



Recurso nº 85/2016 C. Valenciana 13/2016

Resolución nº 218/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 1 de abril de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. A. M. A., en nombre y representación de la compañía mercantil CONTSE, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que ha de regir el procedimiento abierto para la contratación del "*Suministro de gases medicinales para el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia*", el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consorcio Hospital General Universitario de Valencia –en adelante el Consorcio- convocó, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, Diari Oficial de la Comunitat Valenciana y BOE los días 23 y 27 de enero de 2015 y 3 de febrero de 2016, respectivamente, licitación para la adjudicación de un contrato de suministro de gases medicinales, cuyo valor estimado es de 5.051.854,02 €.

Segundo. Contra dicho Pliego de Cláusulas, mediante escrito presentado en el Registro General del Consorcio, sin que conste el anuncio previsto en el artículo 44.1 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), en fecha 4 de febrero de 2016 en virtud del artículo 44.2 y siguientes del TRLCSP, se interpuso recurso especial en materia de contratación, en el que se efectuaban las siguientes alegaciones:

"El pasado 23 de enero de 2016, CONTSE, S.A. tuvo conocimiento de la publicación a través del DOUE núm. 16, del procedimiento abierto para la contratación del "Suministro de gases medicinales para el Departamento de Salud Valencia Hospital General", en cuyo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, existe un punto determinante que

entendemos contrario al espíritu de toda licitación pública, al no preservar el interés público garantizando la concurrencia del mayor número de empresas.

Nos referimos a la imposibilidad de licitar por lotes a que hace referencia el Apartado B del "Cuadro de Características", que indica que se trata de un LOTE ÚNICO, siendo OBLIGATORIO LICITAR AL LOTE COMPLETO.

El principio de libre competencia que debe regir la contratación pública, se ve gravemente dañado por la indivisibilidad del contrato en lotes, creando obstáculos injustificados a la competencia, pues tratándose de servicios tan diferentes, gases licuados (oxígeno medicinal, nitrógeno medicinal, protóxido medicinal), cuyo suministro ha de hacerse con cisternas y gases comprimidos (el resto), cuyo reparto se hace con furgones, entendemos que se debería evitar pedir un único proveedor que aúne estos dos tipos de suministros, favoreciendo así la concurrencia de un mayor número de empresas y con ello el abaratamiento del precio del contrato.

Entendemos que una licitación pública debe ser especialmente cuidadosa en la apreciación de estas cuestiones y consensuar debidamente determinados aspectos técnicos que puedan favorecer a empresas que históricamente han sido proveedores de esas mesas de contratación."

Tercero. Con fecha de 5 de febrero de 2016, el órgano de contratación emitió el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Generalitat Valenciana y publicado de 7 de noviembre de 2013, publicado por Resolución de 10 de abril de 2013.

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que el recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que ha de regir el procedimiento abierto para la contratación del suministro de gases medicinales para el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

Respecto a la falta de anuncio previo, ésta tiene la consideración de defecto subsanable, conforme al artículo 44.4.e) del TRLCSP. No obstante, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la finalidad del anuncio previo es poner en conocimiento del órgano de contratación que va a interponerse recurso especial en materia de contratación. En el caso en que el recurso se interponga directamente ante el órgano de contratación, la propia interposición determina aquel conocimiento por lo que la subsanación sólo determinaría una demora innecesaria en la tramitación del recurso.

Quinto. Entrando en las alegaciones hechas en contra del acuerdo de exclusión, se trata de determinar si como afirma la recurrente, conculca el principio de libre competencia, la imposibilidad de licitar por lotes a que hace referencia el Apartado B del "Cuadro de Características", que indica que se trata de un LOTE ÚNICO, siendo OBLIGATORIO LICITAR AL LOTE COMPLETO.

Sexto. A este respecto, como decíamos en nuestra Resolución 212/2013, de 5 de junio de 2013, recaída en el Recurso 245/2013, a propósito de la pretensión de que se llevaba a cabo una restricción de la concurrencia por falta de división del contrato en lotes, *“Es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 124/2013, de 27 de marzo), la que sostiene que “el artículo 86 del TRLCSP parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato 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”.* Ahora bien, también ha declarado el Tribunal (Resolución 247/2012, de 7 de

noviembre) que la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 86 del TRLCSP “no determina necesariamente y en todo caso que debe procederse al fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, y ello en razón de que el artículo 86.3 del TRLCSP configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación (‘...podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes...’) y cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente (‘...y así se justifique debidamente en el expediente...’), entrañando un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren; en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes”. Así las cosas, “es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios -eficacia y eficiencia en la contratación pública y, más concretamente, los aspectos (...) de una parte de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte-, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes”.

Séptimo. En este sentido, está presidida la decisión de efectuar o no la división del contrato en lotes por el principio de discrecionalidad técnica, siendo de reiterar la doctrina de este Tribunal en diversas resoluciones sobre la discrecionalidad técnica, fundamentalmente a la hora de aplicar los criterios basados en juicio de valor.

En efecto, por todas las resoluciones, citamos la 188/2014 siendo suficientemente ilustrativa al incidir en que "Por lo que se refiere a la pretensión de revisión de la puntuación obtenida en los criterios sometidos a un juicio de valor por la oferta técnica del recurrente debe acudirse a la doctrina de este Tribunal sobre la aplicación de los criterios no valorables mediante fórmula y el carácter discrecional de su apreciación, según la cual, este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Así lo hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todas, resolución 176/2011, de 29 de junio) al considerar que, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto

de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración. En este mismo sentido, la resolución 189/2012 señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. Por su parte, la resolución 159/2012 señalaba que "sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabe entrar, no tanto en su revisión, de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos" (resolución de este Tribunal núm. 93/2012). Por tanto, en el presente caso el análisis de este Tribunal debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla, circunstancias que no concurren en el presente caso. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración."

Octavo. Pues bien, en el supuesto examinado la Administración contratante, en uso de sus facultades discrecionales, ha decidido licitar un contrato único de suministro de gases medicinales; en justificación de cuya no división en lotes, argüía el órgano de contratación en su informe que "(...) el producto suministrado es único con independencia de si su entrega se realiza en forma líquida o en forma de gas a presión, por lo que no se entiende que tengamos que realizar una división por lotes de este suministro, ya que en el mercado existe un número suficiente de

empresas capacitadas para realizar estos suministros que garanticen la concurrencia y, por ende, la posibilidad de obtener mayores ventajas para la administración.

Además de lo anterior, consideramos que una empresa que se dedica a la compra de gas licuado para proceder a su gasificación y reenvasado no ofrece ninguna ventaja comparativa a la administración con respecto a otra que realice todo el proceso, ni técnica, ni cualitativa, ni mucho menos económica; de igual modo, cuando se realiza un suministro de un producto en mayor cantidad a un solo proveedor, es evidente que se pueden obtener mejores precios de suministro que hacerlo por lotes independientes a varios proveedores en cantidades más pequeñas.”

Se trata, por consiguiente, como afirma el órgano de contratación y no se contradice por la recurrente, del suministro de unos mismos gases que pueden entregarse en forma líquida o en forma de gas a presión.

Esta argumentación justifica suficientemente, a juicio del Tribunal, la decisión discrecional del órgano de contratación de licitar un único contrato de suministro de gases medicinales sin la división en lotes, en línea con el artículo 1 de la LCSP” (actual TRLCSP), siendo así que *“todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación”* (Resolución 188/2011, de 20 de julio).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M. A. M. A., en nombre y representación de la compañía mercantil CONTSE, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que ha de regir el procedimiento abierto para la contratación

del "*Suministro de gases medicinales para el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia*"

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.