



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**RE 032/2018**

**Acuerdo 41/2018, de 12 de junio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por “ABBOT LABORATORIOS, S.A.” frente a la licitación del procedimiento denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas para el laboratorio de Bioquímica del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud.**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El día 7 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación del contrato denominado «suministro de material para la realización de técnicas analíticas para el laboratorio de Bioquímica del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud. Con fechas 8 y 17 de marzo de 2018, se publicó dicho anuncio en el Perfil del contratante del Gobierno de Aragón y en el Boletín Oficial de del Estado, respectivamente.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 1.094.743,57 euros, cuyo plazo de presentaciones de proposiciones finalizaba el día 11 de abril de 2018.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**Segundo.-** Contra los Pliegos que han de regir la contratación, doña G.C.A. en nombre y representación de la empresa "ABBOT LABORATORIOS, S.A.", ha interpuesto recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado en oficina de correos el día 28 de marzo de 2018, con remisión a este Tribunal el mismo día y por correo electrónico, de una copia de dicho escrito. El escrito de recurso tuvo entrada en el Registro general de este Tribunal el día 4 de abril de 2018, basado en los motivos que más tarde se expondrán.

El día 6 de abril de 2018 se recibe en el Tribunal expediente completo y el informe del órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

**Tercero.-** Del escrito de recurso se dio traslado a los licitadores para que formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.4 del TRLCSP.

Con fecha 27 de abril de 2018, "ROCHE DIAGNOSTICS, S.L." presentó escrito oponiéndose al recurso interpuesto.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dado que con fecha 9 de marzo de 2018 entró en vigor la nueva ley básica en la materia de contratación, esto es, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

LCSP), es preciso determinar el régimen jurídico aplicable a la presente licitación así como al presente recurso especial.

Respecto a la licitación, y dado que nos encontramos ante un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la LCSP al amparo de la Disposición transitoria primera, apartado primero de la citada LCSP, se regirá por la normativa anterior, y por tanto le resulta de aplicación el TRLCSP así como la Directiva 2014/24/UE y restantes disposiciones de desarrollo.

En cuanto al presente recurso especial, se regirá asimismo por el TRLCSP hasta su resolución dado que se inició al amparo del artículo 40 del citado texto legal, tal y como establece la Disposición transitoria primera, apartado cuarto de la citada LCSP.

**SEGUNDO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de "ABBOT LABORATORIOS, S.A." para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, por cuanto tiene interés en participar en la licitación de referencia, por lo que sus derechos resultan afectados por el contenido de los pliegos que rigen la licitación.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministro de valor estimado de 1.094.743,57 euros, siendo el acto recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP, y el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El recurso se plantea en tiempo y forma, y la recurrente, con carácter previo a la interposición del recurso, efectuó el anuncio previo a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP.

**TERCERO.**- El recurso se sustenta fundamentalmente en la consideración de que la configuración del contenido del Lote 1, resulta discriminatoria y vulnera del principio de competencia. Y lo es, a juicio de la recurrente, porque en dicho Lote se requiere el suministro de dos materiales, denominados reactivos («CA 72.4» y «CTX o B Crosslaps»), de los 63 productos que exige el lote, que sólo se producen por la mercantil «ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.», lo que obliga al resto de licitadores a subcontratar los reactivos no disponibles en sus catálogos y el equipamiento a él asociado, dando lugar a una limitación a la concurrencia y al principio de igualdad de trato, dado que la única empresa del sector que puede licitar al Lote 1 de manera competitiva es la antes citada. Por ello, a juicio de la recurrente la configuración del Lote 1 sería determinante de la anulabilidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

Para acreditar la afirmación de que dos de los reactivos cuyo suministro se pide en el Lote 1 sólo se producen por una única empresa, se aportan junto con el escrito de recurso, unos documentos numerados del 3 al 7, consistentes en los catálogos de tres fabricantes de los productos a suministrar, en inglés y sin traducción al castellano, de los cuales, uno de ellos es precisamente de la mercantil «ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.» la única que produce los reactivos en cuestión, según señala la recurrente. Este Tribunal considera que aun admitiendo que de dichos catálogos se deduce que esas dos marcas no producen



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ninguno de esos reactivos, pues no constan en los listados de los reactivos que ofrecen obrantes en esos catálogos, lo cierto es que ello no sirve para probar su aseveración de que sólo una empresa en el mercado produce tales materiales, puesto que existen otras compañías que tienen en su objeto social la producción de dichos materiales, a las que se refiere el propio recurrente en su recurso y algunas de las cuales se han presentado a la licitación, de las que no aporta los catálogos que demuestren que tampoco los producen.

El órgano de contratación en su informe señala, por su parte, respecto a esta alegación, que *«no le consta de forma fehaciente e indiscutible que la empresa "ROCHE DIAGNOSTICS, S.L." sea la única que pueda suministrar el materia señalado en el PPT. También señala que «se esperan ofertas de otras empresas del sector, justamente las que cita la recurrente en su escrito de recurso, tal vez alguna más».*

Por su parte, el licitador "ROCHE DIAGNOSTICS, S.L." en su escrito de alegaciones niega la afirmación de la recurrente que venimos analizando, y señala que por lo menos hay una empresa fabricante más, además de ella misma, por cada uno de los reactivos en cuestión y remite a un enlace de página web de las dos marcas referidas para su comprobación. Dicho extremo ha sido constatado por parte de este Tribunal al comprobar que efectivamente figuran en los listados de las dos empresas, el mencionado reactivo.

Quien hace una afirmación tiene la carga de probarla, como señala abundante y reiterada doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y en particular de este Tribunal, podemos citar por todos, el Acuerdo 19/2018 de 13 de febrero, en donde se señala que *«los actos de la Administración Pública no pueden ser puestos en*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*tela de juicio en base a meras conjeturas, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad».* Por tanto, se considera no sólo que la recurrente no ha podido probar su afirmación, sino que se ha acreditado la falta de realidad de la misma, a partir del mismo tipo de prueba documental de la que pretendía valerse (los catálogos de los fabricantes).

Lo analizado resulta, en consecuencia, suficiente para determinar el rechazo del motivo de impugnación objeto de estudio, pues no se ha podido acreditar, sino más bien al contrario, que exista un único licitador que pueda presentar proposición al Lote 1 de manera competitiva, y que por tanto no hay limitación al principio de concurrencia ni al de igualdad de trato.

No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, resulta necesario también traer a colación el hecho de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlos tal y como dispone el artículo 22.1 del TRLCSP.

Así lo ha manifestado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que cita la Resolución 688/2015, de 24 de julio, cuya doctrina resulta de aplicación al presente caso, donde se señala que:



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«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, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, cuando señala que: “Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo 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 definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma».*

Y en este sentido también cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Y por último, procede citar sobre esta cuestión la Resolución 143/2018, de 9 de febrero, del TACRC, cuando señala: *«Cuestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*determine sus necesidades y las características de los productos o prestaciones que las satisfacen».*

Definidos así los casos en los que la definición del objeto y prestaciones no conculca la concurrencia e igualdad de trato, se aprecia que estamos ante uno de ellos, además de por lo antedicho relativo a que no estamos ante el supuesto de que sólo exista un licitador que pueda optar a la adjudicación, por el hecho añadido de que el órgano de contratación ha justificado la necesidad de la exigencia de esos productos concretos así como su suministro dentro del mismo lote, cuando alega en su informe que *«el órgano de contratación ha definido las determinaciones analíticas que se pretenden realizar en el laboratorio y las ha distribuido en lotes, según un criterio de uniformidad de aquéllas (rutina, hemoglobinas, orinas, etc.) y adaptándolas asimismo a la organización en diferentes secciones en que se divide el laboratorio de Bioquímica del hospital que cuenta con una plantilla orgánica de 17 facultativos especialistas. Hay que tener presente que el espacio físico del que se dispone es, obviamente, limitado, y en este tipo de contratos en los que el volumen del equipamiento a instalar es decisivo, hay que tenerlo especialmente en cuenta».*

Así, todo ello lleva a este Tribunal a la consideración de que la definición del contenido del Lote 1 realizada por el PCAP no vulnera los principios de igualdad de trato y de libre competencia ni limita la concurrencia.

Por todo lo cual, se desestima el motivo de impugnación analizado.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**CUARTO.-** El escrito de recurso funda el segundo motivo de impugnación en que existían, a su juicio, alternativas para garantizar las necesidades del órgano de contratación sin limitar injustificadamente la concurrencia, citando expresamente la posibilidad de haber subdividido el lote 1 separando los reactivos que según el recurrente son exclusivos y excluyentes, o haber permitido hacer oferta de solo un porcentaje del lote o haber acudido al procedimiento negociado para contratar tales reactivos y al procedimiento abierto para el resto de productos.

Ahora bien, la finalidad del recurso especial en materia de contratación es revisar la conformidad a Derecho de la actuación adoptada en un procedimiento de licitación frente a la cual se interpone el recurso, sin que su pretensión anulatoria pueda fundamentarse válidamente en la existencia de alternativas a la decisión o actuación impugnada que puedan resultar más convenientes desde un punto de vista de la legalidad o de oportunidad.

Así, la resolución que dicta el órgano de resolución de recursos contractuales ha de limitarse a realizar un examen de la legalidad del acto que se recurre. A partir de ello cabe, eventualmente, que se pueda declarar su anulación y la retroacción de las actuaciones al momento pertinente del procedimiento tras lo que habrá de ser el órgano de contratación el que, respetando la resolución del órgano de recursos, vuelva a dictar lo que proceda. En suma, la labor de los órganos de recursos es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, verificando si la tramitación del procedimiento de contratación es conforme no a Derecho, teniendo vedado sustituir a los órganos de contratación competentes adoptando



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

una decisión de fondo y, por tanto, teniendo prohibido también fundar la resolución de un recurso en si una decisión o actuación hipotética es mejor o más conveniente que la adoptada e impugnada.

Este Tribunal ha destacado esta función revisora del recurso especial en materia de contratación en ocasiones anteriores, como en sus recientes Acuerdos 17/2018 y 34/2018, de fechas 27 de marzo y de 25 de mayo de 2018, respectivamente.

Por tanto, el ámbito del recurso ha de limitarse al examen y enjuiciamiento de la conformidad o no a Derecho del acto impugnado, sin que le corresponda pronunciarse sobre aquellos aspectos que excedan de este ámbito, como son las cuestiones señaladas que plantea el recurrente, por carecer de competencias para ello, por lo que debe rechazarse el motivo analizado.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

### III. ACUERDO

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial, presentado por doña G.C.A. en representación de la empresa "ABBOT LABORATORIOS, S.A." frente a



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la licitación del procedimiento denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas para el laboratorio de Bioquímica del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud.

**SEGUNDO.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**TERCERO.-** Significar que contra el presente Acuerdo, que es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.