Recurso nº 132-2019- SUM – GAP CC – SCS
Resolución n.º 208-2019, de 10 de octubre

Recurso contra anuncio de licitación y pliegos de un contrato de suministro. LCSP. Incongruencia entre el PCAP y el PPT en la determinación del objeto del contrato. Prestación del PPT no contemplada en el objeto contractual definido en el PCAP: infracción de lo dispuesto en los artículos 67 y 68 RGLCAP. Vulneración del art. 100 y 102 de la LCSP, debido a la falta de certeza del precio de las prestaciones que comprenden el objeto del contrato. Definición de las características técnicas por parte de la Administración. Libertad del órgano de contratación para definir las necesidades y determinar las características de los productos a suministrar.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Visto el recurso interpuesto por D. N.M.V.A.L, actuando en nombre y representación de JOHNSON & JOHNSON, S.A, contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la contratación del suministro de tiras reactivas para la medición de la concentración de glucosa en sangre total mediante medidor electrónico compacto para los centros dependientes de la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria – Expdte 60/S/19/SU/GE/A/0026, se dicta la siguiente Resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria, en su calidad de órgano de contratación, llevó a cabo la convocatoria para la contratación del suministro de referencia, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con una plu-

ralidad de criterios y un valor estimado de 159.984,00 €, conforme dispone la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP). El procedimiento no se desglosaba en lotes.

Según dispone el PCAP, dicho objeto corresponde al código 33124131-2 (Tiras reactivas), de la nomenclatura Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea.

SEGUNDO.- Mediante Resolución del órgano de contratación, n.º 2595/2019, de 4 de julio, se procedió a aprobar los pliegos, el gasto y la apertura de la fase de adjudicación.

Con fecha de 4 de julio de 2019, el órgano de contratación procedió a publicar anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), publicando los pliegos que regían la licitación. Se indicaba en el anuncio que el plazo de presentación de ofertas finalizaría el 19 de julio de 2019.

Según indica el órgano de contratación, han presentado oferta las siguientes empresas:

1) Abbot Laboratories, S.A

2) Johnson & Johnson, S.A

3) Shippink King, S.L

TERCERO. El 18 de julio de 2019, en la Sede Electrónica de la Consejería de Hacienda, fue presentado por la JOHNSON & JOHNSON, S.A (en adelante, JOHNSON), recurso especial en materia de contratación, contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen la contratación del suministro de referencia, en el que solicita que se acuerde la nulidad de los pliegos y por ende de la convocatoria.

La recurrente expone que la *redacción de los pliegos es confusa, en tanto se comprueba de la lectura conjunta de los mismos, que el suministro a efectuar comprende las tiras reactivas y también los medidores electrónicos compactos, fijando únicamente para las tiras reactivas un precio unitario, que serían objeto de abono, pero trasladando la*

obligación de entregar los medidores sin contraprestación económica alguna, además de no señalar una estimación del número total a entregar, que repercute en una incorrecta fijación o desglose en las partidas presupuestarias. Añade que *no se ha determinado correctamente el código cpv asociado a la contratación a realizar.*

Por tanto, se ha realizado una definición del suministro a realizar oscura o confusa, al imponerse a los licitadores determinados requerimientos que exceden el objeto del contrato, y que no se definen o desglosan presupuestariamente como parte de su precio, lo que vulneraría los principios de proporcionalidad, transparencia y libre acceso a las licitaciones y generaría un desequilibrio económico de las prestaciones con enriquecimiento injusto de la Administración.

Señala el recurrente que *"El hecho de que, bajo las dicciones del Pliego de Prescripciones Técnicas se encubran prestaciones de naturaleza distinta a aquellas reflejadas en el objeto del contrato, cuyo calado, costes e implicaciones para el contratista no se definen de antemano con exactitud y claridad, supone una vulneración de los principios de transparencia y proporcionalidad, generando a su vez una disfunción en el método de cuantificación del precio, en la medida en que el adjudicatario se ve obligado a asumir por entero dichos costes, soportando una situación injusta, de gravosa onerosidad para la empresa que resulte adjudicataria*

(…)

dichas prestaciones escapan totalmente del objeto del contrato, pues ni son identificadas correctamente, ni vienen cuantificadas en los Pliegos, ocultando además elevados costes que deberá soportar el adjudicatario.

Adicionalmente, hemos de considerar las consecuencias jurídicas que comporta en este caso la no inclusión, tanto en el anuncio de licitación como en los pliegos, de los CPVs correspondientes a todas las prestaciones que abarca el presente expediente de contratación. En efecto, esta falta de concreción en el objeto del contrato conculca gravemente el principio de transparencia y acceso a las licitaciones, al tiempo que incumple la previsión establecida en el artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

(…)

Cabe concluir, por tanto, que las entidades adjudicadoras deben identificar los CPVs que respondan a sus necesidades con la mayor precisión posible permitiendo así a los licitadores determinar la posibilidad o no de licitar, todo ello en favor de los principios de transparencia, publicidad y concurrencia que deben regir los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, en el presente caso el órgano de contratación ha obviado los CPVs correspondientes a la totalidad de suministros que comprenden las prestaciones reales del contrato, esto es, glucómetros y tiras reactivas. En conclusión, pedimos a este Tribunal, que determine la ilegalidad del clausulado de los Pliegos del presente procedimiento, por ser éstos contrarios a las normas que rigen los contratos del sector público, determinando la nulidad de los mismos e instando al órgano de contratación a iniciar un nuevo procedimiento de contratación conforme a la legalidad.".

CUARTO. Dicho recurso fue trasladado por este Tribunal al órgano de contratación, el 19 de julio de 2018, con solicitud del expediente e informe correspondiente, conforme dispone el art. 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el 26 de febrero de 2019

QUINTO. Con fecha de 23 de julio de 2019 se remitió por el órgano de contratación a este Tribunal el expediente de contratación de referencia, sin acompañar el correspondiente informe, donde se pronunciase sobre las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP,

Con fecha de 18 de septiembre de 2019, se reiteró la solicitud por parte de este Tribunal, siendo objeto de remisión por el órgano de contratación el día 9 de octubre de 2019. En el citado informe expone lo siguiente:

"En relación con las cuestiones planteadas en el recurso. El recurrente argumenta que el objeto del contrato, tanto por su definición como por la identificación del CPV utilizado en el Pliego de Cláusulas Administrativas, se ciñe exclusivamente al suministro de tiras reactivas para la medición de glucosa en sangre, y sin embargo el Pliego de Prescripciones Técnicas incluye el suministro de medidores electrónicos y sus correspondientes baterías eléctricas en número necesario, sin que para estos últimos exista una definición en cuanto a su número y a su valoración económica.

Del contenido del Pliego de Cláusulas administrativas en relación con el "suministro de medidores electrónicos y sus correspondientes baterías eléctricas en número necesario" **se desprende que ha existido un error tanto en la identificación del objeto del contrato como en la determinación de los costes del mismo**. Por todo ello, proponemos

la retracción del expediente al momento de redacción de los pliegos del expediente, a fin de que procedamos a su rectificación y aprobación por este órgano de contratación, con el fin de que publicar los pliegos de nuevo y otorgar nuevo plazo para la presentación de proposiciones. Y con respecto a la procedencia de la medida cautelar solicitada por la recurrente este órgano de contratación propone estimar la misma".

SEXTO. Con fecha de 24 de julio de 2019 se dio traslado del recurso a las entidades licitadoras, a fin de poder presentar cuantas alegaciones tuvieran por oportunas, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 56.3 de la LCSP, sin que conste la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-. Este Tribunal resulta competente para resolver el presente recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.1 de la LCSP y 3 a) del Decreto 10/2005, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

SEGUNDO.- A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante 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 Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a la citada LCSP.

TERCERO.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de la recurrente, para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *"cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso"* (artículo 48 de la LCSP) en cuanto que se trata de una entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

CUARTO.- 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 contrato objeto de licitación es de suministros, cuyo valor estimado supera los 100.000,00 €, siendo convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es el contenido referido al pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, por lo que tanto el contrato como el acto recurrido son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

QUINTO.- En lo que se refiere al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, establece:

"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos.

Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante."

El artículo 19 del Real Decreto 814/2015, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que:

"1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el DOUE, salvo que la Ley no exija la difusión por este medio.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en

ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido".

Y el art. 22.1 apartado 5 del Real Decreto 814/2015 dispone que sólo procederá la admisión del recurso cuando concurran los siguientes requisitos: *"5.º Que la interposición se haga dentro de los plazos previstos en el artículo 44.2 del mismo texto refundido".*

El apartado 3 del citado artículo 51 de la LCSP dispone que *"...Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso".*

En base a la normativa expuesta y a la vista de los hechos comprobados, teniendo en cuenta la puesta a disposición de los pliegos y la fecha de interposición del recurso, cabe concluir que se han cumplido los requisitos de plazo e interposición de los recursos previstos en el art. 50 y 51 de la LCSP y en el art. 22 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.

SEXTO.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, en primer lugar, debe analizarse la incongruencia entre el PCAP y el PPT en la determinación del objeto del contrato, debiendo traer a colación la regulación contenida en los pliegos que rigen la presenta licitación y que cuestiona la parte actora.

En cuanto al PCAP, la cláusula 1 "Objeto del contrato", dispone lo siguiente: *"1.1.- El objeto del contrato será la realización de suministro de tiras reactivas para la medición de la concentración de glucosa en sangre total mediante medidor electrónico compacto (en adelante tiras medición de glucosa) con el fin de para dotar a los centros dependientes de la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria para el ejercicio de las funciones señaladas en la Ley 11/1994.*

La ejecución del objeto del contrato deberá adecuarse a las prescripciones técnicas anexas que tienen carácter contractual.

Dicho objeto corresponde al código 33124131-2 (Tiras reactivas) de la nomenclatura Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea.

1.2.- No procede la división en lotes del objeto del contrato, ya que tal división dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico"

El PPT dispone en sus dos primeros puntos lo siguiente:

- *Tiras reactivas para la medición de la concentración de glucosa en sangre total mediante medidor electrónico compacto. Válido para pacientes dializados con icodextrina.*
- *Suministro de medidores electrónicos y sus correspondientes baterías eléctricas en número necesario para la utilización de las tiras reactivas durante el periodo de tiempo de vigencia del contrato de suministro de dichas tiras reactivas.*

Y en la Memoria justificativa, objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se hace constar expresamente lo siguiente: *"El objeto de la presente contratación es el suministro por precio unitario de TIRAS MEDICIÓN DE GLUCOSA con el fin de dotar de stock suficiente a la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria, para su posterior distribución a los centros adscritos a dicha Gerencia. El objeto del contrato definido es el idóneo para cubrir las necesidades y es necesario acudir a un procedimiento de adjudicación que garantice que las tiras de determinación de glucosa a adquirir se ajustan a la normativa de seguridad exigida en Europa. Se acompaña Pliego de Prescripciones Técnicas con las condiciones detalladas que se exigen del producto objeto de este contrato".*

Otro tanto sucede con la Resolución de inicio del expediente (Registro de Resoluciones n.º 2557/2019, de 1 de julio) y con la Resolución de aprobación de los pliegos (Registro de Resoluciones n.º 2595/2019, de 4 de julio), objeto de publicación en la citada Plataforma, y que citan como objeto de los pliegos el suministro de tira medición glucosa para los centros …..

Como podemos observar de las cláusulas expuestas, el PCAP, al igual que la documentación obrante en el expediente de contratación, alude únicamente al suministro de las

tiras reactivas, mientras que el PPT, en su punto segundo, contempla adicionalmente el suministro de medidores electrónicos y sus correspondientes baterías eléctricas en número necesario para la utilización de las tiras reactivas durante el periodo de tiempo de vigencia del contrato de suministro de dichas tiras reactivas.

Es decir, frente a lo regulado en el PCAP, el objeto del contrato se ve ampliado por las prestaciones recogidas en el PPT, cuando el art. 67.2 del RGLCAP dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contener, con carácter general para todos los contratos, los siguientes datos: «*a). Definición del objeto del contrato, con expresión de la codificación correspondiente…*»

Cabe citar al respecto el Acuerdo 85/2015, de 10 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el que se afirma que: «*(e)l objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su capacidad para concurrir a la licitación, a través de relación entre el objeto del contrato y el objeto social del licitador.*

En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas. Y es por ello que el objeto del contrato, conforme al artículo 115.2 TRLCSP, debe contenerse en el PCAP, como recuerda el Informe 35/08, de 25 de abril de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –"Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos"–, pues el PCAP constituye la lex contractus, con fuerza vinculante entre las partes y sólo limitado por la observancia de las normas de

derecho necesario, de modo que una vez aprobados y no habiendo sido impugnado su contenido en el momento oportuno para ello, los pliegos no podrán ser modificados y, por lo tanto, salvo que existan vicios de nulidad de pleno derecho, el licitador o el contratista y la Administración, deberán pasar por su contenido, aunque el mismo contravenga algún precepto legal o reglamentario. Y de ahí que el artículo 68.3 RGLCAP prohíbe que los PPT contengan declaraciones o cláusulas que deben figurar en el PCAP.

Y es que para dilucidar la cuestión planteada hay que tener en cuenta la diferente naturaleza jurídica del PCAP y del PPT y las distintas cláusulas que uno y otro deben contener. As*í, como se pone de manifiesto en la* Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 836/2015: *«el PCAP incluye los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, en particular y por lo que aquí importa, los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones, y los criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación (artículos 115.2 del TRLCSP y 67.2.h, e i, del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre – RGLCAP–) mientras que el PPT contiene las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, es decir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, sin que el PPT pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP (artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a y 3 del RGLCAP).”*

Asimismo, el RGLCAP regula el contenido específico del PCAP y del PPT en sus artículos 67 y 68. De esta regulación reglamentaria se desprende que la definición del objeto del contrato corresponde al PCAP y la de las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones contractuales corresponde al PPT, sin que, en ningún caso, como advierte el artículo 68.3 del RGLCAP, este último pliego pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el primero.

Resulta claro, pues, que la cláusula del PPT impugnada no se limita a definir las características técnicas de una prestación recogida en el PCAP, sino que define la prestación misma complementando el objeto del contrato recogido en este último pliego. Desde esta óptica, la citada cláusula vulnera lo dispuesto en el artículo 68.3 del RGLCAP, puesto que se excede en su contenido del que legal y reglamentariamente le corresponde

Esta infracción de los artículos 68.3 del RGLCAP y 122.2 de la LCSP, que se pronuncia actualmente en términos muy similares a su antecesor, el artículo 115.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y conlleva que no se haya producido variación alguna en nuestro ordenamiento jurídico, respecto a la prohibición de confundir los ámbitos de sendos pliegos, PCAP y PPT, determina la nulidad de los pliegos, ante la indeterminación de los mismos en cuanto a la fijación del objeto del contrato. Por tanto, con los efectos indicados, procede estimar este motivo de impugnación.

Por otro lado, unido a lo anterior, se quiere advertir al Centro gestor, por sus posibles implicaciones jurídicas, la ambigüedad de la redacción de la obligación contenida en el PPT, en tanto no se explicita en qué régimen se deben suministrar los medidores así como las baterías eléctricas, pues no se dispone si se realiza el suministro en propiedad de la Gerencia o en régimen de cesión de uso, como habitualmente se observa en otras licitaciones que tienen este mismo objeto.

SÉPTIMO.- Vinculado al anterior motivo de impugnación, por la recurrente se postula la vulneración de los artículos 100.2 y 102 de la LCSP, con motivo de la inclusión en el PPT de prestaciones (suministro de los medidores) que, además de no englobarse en el objeto del contrato definido en el PCAP, conllevan una falta de remuneración de la misma, además de su falta de fijación en el presupuesto de licitación así como en el precio unitario.

Del análisis del clausulado, nos encontramos ante un contrato de suministro de entrega sucesiva y por precio unitario del art. 16.3 a) de la Ley de Contratos del Sector Público, de tiras reactivas para la medición de la concentración de glucosa en sangre total mediante medidor electrónico compacto, describiendo el código CPV 33124131-2 (tiras reactivas). Dicho objeto del contrato se ve complementado con la descripción realizada en el pliego de prescripciones técnicas, que al definir las características técnicas mínimas, añade *"el suministro de medidores electrónicos y sus correspondientes baterías eléctricas en número necesario para la utilización de las tiras reactivas durante el periodo de tiempo de vigencia del contrato de suministro de dichas tiras reactivas".*

Respecto a los conceptos presupuesto de licitación, precio unitario y valor estimado, en la cláusula 5 del PCAP se fija un presupuesto de licitación de 59.921,28 € como coste directo, 14.980,32 € como costes indirectos (gastos generales de estructura y beneficio industrial) y 0,00 € en concepto de otros gastos. Se añade que el precio unitario por unidad a suministrar, asciende a diez céntimos de euro (0,10 €). Y se fija un número de unidades de tiras reactivas a suministrar, desglosado por anualidades, en el apartado 2 de dicha cláusula. En cuanto al valor estimado, en la cláusula 7 del PCAP, se parte del presupuesto de licitación, añadiendo dos conceptos referidos a la prórroga y a las modificaciones.

Comprobada la Memoria justificativa, así como la resolución de inicio y la de aprobación de los pliegos, no se describe concepto económico alguno referido al suministro de los medidores electrónicos y sus correspondientes baterías eléctricas.

Por tanto, del clausulado contenido en el PPT se observa la obligación de entregar los medidores y las baterías sin contraprestación económica alguna y sin establecerse previamente el número máximo o estimado a suministrar, además de no constar en la documentación objeto de publicación en la PCSP, ni en los pliegos, referencia alguna en el presupuesto de licitación, en el precio unitario o en el valor estimado, que incorpore los costes asociados a dichos equipos. Todo ello se traduce en que el adjudicatario debe ejecutar una prestación para la que parece no existir previa consignación en el presupuesto y que por tanto, se no será expresamente retribuida. Así mismo, la imprecisión de la cláusula respecto al alcance o extensión de la prestación impide determinar si la misma es accesoria o no, es decir, si es significativa en cuanto a su importe, lo que arroja más incertidumbre sobre el coste final de la misma.

De esta manera, la imposición derivada del PPT incurría, en principio, en infracción del artículo 301 de la LCSP, pues impone al contratista la obligación de entrega de esos bienes sin fijar un precio que el contratista pueda cobrar por cada uno de estos productos que entregue, obviando que los contratos públicos son contratos onerosos y esta nota, como se indica en la Resolución 33/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, concurre tanto si los bienes se suministran o entregan transmitiendo su propiedad, como si se entregan en esa modalidad de cesión de uso.

Las previsiones contenidas en el PCAP y en el PPT incurren, por tanto, en infracción del art. 102.1 y 4 de la LCSP, por cuanto contraviene la exigencia de precio cierto "«*1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente»" y 4* "«*El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato»"*

Además, no existe ninguna justificación económica que permita conocer todos los costes -directos e indirectos- desglosados del contrato y tratándose de un equipamiento asociado al suministro contratado, se debería especificar en la memoria justificativa o bien en la resolución de inicio tal circunstancia, así como las razones por la que no resulta posible su contratación de manera independiente, tal y como preceptúa el artículo 99.3 de la LCSP "*3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras".*

Como se ha comprobado, ni en los pliegos ni tampoco en la documentación preparatoria del expediente de contratación, se detalla la cuantía económica que suponen tanto los medidores y las baterías. Y ello peso a que las condiciones económicas del contrato revisten un carácter esencial, tanto en fase de adjudicación donde debe garantizarse que las licitadoras puedan tener conocimiento de las mismas de cara a elaborar sus ofertas, como posteriormente en la ejecución del contrato, para que éste pueda ser llevado a efecto, de acuerdo con los planteamientos que sirvieron de base a la licitación, y con el contenido de la oferta seleccionada.

Por ello este Tribunal administrativo, a la vista de lo expuesto, no puede sino concluir que la falta de desglose del presupuesto de licitación, y por ende la indeterminación en la cuantificación de las prestaciones, conlleva que el contrato no tiene un precio cierto que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada, lo que supone una vulneración del artículos 100, 102 y 301 de la LCSP, siendo estos extremos por tanto determinantes de la falta de proporcionalidad de las obligaciones que corresponden a las partes durante la ejecución del contrato, en cuanto a que no está garantizado el equilibrio entre ellas, de forma tal que ninguna obtenga un enriquecimiento injusto.

Unido a dicha indeterminación, señalar que tampoco se precisan las cantidades, aun estimativas, de los medidores a entregar, y de la dotación de baterías necesarias para su uso, no constando límite alguno. Por tanto, a pesar de que el suministro de los medidores es obligatorio, no se establece el número concreto que se deberá entregar, por lo que no habiéndose fijado un precio unitario por medidor, la indeterminación de las unidades no permite a los licitadores calcular el desembolso económico que supondrá ese suministro y, en consecuencia, repercutir su coste al precio unitario por tira reactiva. Tiras para las que sí se ha establecido una estimación de las necesidades del órgano contratante para el presente contrato. Ello impide conocer a los posibles licitadores una determinación más precisa del coste asociado, ante la ausencia en los pliegos de herramientas para definir el número de medidores y, por ello, es indeterminable el importe que deberá contabilizarse para ofertar el precio unitario por tira reactiva. Como consecuencia de ello, la retribución final de la prestación de suministro no se conocerá por el licitador hasta la finalización del contrato, momento en el que deberá imputar a lo abonado por las tiras reactivas el coste de los medidores cedidos (sin precio alguno que las retribuya), de forma tal que el cálculo del precio unitario obliga a configurar las ofertas económicas como meras apuestas.

Por ello, esta cesión sin coste vulnera el artículo 102.1 de la LCSP, que impone que el precio de todo contrato administrativo ha de ser un precio cierto y que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada, y de acuerdo con lo pactado.

Además, como se ha indicado, no puede entenderse cumplida la obligación de la determinación del precio, ni con los informes obrantes en el expediente ni, con la redacción

de las cláusulas 5 y 7 del PCAP recurrido, de tal forma que resulta evidente que el presupuesto de licitación no se ha detallado, y tampoco se ha llevado a cabo una estimación sobre la cuantificación de las prestaciones que se indican en el PPT, cuestión esencial pues se trata de prestaciones vinculadas con el objeto del contrato.

En consecuencia, procede acoger el presente motivo así como anular los propios pliegos objeto del presente recurso y del mismo procedimiento de contratación junto con la retroacción de actuaciones para que, en caso de que el órgano de contratación estime oportuno convocar nueva licitación, pueda proceder a la aprobación de nuevos pliegos y a la apertura de nuevo plazo al objeto de que los licitadores presenten sus proposiciones, a fin de que en la preparación del contrato se realice una estimación correcta del presupuesto de licitación, actuación que es fundamental y que debe quedar acreditado en el expediente, a fin de poder entender cumplido la exigencia de que el presupuesto de licitación sea adecuado a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 100.2 de la LCSP. Esta determinación del importe vendrá derivada de las prescripciones técnicas exigidas y es, por tanto, en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, debiendo realizar, en todo caso, el órgano de contratación una labor de cuantificación de la que quede constancia en el expediente de contratación, y que permita estimar la correcta fijación de los conceptos económicos (junto al valor estimado, hay otros conceptos económicos fundamentales en cualquier expediente de contratación: el presupuesto de licitación, el presupuesto del contrato y el precio), y que entre ellos tiene que existir una relación de concordancia o proporcionalidad, que permita a los licitadores conocer las condiciones económicas del contrato. Además, estas cantidades tienen que quedar plasmadas con claridad en los pliegos y en el resto de la documentación del procedimiento de contratación.

Además, se infringe el principio de transparencia, que implica que todos los aspectos relevantes para determinar la adjudicación del contrato sean públicos y de general conocimiento para todos los interesados potenciales en concurrir al procedimiento, quienes deberían poder atenerse a unas reglas, claras y precisas, aplicables de la misma forma durante todo el procedimiento.

OCTAVO.- Por último, el recurrente alega que el pliego de prescripciones técnicas establece un parámetro técnico contrario a los principios básicos de la ley de contratos, al establecer como requisito mínimo la *"facilidad de manipulación y lectura del medidor",* que no permite conocer a los licitadores los extremos que permitan conocer cuándo concurren estos requisitos, dejando un margen a la Administración que excede de la discrecionalidad técnica.

Debe partirse, en esta materia, 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. Ha sido reiterada la doctrina de este Tribunal en la que en esencia y con ocasión de la impugnación de los Pliegos se ha establecido que la determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son manifestaciones de la discrecionalidad técnica, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser las entidades adjudicadoras 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.

El artículo 125 de la LCSP establece que los PPT establecen las prescripciones técnicas de los objetos a suministrar en las que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad.

Este Tribunal ha establecido en reiteradas ocasiones que, asiste al órgano de contratación una potestad, potestad que es discrecional para conformar el objeto y condiciones de la contratación de la forma que estime más adecuada para los intereses públicos.

En definitiva, se consagra con ello la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración en cuanto a la determinación o la inclusión de aspectos estrictamente técnicos en un contrato público, los cuales podrán afectar a la selección del adjudicatario de ese contrato, mediante la inclusión en el PPT de una característica que sea tan relevante que se incluya como especificación técnica en el mismo.

Por ello, es criterio de este Tribunal que si a la existencia de un determinado aspecto, elemento, posibilidad o funcionalidad del objeto del suministro o, a juicio del órgano de contratación, son necesarios para la adecuada realización de este contrato, se le da una determinada importancia por parte del órgano de contratación o se les exige una determinada condición eminentemente técnica, este Tribunal no puede entrar a sustituir esa opinión por otra, sino que solo puede estar al contenido de esa opinión técnica.

Aplicada esta doctrina a nuestro caso, entendemos que la exigencia del criterio técnico mínimo "f*acilidad de manipulación y lectura del medidor"*, entra dentro de la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación para establecer las condiciones técnicas del suministro que pretende contratar sin que este Tribunal pueda ejercer facultades sustitutorias de aquella facultad.

Si bien no procede estimar este motivo de impugnación, señalar que la configuración de este requisito mínimo no parece que pueda evaluarse en la fase de selección de las ofertas y adjudicación, sino que corresponde propiamente a la fase de ejecución, una vez se suministre los medidores asociados a las tiras reactivas. Dicho esto, indicar que sería aconsejable que el órgano de contratación incorporase una justificación algo más detallada de los parámetros que permitan concretar, de una manera algo más precisa, qué se entiende por facilidad de manipulación y lectura (mínimo de pulgadas, uso con una sola mano, etc), a fin de que, llegado el caso, pueda exigir al adjudicatario el suministro de un bien que permita alcanzar el objetivo global del suministro a realizar, tratando así de evitar posibles inconvenientes o perjuicios en la fase de ejecución del contrato, que puedan conllevar, incluso, a la resolución del contrato.

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

RESUELVE

PRIMERO. ESTIMAR parcialmente el recurso interpuesto por D. N.M.V.A.L, , actuando en nombre y representación de JOHNSON & JOHNSON, S.A, contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la contratación del suministro de tiras reactivas para la medición de la concentración de glucosa en sangre total mediante medidor electrónico compacto para los centros dependientes de la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria – Expdte 60/S/19/SU/GE/A/0026, anulando dichos actos, en el sentido expuesto en los fundamentos de derecho de la presente resolución, así como aquellos actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el art. 57.4 de la LCSP, la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria, deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución

TERCERO. Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.

TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS