgano de contratación.

El artículo 42 del TRLCSP regula la legitimación en el ámbito del recurso especial en materia de contratación en términos bastantes amplios, estableciendo 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 del recurso”*

El recurrente, según manifiesta en su escrito de recurso, impugna la redacción de los pliegos en la medida que su contenido le impide presentar oferta en la licitación promovida. En este sentido, como se indicaba en la Resolución 87/2013, de 9 de julio, de este Tribunal *<<conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Secc. 4ª, según la cual “Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (Sentencia 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma,*

en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.”

Por tanto, a la luz de esta doctrina jurisprudencial, no es necesario ostentar la condición de licitador para gozar de legitimación en un procedimiento de recurso contra los pliegos, cuando precisamente no se ha participado en la licitación en razón al contenido de los mismos. Como ya se indicaba en la Resolución 29/2013, de 19 de marzo, de este Tribunal “(...) 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(...) >>

Así pues, en el supuesto analizado, debe reconocerse legitimación al recurrente para la interposición del recurso, pues la eventual estimación del mismo le produciría un beneficio inmediato, ya que eliminaría el obstáculo que, según expone en su escrito de impugnación, le impide participar en la licitación, permitiéndole hacerlo, además, en las condiciones que él o considera ajustadas a Derecho.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha interpuesto contra 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 doble condición de poder adjudicador y Administración Pública. Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP establece 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 aquél 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”

Asimismo, en lo atinente al plazo para la interposición del recurso, la Directiva 2007/66/CE inserta el artículo 2 quater con el siguiente contenido:

“Si la legislación de un Estado Miembro dispone que cualquier recurso contra una decisión de un poder adjudicador tomada en el marco o en relación con un procedimiento de adjudicación de contrato regulado por la Directiva 2004/18/CE debe interponerse antes de que expire un plazo determinado, este plazo deberá ser de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquél

en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquél en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador. La comunicación de la decisión del poder adjudicador a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes.

En el caso de recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva (precepto referido a la impugnación de los pliegos y demás documentos contractuales), que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión”

Por lo que respecta a la impugnación de los pliegos y demás documentos contractuales, el legislador español, dentro de las posibilidades que ofrece el artículo transcrito de la Directiva, opta por computar el plazo - quince días hábiles- a partir del día siguiente a aquél en que hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se dispone en el artículo 158 del TRLCSP

Este último precepto va referido a la puesta a disposición de los pliegos a los licitadores cuando los mismos no se han facilitado por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y su tenor es el siguiente: *“Cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas, con la antelación que el órgano*

de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos.”

Ahora bien, en el supuesto analizado, los pliegos de la licitación sí han sido puestos a disposición de los licitadores por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. En este sentido, el anuncio de licitación publicado, el 24 de mayo de 2013, en el Diario Oficial de la Unión Europea señala en su apartado I.1) que *“El pliego de condiciones y la documentación complementaria (incluidos los documentos destinados a un diálogo competitivo y un sistema dinámico de adquisición) pueden obtenerse en los puntos de contacto mencionados arriba (...)”*. Entre esos puntos de contacto, está la dirección de internet del poder adjudicador *“<http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud>”* que, a su vez, en el apartado de “Contratación Pública” permite acceder directamente al perfil de contratante del Servicio Andaluz de Salud en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

Asimismo, el anuncio de licitación publicado, el 25 de mayo de 2013, en el Boletín Oficial del Estado número 125 señala, en su apartado 1 c) para la obtención de documentación e información, la dirección de internet del perfil de contratante: *“www.juntadeandalucia.es/contratacion”*. Por último, el 27 de mayo de 2013, el reiterado anuncio se publica en el perfil de contratante del Servicio Andaluz de Salud en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, cuyo apartado K, bajo el título “Documentos Adjuntos”, contiene los pliegos de condiciones a los que remiten los anuncios de los dos diarios oficiales antes mencionados.

Es de ver, pues, que con las tres publicaciones mencionadas (Diario Oficial de la Unión Europea, Boletín Oficial del Estado y perfil de contratante) se ha completado, en el supuesto examinado, la publicidad obligatoria prevista en el artículo 142 del TRLCSP para la convocatoria de licitaciones de contratos sujetos a regulación armonizada por parte de las Administraciones Públicas y,

además, el contenido de los pliegos impugnados se ha puesto a disposición de los licitadores en el perfil de contratante.

Así pues, en supuestos como el examinado, es decir, cuando se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP.

En este sentido, si los pliegos se hubieran publicado en el perfil de contratante antes de la publicación del anuncio de licitación en los diarios oficiales correspondientes, el plazo del recurso contra aquéllos no se computaría hasta el día siguiente a la publicación del anuncio de la licitación en el último diario oficial, puesto que hasta entonces los pliegos carecerían de eficacia jurídica.

Por el contrario, en caso de que se anuncie la licitación en los diarios oficiales antes de la publicación del anuncio y de los pliegos en el perfil de contratante, el plazo de interposición del recurso no se computaría hasta el día siguiente a aquél en que se publiquen los pliegos en el perfil, puesto que hasta entonces éstos no se ponen a disposición de los licitadores.

En el presente caso, como ya se ha visto, el anuncio de licitación se publicó en los diarios oficiales correspondientes, con remisión al perfil de contratante en cuanto a la publicidad de los pliegos, el 24 y 25 de mayo de 2013, respectivamente. Asimismo, el 27 de mayo se publicaron el anuncio y los pliegos en el perfil de contratante, por lo que es esta última fecha la que ha de computarse como válida a efectos de inicio del cómputo del plazo legal para interponer el recurso conforme al artículo 44.2 a) del TRLCSP, toda vez que el 27 de mayo se completaron los requisitos de publicidad obligatoria de la licitación conforme al artículo 142 del TRLCPS y se pusieron los pliegos a

disposición de los licitadores con la publicación de éstos en el perfil de contratante.

Por tanto, tomando como “dies a quo” para la interposición del recurso el 27 de mayo de 2013 (día de publicación de los pliegos en el perfil) y habiéndose presentado el recurso especial en el Registro de este Tribunal el 12 de junio de 2013, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 a) del TRLCSP.

Asimismo, el recurso ha sido anunciado al órgano de contratación, dándose cumplimiento a lo estipulado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, quedando circunscritos aquéllos al lote 26 de la contratación denominado “Óxido Nítrico Medicinal botella de 20 litros”.

El recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

1. Incorrecta determinación del objeto del contrato en lo que se refiere al mencionado lote 26: el pliego de prescripciones técnicas (PPT, en adelante) no puede establecer una presentación del óxido nítrico en botellas de 20 litros o presentaciones de capacidades similares, aceptándose la inmediatamente inferior (13 litros) y la superior (22 litros), pues ello excluye las dos únicas presentaciones del medicamento de la recurrente que es INOmax 2 y 10 litros.

El Ministerio de Sanidad tiene aprobados cuatro medicamentos para los tratamientos de óxido nítrico (INOmax en botellas de 2 y 10 litros, Vasokinox en botellas de 5 y 20 litros, NOXAP en botellas de 20 y 40 litros y PRAXAIR en botellas de 5, 10 y 20 litros), por lo que la exigencia en el PPT de botellas de 20 litros sólo excluye el medicamento de la recurrente.

Los medicamentos se encuentran autorizados, conforme a su legislación

específica, para indicaciones terapéuticas concretas, sin que sea posible su uso para otras diferentes a las autorizadas en su ficha técnica. Así, los medicamentos aprobados por el Ministerio de Sanidad para tratamientos con óxido nítrico lo son en dos indicaciones terapéuticas diferentes, dándose la circunstancia de que solo los medicamentos INOmax y NOXAP se encuentran aprobados para ambas indicaciones. A juicio de la recurrente, los pliegos debían haber definido las indicaciones terapéuticas del óxido nítrico. Al no haberlo hecho, únicamente los dos medicamentos citados podrían ofertarse en la licitación pues son válidos para cualquiera de las dos indicaciones. No obstante, para una de las indicaciones – tratamiento de la hipertensión pulmonar persistente del recién nacido- el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio concedió a la recurrente un derecho de exclusiva en todo el territorio nacional con duración hasta el 1 de agosto de 2016, por lo que, actualmente, el medicamento NOXAP no puede presentarse a licitaciones públicas que comprendan esta indicación.

Así las cosas, tal y como están redactados los pliegos, al no poder concurrir a la licitación la recurrente, no habría licitadores posibles para el lote 26.

2. Para que el óxido nítrico se administre en condiciones óptimas de seguridad y eficacia, se debe emplear un equipo que cumpla las directrices de administración publicadas por grupos de expertos nacionales e internacionales, por lo que son muy importantes las especificaciones técnicas de los equipos de suministro. No obstante, los pliegos no tienen en cuenta dichos equipos, ni permiten su valoración dentro de los criterios de adjudicación.

3. Los pliegos que rigen la licitación deben contemplar las indicaciones terapéuticas del medicamento y los requisitos técnicos de los equipos de suministro, pues, de lo contrario, se está poniendo en peligro la vida de los pacientes y la salud de los trabajadores sanitarios.

Por su parte, en el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación se expone lo siguiente:

1. Los pliegos de la licitación no exigen obligatoriamente que la presentación del óxido nítrico medicinal tenga que realizarse en botella de 20 litros: la descripción de esa unidad de medida se establece en el lote 26 como reflejo de la unidad de referencia, no obstante en el apartado 2.1.3.3 del PPT se contempla la posibilidad de ofertar otra unidad de medida diferente al señalar que las empresas podrán optar por otras presentaciones con capacidades similares, considerándose como válidos los envases de capacidad inmediatamente inferior y superior a uno dado. Por tanto, el citado apartado admite la oferta de óxido nítrico medicinal que no se ajuste a botella de 20 litros, pero sí a una cantidad inferior o superior a esa unidad específica. En definitiva, no es causa de exclusión de la licitación la oferta de una unidad de medida distinta a la señalada en el lote 26.

2. La parte recurrente alega la necesidad de incluir la indicación terapéutica del óxido nítrico, invocando el artículo 9 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y el artículo 13 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, pero ninguno de dichos preceptos se refiere a la fijación de la indicación terapéutica de los medicamentos en los pliegos de prescripciones técnicas.

Con la licitación se pretende el suministro de un principio activo genérico (óxido nítrico medicinal) con empresa autorizada y capacitada para ello, pero el ámbito terapéutico de aplicación y las situaciones en que procede su utilización no es competencia del órgano de contratación, sino del personal asistencial que determinará la procedencia de su aplicación atendiendo a su indicación terapéutica.

3. La recurrente alude a la necesidad de que se contemplen en los pliegos los equipos de suministro, cuando ello corresponde determinarlo al órgano de contratación. El lote 26 se corresponde con el suministro de un gas medicinal, por ello los pliegos solo especifican aspectos ligados directamente con el objeto

del suministro como envase, contenido y concentraciones, sin contemplar las especificaciones de los dispositivos que están ligados al uso del bien suministrado.

4. La recurrente alude a los riesgos asociados a una incorrecta aplicación del óxido nítrico, si bien los criterios de uso de los gases medicinales no pertenecen al ámbito de la contratación, sino al ámbito terapéutico y clínico de su utilización.

Finalmente, la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A., en el trámite de alegaciones al recurso, manifiesta que corresponde al órgano de contratación definir las características de los productos que demanda conforme a los criterios que considere adecuados para la consecución de sus objetivos, promoviendo siempre la competencia lícita y respetando los principios básicos de la contratación y que si la recurrente tenía inseguridad jurídica al interpretar los pliegos, podría haber solicitado aclaración al órgano de contratación.

SEXTO. Tras exponer las argumentaciones de las partes, procede analizar las distintas alegaciones en que el recurrente funda el recurso interpuesto.

Se alega en el recurso la incorrecta determinación del objeto del contrato en el lote 26, al exigirse óxido nítrico en botellas de 20 litros y aceptarse sólo las presentaciones inmediatamente inferior (13 litros) y superior (22 litros) conforme al apartado 2.1.3.3 del PPT, pues ello excluye las dos únicas presentaciones del medicamento de la recurrente en 2 y 10 litros.

Al respecto, debe indicarse que el objeto del contrato promovido a licitación es el suministro de gases medicinales e industriales, correspondiendo los lotes 5 a 63 a gases comprimidos, dentro de los cuales el PPT describe el lote 26 como “Óxido Nítrico Medicinal botella de 20 litros”. Asimismo, el apartado 2.1.3.3 del PPT, con referencia a los gases comprimidos definidos en los lotes 5 a 63, establece que *“Las presentaciones en las que se suministrará estos gases serán a las que hacen referencia su descripción: botellas de 1, 2, 3, 5, 10, 11, 13, 20, 22, 40, 50 litros*

y bloques de botellas de 50 litros, si bien las empresas podrán optar por otras presentaciones con capacidades similares, considerándose como válidos los envases de capacidad inmediatamente inferior y superior a uno dado” .

Por consiguiente, de la mera lectura del apartado expuesto, no cabe deducir la interpretación que sostiene el recurrente en cuanto a que el pliego sólo admite las presentaciones del óxido nítrico inmediatamente inferior (13 litros) o superior (22 litros) a la presentación descrita en el lote 26 (20 litros) y ello, por cuanto las presentaciones indicadas en el apartado 2.1.3.3 del PPT (botellas de 1, 2, 3, 5, 10, 11, 13, 20, 22, 40 y 50 litros) son todas las que describen los lotes 5 a 63 para los diferentes gases comprimidos. De este modo, se observa que las presentaciones en botellas de 13 y 22 litros se corresponden con las definidas para otros gases comprimidos distintos al óxido nítrico en los lotes 5 a 63, pero no constituyen las presentaciones inmediatamente inferior y superior a la de 20 litros establecida para el lote 26.

Siendo ello así, nada impedía al recurrente presentar oferta al lote 26 con su producto presentado en botellas de 10 litros, que sería el envase de capacidad inmediatamente inferior al de 20 litros definido en el lote 26. Para llegar a esta conclusión, basta acudir a la propia manifestación del recurrente –expuesta en el fundamento de derecho anterior- respecto a los cuatro medicamentos aprobados por el Ministerio para los tratamientos de óxido nítrico, y cuyas presentaciones son de 2, 5, 10, 20 y 40 litros.

De otro lado, el Anexo al PPT define el metro cúbico como unidad de medida para el óxido nítrico del lote 26, lo cual refuerza la posición anterior sobre la admisión de otras presentaciones (apartado 2.1.3.3 del PPT) distintas a botellas de 20 litros, ya que lo determinante para el órgano de contratación es la unidad de medida (metro cúbico), y no el número de litros de las presentaciones que se oferten a la licitación, aún cuando se formule como presentación de referencia la botella de 20 litros.



En cualquier caso, si alguna duda albergaba el recurrente respecto al tenor del PPT, pudo solicitar información adicional o aclaración conforme a lo estipulado en el artículo 158.2 del TRLCSP “*Información a los licitadores*”, en lugar de interpretar que la redacción de los pliegos impedía su participación en la licitación.

En conclusión, no puede admitirse la alegación del recurrente en cuanto a la incorrecta determinación del objeto del contrato en el lote 26.

SÉPTIMO. Otro de los motivos del recurso se funda en que los pliegos tenían que haber definido las indicaciones terapéuticas del óxido nítrico, toda vez que los medicamentos están autorizados para indicaciones terapéuticas concretas y no es posible su uso para otras diferentes. Sobre la base de este argumento, se alega que los medicamentos aprobados por el Ministerio de Sanidad para tratamientos con óxido nítrico lo son en dos indicaciones terapéuticas diferentes, y como el pliego no las define, solo los medicamentos INOmax y NOXAP –que se encuentran aprobados para ambas indicaciones- podrían ofertarse en la licitación pues son válidos para cualquiera de ellas. Además, se añade que la recurrente tiene un derecho de exclusiva para una de esas indicaciones en todo el territorio nacional hasta el 1 de agosto de 2016, por lo que es la única empresa que hubiera podido concurrir a la licitación, si bien no puede hacerlo por las razones ya expuestas en cuanto al envase de presentación de 20 litros.

Pues bien, no existe base normativa alguna para afirmar que en los pliegos sobre suministro de medicamentos sea requisito necesario el detalle de sus indicaciones terapéuticas o, dicho de otro modo, la indicación terapéutica, aún cuando pueda ser un elemento a considerar en la definición de los lotes de este tipo de suministros, no es un requisito ineludible para la correcta configuración de aquéllos.

El artículo 86.3 del TRLCSP, bajo el título “Objeto del contrato” dispone lo siguiente:

- “1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.*
- 2. 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.*
- 3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.”

Del precepto transcrito se desprende la posibilidad que asiste al órgano de contratación para dividir el objeto del contrato en lotes con el único requisito legal de que éstos sean susceptibles de utilización y aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional. Respetando este requisito legal y las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas que señala el artículo 117 del TRLCSP, corresponde al órgano de contratación la facultad de definir el contenido de cada lote y fijar las características o elementos del mismo en atención a las necesidades que intenta cubrir.

Así, en el supuesto analizado, la indicación terapéutica de cada gas medicinal en la configuración de los distintos lotes de la contratación es una posibilidad que asiste al órgano de contratación y que puede contribuir a la mayor concreción de



sus necesidades específicas, pero no es una obligación. Serán luego los servicios asistenciales los que deban hacer el uso sanitario autorizado del medicamento adquirido, pero esto es una cuestión que no atañe directamente a las condiciones de la licitación.

Por otro lado, el hecho de que el óxido nítrico esté autorizado para dos indicaciones terapéuticas diferentes, no lleva a concluir –como hace el recurrente- que sólo los medicamentos que cubran ambas indicaciones pueden concurrir a la licitación. Más al contrario, ante la falta de determinación de la indicación terapéutica, cualquiera de los medicamentos autorizados para tratamientos con óxido nítrico podrían ser ofertados y admitidos en la licitación, cuestión distinta a que el seleccionado sólo pueda ser utilizado de acuerdo con su indicación terapéutica, pero, reiteramos, ello es una cuestión que afecta al posterior uso asistencial del gas medicinal suministrado y no a las condiciones de su adquisición en la licitación.

OCTAVO. Otra alegación contenida en el recurso es que son fundamentales, por razones de seguridad y eficacia, las especificaciones técnicas de los equipos de suministro de los gases, si bien los pliegos no contemplan dichos equipos ni permiten su valoración dentro de los criterios de adjudicación.

Sobre tal extremo, procede indicar que el objeto del contrato de suministro es “gases medicinales e industriales” y no los equipos a través de los cuales se suministra el gas a los pacientes. Por esta razón, es lógico que los pliegos no definan las especificaciones técnicas de equipos que no constituyen el objeto del contrato. Asimismo, el ofrecimiento –gratuito se entiende- de tales equipos como criterio de adjudicación hubiera sido de validez cuestionable conforme a lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP, precepto que exige atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato (gas medicinal) para la valoración de las proposiciones.

Finalmente, la última alegación del recurrente - referida al peligro para la vida de

los pacientes y la salud de los trabajadores sanitarios si no se contemplan en el pliego las indicaciones terapéuticas y los requisitos técnicos de los equipos de suministro- decae atendiendo a la fundamentación jurídica realizada por este Tribunal respecto a los anteriores motivos del recurso. En definitiva, las condiciones de la licitación no originan ningún eventual riesgo o peligro, ni hace presumible su posterior producción. Una afirmación de tal índole excede del análisis del pliego impugnado y se sitúa en el marco del posterior uso por el personal sanitario del gas suministrado, uso que no cabe presumir inadecuado y perjudicial para las personas sobre la base de las condiciones que rigen la licitación aquí analizada, no pudiendo olvidarse que la adecuación o no a derecho de dichas condiciones es lo que delimita el ámbito del recurso especial y del conocimiento reservado a este Tribunal.

A la vista de todo lo argumentado, procede la desestimación íntegra del recurso.

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

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INO THERAPEUTICS AB, SUCURSAL EN ESPAÑA** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de gases medicinales e industriales”, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, dependiente del Servicio Andaluz de Salud, en lo que se refiere al contenido del lote 26.

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 TRLCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos 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.

LA PRESIDENTA

