



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 079/2019

Acuerdo 102/2019, de 2 de agosto de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.” frente a los Pliegos que rigen el procedimiento denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Bioquímica del Hospital Clínico Universitario `Lozano Blesa´ de Zaragoza», convocado por la Gerencia del Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de mayo de 2019 fue remitido, para su inserción en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación relativo al procedimiento de adjudicación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo; en esa misma fecha fue publicado dicho anuncio en el Perfil del Contratante del Gobierno de Aragón, mientras que su inserción en la Plataforma de Contratación del Sector Público tuvo lugar el día 3 de junio de 2019. Según se indica en los anuncios de licitación, el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 9 de julio de 2019.

Se trata de un contrato de suministro licitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 6 446 281 euros.

El contrato está dividido en siete lotes.

Segundo.- A la licitación han concurrido las siguientes empresas:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- “BIO-RAD LABORATORIES, S.A.”;
- “HORIBA ABX IBERICA SUCURSAL EN ESPAÑA DE HORIBA ABX SAS”;
- “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.”;
- “ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.”;
- “SEBIA HISPANIA, S.A.”; y,
- “SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U.”.

Tercero.- Con fecha 21 de junio de 2019 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña T.G.O., en nombre y representación de la mercantil “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.” frente a los pliegos que rigen la contratación de referencia.

El recurso aduce –en síntesis– lo siguiente:

- Los Pliegos cuestionados, concretamente, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), en su apartado primero, contempla una serie de prestaciones contractuales, sin ningún coste –en buena parte de las mismas– para la Entidad licitante, que desvirtúan el objeto del contrato –en clara contravención, a juicio de la actora, de lo preceptuado en los artículos 28.1 y 99.1 de 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 2014/24UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP)– y conculcan el principio de proporcionalidad que debe regir los procedimientos de contratación pública, reconocido en los artículos 100.2 y 102 de dicha norma legal.
- La regulación contenida en el Anexo XVI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) sobre el ejercicio del *ius variandi* no es –a juicio de la recurrente– conforme al artículo 204 de la LCSP ya que, además de rebasar –entre otros extremos– el máximo legal previsto en dicho precepto para la modificación del contrato, pone de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

manifiesto un enriquecimiento injusto en favor de la Administración, y ello en relación también con el motivo anterior.

Por todo lo esgrimido, se interesa la estimación del recurso y que se dicte resolución por la que se declare *«la invalidez de la convocatoria e inst(e) al Servicio Aragonés de Salud-Sector Zaragoza III, a la aprobación de unos nuevos Pliegos que recojan efectivamente los principios y exigencias establecidos en la normativa aplicable a los procedimientos de contratación pública»*.

Cuarto.- El Tribunal requirió al órgano de contratación, con fecha 24 de junio de 2019, la remisión del expediente de contratación completo y del informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

La citada documentación fue recibida el día 27 de junio de 2019 en el Registro de este Tribunal.

Quinto.- Mediante Resolución 10/2019, de 24 de junio, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, fue acordada –a instancia de la actora– la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación en cuestión, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de la LCSP.

Sexto.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP se procedió a notificar la interposición del recurso a los restantes interesados por parte Tribunal a fin de evacuar trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para presentar alegaciones sin que, durante el mismo, haya sido presentada ninguna.

Séptimo.- Con fecha 30 de julio de 2019, a requerimiento previo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se ha completado por el órgano de contratación el expediente administrativo, en lo relativo a la fecha de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

presentación de proposición en el procedimiento licitatorio por parte de la recurrente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial así como la representación de “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en 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, LMMCSA), y se dirige contra el acto de aprobación de los pliegos, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación ex artículo 44.2.a) de la LCSP.

El recurso fue interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento o publicados, conforme se dispone en el artículo 50.1.b) de la LCSP, y con anterioridad a la presentación de proposición por la recurrente, que tuvo lugar el día 7 de julio de 2019, con arreglo a lo previsto en el último párrafo de dicho precepto. Es decir, que la interposición de aquél según obra en el actuado se ha producido en tiempo y forma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- Una vez resuelta la admisión del recurso, procede entrar en el fondo del asunto sobre los motivos que esgrime la actora.

En primer lugar, ésta parte de la incorrecta configuración de los pliegos que rigen la licitación; así, comienza su argumentación aludiendo a la letra B del Cuadro-Resumen del PCAP –dedicada a la ‘Definición del objeto del contrato’– en la que se recoge el código CPV 33696000-5 [‘Reactivos y medios de contraste’, según el Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV] para todos y cada uno de los lotes de que se compone el contrato y, tras ponerlo en relación –acto seguido– con el Apartado Primero del PPT, que transcribe en buena parte, viene a concluir que tal regulación no se ajusta a cuanto disponen los artículos 28.1 y 99.1 de la LCSP ya que, en lo que se refiere a la definición del objeto del contrato, aprecia una incongruencia entre lo regulado en dicho pliego y en el PCAP.

Y ello porque «(...) *atendiendo de nuevo a la descripción del objeto del contrato en tanto que "suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas", entiende esta parte que las exigencias descritas en este apartado del Pliego de Prescripciones Técnicas, que abarcan, tal y como se ha indicado, el depósito y mantenimiento de los equipos que resulten precisos para la realización de las correspondientes determinaciones, así como el material fungible necesario, si se deben entender como prestaciones sin coste alguno para el órgano de contratación, desvirtuarían completamente el objeto de la convocatoria en tanto que excederían del suministro determinado por el CPV, sin ser, por tanto, parte de la*



prestación principal, ni estar definidos o desglosados presupuestariamente.

Más allá de lo indicado, los propios Pliegos parecen contradecirse en una cuestión no puntual y sí determinante a la hora de valorar el operador económico si presenta o no su proposición. Por una parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares indica:

(se transcriben, seguidamente, la cláusula 4.9 y la letra J del Cuadro-Resumen del PCAP)

De manera que si el Cuadro del PCAP es el documento contractual en el que se especifica y resume, como su propio nombre indica, qué características y condiciones van a regir la licitación, resulta improcedente que el Pliego de Prescripciones Técnicas exija que el objeto del contrato incluya el depósito y mantenimiento de los equipos que resulten precisos; que en la presentación de la oferta deba incluirse la descripción técnica de los equipos y tecnología a ceder; que el precio objeto de valoración será solo el precio real ofertado por determinación o que se exijan suministros sin coste (..).

(se transcriben, seguidamente, las cláusulas 3 y 4 del PPT parcialmente)

*Se advierte, así, como el contenido del **PPT** se aleja de la finalidad que le marca la legislación aplicable, que no es otra sino definir las calidades de las determinaciones de carácter técnico y sus condiciones sociales y medioambientales conforme a los requisitos que establece la Ley para cada contrato. Añadir prestaciones nuevas y condicionantes a la oferta económica, como es el caso, permite afirmar que las cláusulas que así lo contemplan debieran quedar por no puestas o, como se pretende a través del presente escrito, resultar invalidadas.*

*En este contexto, es preciso traer a colación el **principio de proporcionalidad** que debe regir los procedimientos de contratación pública, reconocido por los **artículos 100.2 y 102 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, que implica que todo aquello que se exija en el marco del procedimiento y suponga un coste ha de estar adecuadamente reflejado en el*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

presupuesto base de licitación en favor de determinar un "precio cierto" a cualquier "prestación" que tenga lugar dentro del procedimiento:

(se transcriben, seguidamente, dichos preceptos)

*(...) estas prestaciones añadidas e indeterminadas en cuanto a su alcance, imponen obligaciones al adjudicatario que sobrepasan el ámbito propio de un contrato de suministro tal y como aparece definido en el Cuadro Resumen del PCAP y, por lo tanto, vulneran el régimen consagrado al efecto en la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**.*

Por todo ello, a juicio de esta casa comercial, existe una oscuridad en los Pliegos, una indefinición en cuanto al alcance de las prestaciones que deban ser objeto del contrato y, por consiguiente, en cuanto al coste atribuible a todos aquellos conceptos señalados, y que resultan ser de obligado cumplimiento, lo que conlleva, necesariamente, que dichos Pliegos sean susceptibles de recurso especial con base en la ilegalidad manifiesta de su contenido en el sentido indicado.

El hecho de que, bajo las dicciones del Pliego de Prescripciones Técnicas se engrose el objeto del contrato con prestaciones de mayor alcance al indicado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cuyos 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 que deben regir todo proceso de compra pública, 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».

Finalmente, tras invocar en su favor la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, así como la Resolución 117/2017, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirma la recurrente que «(...) a mayor abundamiento, los **principios de eficiencia y racionalidad** en la contratación pública



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

recogidos en el **artículo 1 y artículo 28** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre**, de Contratos del Sector Público, son referentes de una adecuada definición de los términos en los que se deben definir los pliegos rectores del procedimiento y es que, además de ser la Ley del contrato, son las herramientas de las que disponen las partes en los procesos de compra pública para proyectar sus derechos y obligaciones; en este caso, por parte del órgano de contratación, definir de forma precisa y puntual el objeto del contrato y características en las que debe concretarse la oferta a presentar para su posterior valoración; por parte del licitador, presentar su proposición en los mejores términos y de acuerdo a lo establecido en los documentos contractuales. Y todo ello con respeto a los principios de la contratación pública rectores de los procesos de compra pública», y concluye postulando «(...) **la ilegalidad del clausulado de los Pliegos del presente procedimiento en los términos indicados, por ser éstos contrarios a las normas que rigen los contratos del sector público, determinando su nulidad e instando al órgano de contratación a iniciar un nuevo procedimiento de contratación conforme a la legalidad, en el que habrán de estar correctamente definidas, tasadas, tipificadas y cuantificadas en sus costes todas las prestaciones que conforman el objeto del contrato, y definir con precisión, en su caso, su propia naturaleza jurídica**».

Por su parte, el órgano de contratación defiende en su informe al recurso y en lo que respecta a este concreto motivo que:

«El contrato se licita como suministro con la modalidad de técnicas analíticas automáticas, modalidad con gran tradición en la contratación sanitaria y que viene siendo utilizado de forma regular desde hace décadas, siendo la recurrente adjudicataria de varios contratos a lo largo del tiempo licitados de la misma forma, incluido el contrato al cual renueva la presente licitación (expediente 2018-0-019). Por consiguiente, creemos que conoce sobradamente la sistemática de este tipo específico de contratos y que han sido aceptadas hasta la fecha tanto por ella como por todas las empresas del sector



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de forma habitual. Es un elemento conocido por todos los operadores económicos del sector de productos de laboratorio que el contrato de suministro comporta la aportación de una serie de equipamiento necesario para la obtención de las determinaciones analíticas que componen cada uno de los lotes, sin los cuales no podría de ninguna manera obtenerse estas determinaciones licitadas en condiciones óptimas. Sin embargo, nada obsta para calificar el contrato como de suministro, por más que tenga alguna diferencia con los contratos más convencionales, como es el precio por determinación y no por producto para la valoración de las ofertas y la adjudicación, la aplicación de medidas de control del suministro más definidas que en otro tipo de contratos, y la aportación de equipamiento necesario para ejecutar el contrato por parte del adjudicatario, entre otras de menor calado.

Siguiendo el desarrollo de su escrito, el recurrente alega imprecisión en la descripción de los equipamientos mínimos necesarios que exige la contratación. A nuestro entender las expresiones "centrífugas necesarias para 14 centros", "dos clasificadores/alicuotadores" y "dos sistemas automáticos de destaponado de tubos de orina" citadas son lo suficientemente concretas y precisas para que no pueda haber ninguna duda acerca de lo que se está requiriendo del futuro adjudicatario. De hecho, estas precisiones en el pliego son numéricas (14, 2, 2) por lo que no pueden ser más concretas.

Tampoco es intención de este Órgano de Contratación valorar económicamente estos equipamientos, dado que el objeto del contrato es el suministro necesario para realizar determinaciones analíticas y el precio propuesto para los suministros, por medio de precios unitarios máximos por determinación, hace innecesario cualquier otra valoración subsidiaria y de nulo valor para fijar el valor estimado del contrato. Nos reiteramos en la calificación del contrato: suministro de material para realizar técnicas analíticas automáticas, con un precio unitario máximo por determinación y con la expresión de los precios de venta de los kits de reactivo necesarios para ello; no se trata, por consiguiente, ni de un contrato de compra de equipos (bienes



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

inventariables), ni de un contrato de servicio. Establecido esto, no procede valorar unos bienes que no son el objeto del contrato, sino una aportación de medios materiales; ha de quedar claro que el hospital no pretende adquirir equipamientos, ni por lo tanto pretende valorarlos. Sin embargo, en este tipo de contratos, si sólo se adquiriera el suministro (los reactivos) la ejecución del contrato devendría imposible.

Piénsese la cuestión de otra forma: que el hospital adquiriera el equipamiento y a partir de ese supuesto fuese, lógicamente, de su propiedad. Esta situación abocaría a proveerse del material suministrado, normalmente, por una única empresa, el propietario o distribuidor de los equipamientos, dado que no podría utilizarse material de otras marcas y características distintas del equipamiento instalado. La consecuencia sería la imposibilidad de licitar con concurrencia y la dependencia exclusiva de una marca durante toda la vida útil de los equipamientos.

Por otra parte, el órgano de contratación no puede conocer a priori todo el equipamiento que deba componer el sistema automático de análisis a juicio del licitador para obtener todos los tipos de determinaciones licitadas. Teniendo en cuenta que los distintos licitadores pueden disponer de diversas tecnologías y soluciones para la correcta ejecución del contrato.

Es por ello que este tipo de modalidades contractuales (suministro con cesión de equipos, esto es, con adscripción de medios materiales) resulta la única viable para la adquisición de este tipo de materiales en el ámbito sanitario. Y reiteramos aquí la larga tradición de este tipo de contratos de suministro en nuestra Comunidad. Sólo en el Sector Sanitario al que se adscribe este hospital, hay actualmente vigentes más de una docena de ellos, alguno de los cuales, insistimos, cuenta con la empresa recurrente como contratista. Siendo contratistas actuales en diferentes laboratorios del Hospital (Bioquímica, Inmunología, Alergias, Microbiología, Serología, Toxicología, Anatomía Patológica, Banco de Sangre, Hematología y coagulación) con contratos similares a este, de los cuales son adjudicatarios empresas como Roche



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Diagnostics, Werfen, Siemens, Beckman Coulter, Abbott Laboratories, Thermo Fisher Ibérica, Suministros Clínicos Lanau, Comercial Malo, Grifols Movaco, R.A.L., The Binding Site, Sebia Hispania, Perkin Elmer y la propia A. Menarini Diagnostics, entre otras.

En la cuestión apuntada en la pág. 8 en relación a la necesidad de mantenimiento, podríamos estar de acuerdo con el recurrente, dado que para que los equipos funcionen podrían estar sujetos a mantenimiento, aunque no pueda el órgano de Contratación decir el plazo del mismo ni su frecuencia. Tal vez es un problema de hallar el significado exacto de las palabras recogidas en el Pliego Tipo utilizado por el Gobierno de Aragón. En el sentido aportado por el recurrente, tal vez hubiese sido apropiado señalar que sí que se precisa mantenimiento, aunque difícilmente se podría rellenar el campo correspondiente a "plazo" en la portada del pliego tipo.

En cualquier caso, el mantenimiento está implícito en la propia naturaleza del contrato, evidentemente por el tiempo en el que los equipamientos están adscritos al mismo y no parece motivo suficiente para invalidar unos pliegos por un mero error material en el aspa en una casilla que además no genera ninguna duda en cuanto a la prestación necesaria de la empresa que tiene que "producir" determinaciones analíticas para que pueda ser retribuida y por tanto el mantenimiento necesario de sus equipos es una condición indispensable para ella.

Sigue diciendo el recurrente en las páginas 9 y 10 de su escrito que el contenido del PPT añade prestaciones nuevas y condicionantes a la oferta económica. Es realmente tortuoso interpretar de ese modo los requisitos técnicos exigidos por más que se refieran a contenido económico. No nos cabe ninguna duda que prácticamente cualquier requisito, instrucción, explicación, etc. contenidos en un pliego técnico tiene su correlato económico. La contratación administrativa en sí, pertenece al ámbito económico, al ámbito del mercado, de la compra-venta, de la disposición de créditos públicos, de su uso, de la actividad negociadora... En resumen, todo el contenido de los pliegos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

supone condicionantes que las empresas licitadoras deberán valorar para realizar su oferta económica.

Sigue diciendo el recurrente que el principio de proporcionalidad se corresponde con la determinación de un precio cierto para la prestación objeto del concurso, adecuado a los precios de mercado. Y que en este contrato el precio de las prestaciones añadidas e indeterminadas sobrepasan el ámbito propio de un contrato de suministro.

Esta apreciación niega la validez de este tipo de contratos que, insistimos, es perfectamente lógica y adecuada, sancionada adecuadamente por el tiempo, por el uso y por las relaciones contractuales establecidas por los diferentes poderes adjudicadores del ámbito sanitario aragonés (y del resto del Estado) y los operadores económicos del sector de los productos para laboratorio, que son prácticamente todas las que registran actividad en España, incluida la propia recurrente. Este tipo de contratación en ningún caso supone un coto cerrado para determinadas empresas elegidas. Nos reiteramos en lo mencionado anteriormente en relación a los ejemplos de empresas adjudicatarias actualmente en nuestro Sector.

A la vista de lo anterior, nos parece muy inexacto calificar a esta contratación de falta de transparencia y alegar que la situación que provocaría la adjudicación ocasionaría una gravosa onerosidad para el adjudicatario (página 11). Estos contratos encuentran adjudicatarios, se licita y se compite por ellos y hasta el momento no ha habido ninguna empresa que haya renunciado a la adjudicación alegando cuestiones de "gravosa onerosidad". Otra cosa es que el Órgano de Contratación, gestor de fondos públicos, busque las ofertas más ventajosas posibles, también, lógicamente, desde el punto de vista económico. En cualquier caso, la fijación de precios obedece a criterios de mercado y se rigen, en lo fundamental, por los precios vigentes en el momento de la contratación, con los ajustes que se consideran precisos en aras a buscar la proporcionalidad, el equilibrio y, sobre todo, la contención del gasto público sin menoscabar la prestación sanitaria.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Así pues, ni la cláusula 6 del PPT a la que se refiere el recurrente (tal vez se refiere a otro número) ni ninguna otra, resultan, a nuestro juicio, anulables por los motivos que aduce. Mucho menos adolecen de oscuridad ni de ambigüedad, defectos también achacados por el recurrente. Al contrario, el efecto buscado es la claridad y el detalle de todos los supuestos de la contratación, fruto de una tradición establecida para este tipo de contratos que ha permitido ir introduciendo modificaciones sucesivas que han mejorado la comprensión del texto. Basta una lectura superficial del pliego para constatar que no se produce ninguna ambigüedad ni ocultación de información; al contrario, de ser tachado de algo, sería de excesiva prolijidad en ocasiones».

Expuestas las posiciones de cada parte, procede traer a colación la regulación contenida en los pliegos que rigen la presente licitación y que se cuestiona por la actora; en cuanto al PCAP, las letras B y J de su Cuadro-Resumen, cuyo tenor literal es el que sigue:

«(...)

B. DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Bioquímica del Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza.	
Lote 1 Bioquímica General (suero y orina)	CPV: 33696000-5
Lote 2 Orinas (análisis cualitativo y sedimento)	CPV: 33696000-5
Lote 3 Líquidos biológicos	CPV: 33696000-5
Lote 4 Hemoglobinas glicosiladas	CPV: 33696000-5
Lote 5 Proteinogramas	CPV: 33696000-5
Lote 6 Proteínas (nefelometría)	CPV: 33696000-5
Lote 7 Test del sudor	CPV: 33696000-5
POSIBILIDAD DE LICITAR POR LOTES: ☒ SI ☐ NO POSIBILIDAD DE LICITAR POR SUBLOTES/PARTIDAS: : ☐ SI ☒ NO	Limitaciones en lotes: ☐ SI, ver Anexo nº I ☒ NO

(...)

J. MANTENIMIENTO

☐ SI PLAZO:	☒ NO
---	--



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

(...)).

Asimismo, la cláusula 4.9 del PCAP que prevé lo siguiente:

«4.9 Mantenimiento

*Cuando así se establezca en el **apartado J** del cuadro-resumen el adjudicatario realizará el mantenimiento de los bienes objeto del suministro en las condiciones que se recogen en el pliego de prescripciones técnicas.*

En cualquier caso, si el objeto del contrato es la compra de equipos o sistemas para el tratamiento de la información, el mantenimiento incluirá las revisiones preventivas, reparaciones de averías de las máquinas o dispositivos de las mismas, reposición de piezas y sustitución del equipo averiado mediante otro de reserva y actualización o adaptación de programas».

Y en cuanto al PPT, sus Apartados primero, tercero, cuarto y sexto son del tenor literal que sigue:

«1. OBJETO DEL PLIEGO

El presente Pliego de Prescripciones Técnicas tiene por objeto definir el alcance y condiciones que habrán de regir la contratación del suministro de material para realizar técnicas analíticas automáticas para el laboratorio de Bioquímica, de acuerdo con la descripción que figura en el modelo de petición de ofertas del expediente, en el que se detallan las técnicas analíticas que se licitan y la cantidad estimada para el periodo de vigencia del contrato. El número de determinaciones indicadas en todas las posiciones son estimadas de acuerdo con la actividad prevista por el Hospital, pudiendo aumentar o disminuir según las necesidades asistenciales, sin que ello repercuta en el precio adjudicado ni suponga modificación contractual, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 2.1.3. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En el objeto contractual se incluye el depósito y mantenimiento de los equipos que resulten precisos para la realización de las correspondientes determinaciones, así como el material fungible necesario.

El suministro se divide en siete lotes constituyendo cada uno de ellos una sola unidad susceptible de adjudicación y contratación a un solo licitador. No se procederá a valorar las ofertas recibidas cuando no cumplan con alguno de los requisitos imprescindibles establecidos para cada lote en el anexo I de este pliego.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Las ofertas efectuadas en el lote nº 1 (Bioquímica General), dado el extenso número de determinaciones distintas, podrán prescindir de alguna de las determinaciones propuestas en el Anexo VI bis del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, siempre que el valor estimado de las determinaciones no ofertadas no supere el 0,5% del valor estimado del conjunto del lote.

Se entiende por determinación analítica el resultado de un parámetro obtenido por el análisis de una muestra biológica que, con independencia del método o procedimiento analítico utilizado, es clínicamente interpretable por haber sido realizada con los requerimientos de calidad precisos para garantizar la fiabilidad del proceso. Se incluirá, por tanto, en este concepto las pruebas informadas y las repeticiones realizadas por voluntad del laboratorio. No quedarán incluidas las determinaciones realizadas con objeto de control y calibración, ni las posibles repeticiones motivadas por averías o mal funcionamiento de los equipos.

La prestación del servicio o el suministro se efectuará con arreglo a los requerimientos y condiciones que se estipulan en este pliego, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y toda la normativa legal de aplicación relativa a esta contratación, de los que se derivarán los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

El material a suministrar reunirá las condiciones exigidas por la legislación vigente y, específicamente, por el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

En el lote nº 1 el adjudicatario deberá proporcionar las centrífugas necesarias en 14 centros de extracción periféricos, así como su instalación, puesta en funcionamiento y mantenimiento.

Asimismo, el adjudicatario del lote nº 1 instalará dos clasificadores/alicuotadores en la zona de recepción de muestras del hospital, gestionados por el software común con el Sistema Modular, con una velocidad de clasificación mayor o igual de 1.400 tubos por hora, y con una velocidad de destaponar, alicuotar y retaponar mayor o igual de 400 tubos por hora; contarán también con reconocimiento de tubo por imagen, así como detección de volumen, tipo y calidad de la muestra.

El adjudicatario del lote nº 2 deberá suministrar dos sistemas automáticos de destaponado de tubos de orina que permitan el destaponado de los mismos antes de su introducción al analizador de orinas.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

(...)

3. CONDICIONES DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

3.1 Pedido de material. Los adjudicatarios están obligados durante la vigencia del contrato a suministrar los artículos que le hayan sido adjudicados. El Hospital adquirirá, mediante pedidos, las cantidades que necesite para su normal funcionamiento. Las cantidades presupuestadas son el número de determinaciones estimado a realizar durante el periodo de vigencia del contrato.

De los productos necesarios para cada determinación, solamente podrá ser facturada “con cargo” una de las referencias, el resto de referencias deberán ser suministradas “sin cargo”.

3.2 Presentación del producto. Los licitadores deberán de detallar en su oferta técnica la forma de presentación o envase en determinaciones/pruebas/test/ml, etc. y el número de determinaciones/pruebas/test/ml. de cada envase a efectos de contar con la máxima información para realizar los pedidos. Los adjudicatarios están obligados a mantener durante toda la vigencia del contrato la presentación del producto indicada en su oferta, salvo que, por motivos justificados y previa comunicación al órgano de contratación, resultara necesaria su modificación.

3.3 Caducidad.- Los reactivos se suministrarán con una caducidad mínima de 3 meses a contar desde la fecha de recepción del producto por el hospital.

3.4 Plazo y lugar de entrega. El adjudicatario está obligado a la entrega del material en el Almacén del Hospital, situado en la Avenida San Juan Bosco número 15, normalmente en horario de 8 a 14 horas, salvo que en el momento de realizar el pedido se especifique otra cosa.

El plazo máximo de entrega se establece en una semana desde que reciba el pedido. En caso de que, por una causa justificada, un pedido deba realizarse con carácter urgente, el suministro deberá realizarse en el plazo estipulado en la correspondiente oferta, a contar desde su recepción.

El material deberá acompañarse de albarán en el que constará

- 1. fecha de entrega*
- 2. cantidad*
- 3. referencia del producto*
- 4. valoración económica*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El albarán será firmado por la persona encargada de recibir el producto en el almacén que comprobará que los datos son correctos.

En caso de que el adjudicatario no entregase los productos en el punto y plazo establecido, el órgano de contratación impondrá las penalidades que se especifican en el correspondiente Anexo XIV del pliego de cláusulas administrativas particulares.

3.5 Suministro sin coste del número de kits de los reactivos necesarios para realizar los controles, calibraciones y mermas técnicas declaradas al realizar la oferta para cada tipo de determinación. A lo largo del contrato se deberán suministrar sin coste los kits necesarios de reactivos para conseguir que el precio real por determinación se ajuste al de la oferta.

3.6 Control de las determinaciones. Cada seis meses se efectuará un seguimiento conjunto por parte del Hospital y del adjudicatario de los reactivos suministrados y las determinaciones realizadas, con el fin de comprobar que el precio real por determinación coincida con el precio efectivamente abonado, según las compras de producto realizadas. En caso de que no sea coincidente, la diferencia se abonará por parte del contratista, bien en material sin cargo o bien en abono directo en factura.

Especialmente, en el control se revisará el número de controles y calibraciones, el número de pruebas repetidas por fallos técnicos del sistema y las mermas reales si las hubiere. Igualmente se realizarán comprobaciones de las caducidades de los productos suministrados.

4. EQUIPAMIENTO Y SISTEMA INFORMÁTICO

El adjudicatario suministrará en régimen de cesión temporal, durante el periodo de vigencia del contrato y sin cargo para el Hospital, el aparataje y equipamiento necesarios para la realización de las pruebas siendo por su cuenta el mantenimiento (preventivo y correctivo) del mismo. Los equipos deberán estar colocados y listos para su uso en un plazo máximo de 1 mes, a contar desde la formalización del contrato. En caso de que este plazo no se cumpla por causas imputables al contratista, se aplicarán las penalidades establecidas en el correspondiente anexo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En la oferta técnica deberá indicarse el aparataje ofertado.

De acuerdo con la cláusula primera de este pliego -"Objeto del contrato"- la oferta también incluye todos los instrumentos y el material necesario para su funcionamiento (controles, calibradores y otros fungibles). Si los reactivos ofertados necesitasen para



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

su funcionamiento que los equipos consuman agua tratada, será imprescindible que el licitante incluya en su oferta la instalación y mantenimiento de un equipo de tratamiento de agua sin coste alguno para el Hospital.

Los equipos deben tener conexión bidireccional con el sistema informático del laboratorio, que actualmente es el Modulab Gold, a cargo del adjudicatario.

El aparataje debe ser adecuado a las instalaciones actuales. En el caso de que sea necesario para la realización de las pruebas requiera adecuación de las instalaciones para su correcto funcionamiento, el adjudicatario deberá hacerse cargo de dicha adecuación. Una vez finalizado el suministro objeto del contrato, asumirá a su cargo todos los gastos que se originen como consecuencia de la retirada de los equipos, sistemas y tecnología cedidos, así como del restablecimiento de las condiciones previas de los lugares donde estuvieron instalados.

La documentación de uso de los equipos debe entregarse en castellano.

(...)

6. FORMACIÓN

Será responsabilidad del adjudicatario la formación necesaria para el personal del Laboratorio. Además, el adjudicatario se compromete a entregar al personal del laboratorio, en caso de que sean solicitados por el Jefe de Servicio, manuales de funcionamiento de equipos y programas, en castellano».

Pues bien, conocidos todos los elementos de juicio, una simple lectura de los pliegos que rigen la licitación basta para comprobar que entre ellos no sólo existe la incongruencia que postula la actora –dado que el PPT contiene una serie de prestaciones que exceden, con mucho, del objeto fijado en el PCAP como posteriormente se pondrá de manifiesto– sino que también la regulación contenida en aquél se ha extralimitado pues recoge declaraciones o cláusulas que deberían figurar en éste, en clara contravención del mandato establecido ex artículo 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En efecto, el PCAP –al igual que la documentación previa al mismo obrante en el expediente de contratación– alude únicamente al suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Bioquímica del Hospital Clínico Universitario ‘Lozano Blesa’ de Zaragoza, mientras que el PPT en su apartado primero contempla adicionalmente, por un lado, el depósito y mantenimiento en general de cuantos equipos resulten precisos para la realización de las correspondientes determinaciones, así como el material fungible necesario; y, por otro, en particular, la cesión –para los lotes 1 y 2– de hasta dieciséis y dos equipos, respectivamente, que incluye –a su vez– la instalación, puesta en marcha y desinstalación de los mismos.

Otro tanto sucede con los aparatos para la realización de pruebas, para los que se establece idéntico régimen de cesión temporal, con al añadido del sistema informático preciso para desempeñar su labor. Igualmente, se regula en el apartado sexto del PPT la obligación para el contratista de prestar formación al personal del laboratorio.

Es decir, frente a lo regulado en el PCAP el objeto del contrato se ve ampliado por las prestaciones recogidas en el PPT cuando al artículo 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...»*.

Y por ello cabe citar el Acuerdo 85/2015, de 10 de agosto, de este Tribunal 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*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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.*

Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión – Acuerdos 10/2011, de 6 de julio de 2011, 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, y 39/2012, de 12 septiembre de 2012–, en el sentido de que vulnerar el mandato del artículo 68.3 RGLCAP, en cuanto a la prohibición de que los PPT



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contengan declaraciones o cláusulas que deben figurar en el PCAP, supone la nulidad de los pliegos».

Así las cosas, el artículo 122.2 de la LCSP 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; de ahí que continúe vigente en nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de confundir los ámbitos de sendos pliegos, PCAP y PPT. Y ello ha de conducir a la misma conclusión en el supuesto aquí analizado que en el del meritado Acuerdo.

Además, por la actora se postula la vulneración de los artículos 100.2 y 102 de la LCSP; así, el artículo 100. 2 del citado texto legal regula el presupuesto base de licitación, viene a preceptuar lo siguiente:

«2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia».

Por su parte, dispone el artículo 102 de la LCSP en sus apartados 1º a 3º:

«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.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

2. Con carácter general el precio deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que esta u otras Leyes así lo prevean.

No obstante lo anterior, en los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato.

3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios».

La recurrente denuncia que en las cláusulas transcritas del PPT se exija al contratista la prestación de una serie de servicios sin remuneración lo que –a su juicio– desvirtúa asimismo el objeto del contrato, al no estar definidas ni presupuestadas dichas prestaciones adicionales.

El órgano de contratación, en el informe emitido con ocasión del recurso, parte de la premisa de que todas las exigencias contenidas en el PPT se derivan del material cuya adquisición se pretende, obviando que la mera utilización los equipos incluidos igualmente dentro del objeto contractual –de modo inadecuado, según ya se ha expuesto– entraña también un coste económico para el contratista que es preciso desglosar, conforme a los preceptos de la LCSP recién extractados, cuando ni en el citado informe ni tampoco en la documentación preparatoria del expediente de contratación figura tal desglose, lo que contraviene el artículo 100 de esa norma legal.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En un supuesto muy similar a éste, desde la perspectiva del meritado precepto y de otros concordantes, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución 148/2018, de 16 de mayo, se pronunció –en un criterio que este Tribunal comparte– de la siguiente manera:

«Se impone al contratista la cesión sin cargo de un determinado equipamiento. Sin embargo, no se fija para estos bienes o productos un precio: el contratista no puede facturar precio alguno por razón de estos productos (un precio unitario por equipo, o un precio unitario por día, semana o mes de cesión de cada equipo). De esta manera, el PPT aquí impugnado incurriría, 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. Los contratos públicos son contratos onerosos y esta nota, como se indica en la Resolución 33/2015 de este Tribunal, concurre tanto si los bienes se suministran o entregan transmitiendo su propiedad, como si se entregan en esa modalidad de cesión de uso (que no sería otra cosa que un arrendamiento -entrega de la posesión del bien para su uso-, calificado expresamente por el artículo 16 de la LCSP como una de las figuras que se integran en la categoría de contrato de suministro).

A pesar de la indicación del pliego de que la cesión se realiza sin cargo alguno para el Hospital, evidentemente el contratista repercutirá el valor del equipamiento en la parte proporcional de los productos fungibles que se contratan aparentemente como entrega principal. En el caso de que se entienda que este equipamiento se retribuye con el precio unitario que se factura por vainas de lavado y otros fungibles que conforman los 6 números de orden, la previsión del PPT incurre en infracción del artículo 102.1 de la LCSP, por cuanto contraviene la exigencia de precio cierto. Al imputarse a dicho precio la retribución por la cesión de uso del equipamiento a que nos venimos refiriendo, ese precio pasaría a ser incierto pues será mayor o menor en función de que el Hospital solicite una mayor o menor cantidad de esos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

productos. Como indicó este Tribunal en la Resolución 33/2015 “se trata de prestaciones que aun estando vinculadas al objeto del contrato deberían estar previstas con su correspondiente presupuesto, pues en realidad se trata de contrataciones indirectas que contribuyen a distorsionar las imputaciones presupuestarias, y por ello la norma de contratación pública basada en principios de transparencia, no puede admitir dichas situaciones”.

En este caso, no existiendo ninguna justificación económica que permita conocer todos los costes -directos e indirectos- desglosados del contrato y tratándose de un equipamiento asociado al suministro contratado, además se debería especificar en la memoria 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.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

(...).”

La LCSP, en el artículo 14.1 establece que los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148. Se entenderán comprendidos dentro del “ciclo de vida” de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

La adquisición de la propiedad o del derecho de uso a través de medios sin que figure como objeto contractual y con un pago indirecto supone una vulneración de las normas de contratación.

En consecuencia, en el supuesto que ahora nos ocupa, procede estimar la pretensión de la recurrente, anulando la previsión del PPT, por la que se impone al adjudicatario la obligación de entregar en cesión de uso el equipo columna de fibrovideoendoscopia laríngea rinofibrovideoendoscopia de laringe y esofágica transnasal y demás componentes necesarios, sin coste añadido alguno para el órgano de contratación, que deberá sustituirse por la obligación de suministrarlo con indicación del coste estimado por su adquisición o arrendamiento durante la vigencia del contrato, el mantenimiento y la sustitución, bien en un lote separado o mediante una contratación conjunta, lo que implica la nueva redacción y publicación de los Pliegos y el establecimiento de un nuevo plazo de presentación de proposiciones».

Junto a lo anterior, respecto a la restante argumentación que defiende el órgano de contratación, en el reciente Acuerdo 99/2019, de 26 de julio, de este Tribunal se afirma que: «(d)e otro lado, tampoco puede acoger este Tribunal administrativo el argumento del órgano de contratación en cuanto a que en anteriores licitaciones las recurrentes no impugnaran los pliegos en los que figuraban las prestaciones que ahora recurren y ello porque de la misma manera que este Tribunal administrativo entiende que el criterio de que un órgano de contratación no se halla vinculado por licitaciones anteriores pudiendo apartarse –motivadamente– del precedente (así, nuestro Acuerdo 99/2018, de 15 de octubre), lo mismo ocurre de cara a la posición de los licitadores, puesto que un procedimiento de contratación es autónomo e independiente del anterior o anteriores, aun cuando coincidan en objeto y sujetos –órgano de contratación y contratista–, de tal forma que actuaciones



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en la ejecución de contratos anteriores de las potenciales entidades licitadoras, en sentido positivo o negativo, no pueden influir en futuras licitaciones que se rigen por sus respectivos pliegos y demás documentos contractuales (Resolución 143/2018 de 16 de mayo del TARCJA), por ello el hecho de que no se impugnaran en su momento las anteriores licitaciones no determina que el clausulado de los actuales pliegos no pueda ser susceptible de impugnación.

Y tampoco es admisible el argumento del órgano de contratación en cuanto a la previsión que hace el PCAP de las modificaciones previstas, pues a resultas de lo expuesto, la indeterminación en el precio del contrato arrastra a la configuración que se ha dado a la cláusula XVI del PCAP, sin que la misma enmiende la exigencia que la legislación contractual establece para la determinación del precio del contrato en los preceptos anteriormente transcritos.

Y mucho menos es aceptable lo que aduce el órgano de contratación en el informe emitido a resultas del tercer recurso interpuesto, cuando se refiere a la imposibilidad de desglosar lo que considera «unos costes que le son ajenos», refiriéndose a la obligación de desglosar los costes de transporte que conllevan las entregas del suministro objeto de la presente licitación y que según señala ha imposibilitado volver a licitar el contrato de suministro de productos dietoterápicos, el cual fue objeto de recurso especial en materia de contratación resuelto mediante Acuerdo 18/2019 de 15 de febrero, por parte de este Tribunal administrativo.

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

desglose del presupuesto de licitación, y por ende la indeterminación en la cuantificación de las prestaciones según establece la cláusula 2 del PPT, 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 asistiendo, por tanto, razón a las recurrentes y procediendo la estimación de este concreto motivo de recurso y, en consecuencia, la anulación de las cláusulas del PCAP, 2.1.2 (valor estimado del contrato), 2.1.3 (presupuesto base de licitación) y 2.1.4 (precio del contrato), junto con los apartados y Anexos a que éstas remiten o sobre las que las mismas se fundan, así como la ya citada cláusula 2 del PPT».

En consecuencia, procede acoger el presente motivo así como anular las cláusulas y prescripciones impugnadas y, con ello, 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.

Pese a que la acogida de este motivo haría innecesario el análisis de los demás –pues de la misma se deriva la nulidad de la licitación–, este Tribunal considera necesario, en aras del principio de congruencia y a fin de evitar, en su caso, ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, pronunciarse sobre el otro motivo sobre el fondo del recurso, no así sobre el último a que en éste se alude pues únicamente postula la nulidad del pliego impugnado, sobre la base de los dos motivos anteriores, invocando a tal efecto sólo las causas de nulidad en que la recurrente entiende que incurren, tanto de la LCSP como de la Ley



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pero sin innovar nada al respecto.

TERCERO.- De este manera, el segundo y último motivo sobre el fondo cuestiona la regulación contenida en el Anexo XVI del PCAP, sobre el ejercicio de la potestad de modificar el contrato que –a juicio de la recurrente– no es conforme al artículo 204 de la LCSP ya que, además de rebasar –entre otros extremos– el máximo legal previsto en dicho precepto para la modificación del contrato, pone asimismo de manifiesto un enriquecimiento injusto en favor de la Administración.

En particular, sostiene la recurrente que una vez sentado *«(e)l carácter estimativo de las determinaciones analíticas y a sus precios unitarios, el órgano de contratación viene a regular en pliegos un sistema de **modificación contractual** que, sin duda, y en contra de lo que considera el órgano de contratación, sí tendría consecuencias en el precio de adjudicación y en la oferta a presentar por el licitador. Obsérvese cómo, respecto al **precio máximo unitario solo se fija por el concepto de "determinación"** y no en relación a otros materiales que, indebidamente, tal y como se ha indicado en el previo Fundamento Jurídico, conforman el objeto del presente expediente»*.

Y, tras extractar el Anexo XVI del PCAP que impugna, indica que *«(h)ablamos, por tanto, de una **modificación contractual prevista en pliegos**, en la que se recoge el límite del 20% establecido en la legislación aplicable pero que de su redacción se puede colegir que, **en el caso de aumentar las necesidades del órgano de contratación en determinados porcentajes, el precio unitario de cada material, experimentará una reducción del precio de hasta un 70% en todos y cada uno de los materiales que componen el expediente**, sin especificar, además, tal y como se ha indicado en el precedente Fundamento*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*Jurídico, sobre qué materiales se aplicaría tal reducción»; finaliza su argumentación, después de citar el artículo 204 de la LCSP y de invocar a su favor –entre otros– el Acuerdo 108/2018, de 9 de noviembre, de este Tribunal, reseñando que «(...) no solo debe ponerse en tela de juicio la validez de la cláusula de modificación contractual por la dificultad de evaluar las condiciones económicas de la oferta a presentar por el licitador, sino por la manera en la que se define y configura la "alteración" del contrato con base en que, el aumento de las necesidades de la Administración –que solo serán evaluables por una de las partes– **repercutirá en el precio unitario "de cada uno de los materiales que componen el expediente"**. Qué elementos son los que conforman el expediente es un dato indefinido en la presente licitación, tal y como se ha expuesto en el Fundamento Jurídico Primero, al que nos remitimos.*

Tal y como se ha indicado al principio del presente Fundamento y en el Fundamento de Derecho Primero, el objeto del contrato conforme al Cuadro Resumen es el "suministro de material para técnicas analíticas" siendo, así, que la modificación contractual objeto de recurso viene a justificarse por el propio órgano de contratación en la amortización de los "equipos cedidos", que conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas, queda obligado en la prestación el licitador, y lo hace en los siguientes términos tal y como ha quedado indicado:

"La motivación principal de esta condición viene dada por la previsible disminución en la repercusión de los costes fijos, en función de la amortización en el momento de la modificación del equipamiento cedido en aplicación de lo expresado en el punto primero del Pliego de Prescripciones Técnicas, una vez agotado el importe anual adjudicado en el contrato".

Con esta justificación de las condiciones de la modificación del contrato, el órgano de contratación viene a confirmar que el coste de los equipos se ha incorporado al precio del suministro principal, de manera que, una vez, amortizados, el precio del propio suministro sufre una reducción en el precio



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*desligado de la "enmascarada" cesión de equipos. **Esta medida, inicua y arbitraria, perjudica enormemente al licitador que, de alguna manera, se ve obligado a favorecer el enriquecimiento injusto de la Administración y, por consiguiente, al desequilibrio económico del contrato,** toda vez que, para este caso concreto, no existe justificación jurídica que lo ampare».*

Por su parte, el órgano de contratación –en cuanto a la regulación del *ius variandi* contenida en el pliego– defiende en su escrito que «(e)l porcentaje previsto es el máximo permitido para modificaciones previstas (20%) y sobre los materiales ofertados por el adjudicatario valorados (es decir, con precio, que corresponde con el reactivo principal, tal como se dice en otro lugar de los pliegos). También se fija un precio unitario para los materiales adjudicados en caso de ampliación, se motiva convenientemente la razón de ese precio unitario a la baja en caso de ampliación y no se contemplan prestaciones de distinta naturaleza al objeto del contrato en caso de ampliación. Todo ello, pues, es perfectamente razonable en aras al equilibrio económico del contrato, al propósito de contención del gasto por parte de la Administración y no discrepante con la legislación contractual vigente sobre este particular.

(...)

No nos parece equiparable a la sustancia del recurso la alusión al Acuerdo del Tacpa que invoca el recurrente. Aquí no se está en ningún caso ante prestaciones distintas a las contratadas inicialmente.

Cláusulas de este tipo son habituales en los contratos de suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas y para la contratación de suministro por el sistema de procesos, también para contratos complejos actualmente en ejecución en el Sector Zaragoza III como el de innovación para el servicio de gestión inteligente de lavandería y lencería.

Ya se ha dicho arriba que el establecimiento de los precios obedece a criterios de mercado y no se persigue el enmascaramiento de ningún coste adicional, por más que el recurrente siga insistiendo en el coste de los equipamientos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

como algo encubierto por parte de la Administración con el fin de enriquecerse injustamente.

Por otra parte, la envergadura económica de la presente contratación difícilmente se puede avenir con un propósito de impedir una remuneración suficiente al contratista. El presupuesto ha sido aprobado en Consejo de Gobierno y validado por el Departamento de Economía del Gobierno de Aragón y sigue la tónica del gasto habitual en este contrato, con los ajustes estimados como necesarios: los precios máximos por determinación han sufrido una variación al alza, en ningún caso han sufrido una disminución; basta para ello su cotejo con los del concurso inmediatamente anterior, al cual el presente renueva. Pero parece que este dato esencial no ha merecido la atención del recurrente».

Expuestas las posiciones de cada parte, este Tribunal comprueba, como la cláusula 7ª del PCAP cuyo apartado 1º, dedicado a las `Modificaciones previstas`, se remite al Anexo XVI donde se prevé:

«ANEXO XVI

MODIFICACIONES CONTRACTUALES PREVISTAS

(Especificar para cada lote, en su caso)

CIRCUNSTANCIAS (supuesto de hecho objetivo que debe darse para que se produzca la modificación):

Ampliación del número de unidades ofrecido como orientativo en el modelo de petición de ofertas Anexo XII bis, debido a un posible incremento de la actividad durante el plazo de ejecución del contrato.

ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES PREVISTAS (elementos del contrato a los que afectará):

Cada uno de los ítems que conforman el expediente.

CONDICIONES DE LA MODIFICACIÓN (reglas de tramitación que se seguirán para determinar los nuevos precios, procedimiento de fijación de nuevo plazos...):



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El precio unitario de cada material aplicable en el supuesto de realización de una modificación por ampliación del 12,50% del importe inicial, experimentará una reducción del 50% en todos y cada uno de los materiales que componen el expediente. En el supuesto de ser necesaria una nueva modificación por ampliación de hasta otro 7,50% (con lo que se alcanzaría el 20% máximo previsto), el precio unitario de cada material experimentará una reducción del 70% en todos y cada uno de los materiales que componen el expediente.

La motivación principal de esta condición viene dada por la previsible disminución en la repercusión de los costes fijos, en función de la amortización en el momento de la modificación del equipamiento cedido en aplicación de lo expresado en el punto primero del Pliego de Prescripciones Técnicas, una vez agotado el importe anual adjudicado en el contrato.

PORCENTAJE DEL PRECIO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO AL QUE COMO MÁXIMO PUEDAN AFECTAR: 20%».

El primer aspecto reseñable del Anexo recién transcrito es la fijación de unos nuevos precios para todos los productos a suministrar objeto del contrato –en función de dos tramos diferenciados hasta el límite máximo legal del 20%–, y que consiste en una minoración de los establecidos –inicialmente– en otro Anexo del PCAP, el XII bis, del 50 y del 70%, respectivamente.

Es decir, que se prevé que disminuya la remuneración del contratista cuando deba modificarse –al alza– el contrato, con independencia de cuanto represente en global el importe de dicha modificación sobre su precio inicial y de que sean los mismos productos los que se adquieren.

A este respecto, dispone el artículo 204 de la LCSP (‘Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares’):

«1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

- a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

b) *Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.*

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

2. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual».

Este precepto prohíbe –por mor de la modificación contractual– establecer nuevos precios unitarios que no hayan sido previstos –inicialmente– en el contrato, pero tal prohibición ha de abarcar asimismo –a igualdad de productos suministrados– la minoración del importe de sus precios unitarios que sí fueron contemplados en los pliegos, habida cuenta de que se trata de los mismos y toda modificación de un contrato, tal y como apunta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su Informe 1/2017, no puede entrañar una alteración de sus condiciones esenciales; y tal circunstancia se produce cuando: a) se varía sustancialmente las características esenciales, b)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

se altera la relación entre la prestación contratada y el precio (como, de forma notoria, acontece en el presente caso), y c) puede concluirse que los licitadores o participantes hubiesen presentado ofertas diferentes.

Por otro lado, y tan o más importante que lo anterior, la modificación del contrato según viene regulada en el pliego impugnado supondría que sea el adjudicatario quien asuma el impacto económico de la misma lo que constituye, en consecuencia, una clara y flagrante vulneración del principio de equivalencia de las prestaciones (con el consiguiente enriquecimiento injusto a favor, en este caso, de la Administración, como mantiene –atinadamente– la actora), y cuya trascendencia ya tuvo ocasión de significar este Tribunal en el Acuerdo 60/2018, de 20 de julio.

En dicho Acuerdo, con cita –a su vez– de otro anterior, el 76/2015, de 20 de julio, se afirma lo siguiente:

«Es ilegal que un licitador asuma el impacto de una modificación contractual, porque se rompe con el principio esencial de equivalencia del contrato, sin que se pueda encajar en los parámetros del riesgo empresarial (o riesgo y ventura). La incertidumbre del mayor costo de un contrato público de obra resulta contraria al propio sistema de retribución que el TRLCSP establece de forma obligatoria.

Es bien conocido que en el contrato administrativo se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos [artículo 19.1.b) TRLCSP], lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante la modificación del contrato, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos. Por ello, la Administración Pública dispone de prerrogativas, como es el caso de la potestas variandi –el tradicionalmente denominado ius variandi– o prerrogativa de modificación unilateral del contrato, por motivos de interés público, mediante compensación (por ejemplo, TRLCSP artículos 209 a 211). Como contrapartida del otorgamiento de tales



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

prerrogativas (con independencia de su efectivo ejercicio) y como consecuencia de la configuración del contratista como un colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos perseguidos con el contrato, el Derecho administrativo también garantiza al contratista una remuneración suficiente. La denominada “honesta equivalencia de prestaciones” entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio, (formulación doctrinal perfectamente interiorizada por la jurisprudencia), se quiebra con la cláusula objeto de impugnación, ya que en todo contrato público debe garantizarse, durante su ejecución, el respeto de las reglas de retribución, como un deber del poder adjudicador concedente y un derecho del contratista. Y, por ello, debe ser declarada ilegal.

Asimismo, esta previsión del pliego impugnada –a diferencia de lo que sostiene el órgano gestor– es manifiestamente contraria al principio de eficiencia. Este principio, de fundamento constitucional –artículo 31.2 CE– obliga a que en cualquier gasto público se realice una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía. Principio igualmente recogido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuando un gasto es no sólo eficaz, sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad. Y la previsión impugnada en modo alguno es compatible con este principio, pues a lo que conduce –o puede conducir–, es a que los licitadores, en su oferta, incluyan ya como gasto tal posibilidad, lo que incrementará el precio ofertado. Y de no haber modificaciones se estaría retribuyendo de forma manifiestamente ineficiente.

La posibilidad de que algún licitador asuma ese riesgo rompe con la regla de igualdad de trato, y es una condición que no encuentra cobertura legal y que puede, además, ocultar o amparar ofertas que pueden resultar anormales o



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

desproporcionadas, lo que pone en riesgo la correcta ejecución del contrato (que es la auténtica causa del procedimiento de licitación).

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea, aparentemente, conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia. Y la previsión impugnada rompe esta máxima, por lo que incurre en manifiesta ilegalidad».

El segundo aspecto a destacar del Anexo XVI del PCAP es la motivación ofrecida para justificar –una vez se produjera la modificación del contrato– tal minoración de los precios unitarios originarios: la previsible disminución en la repercusión de los costes fijos, en función de la amortización en el momento de la modificación del equipamiento cedido en aplicación de lo expresado en el apartado primero del PPT, una vez agotado el importe anual adjudicado en el contrato.

Y ello, aun no constando en el expediente de contratación –según ya se ha expuesto en el Fundamento de Derecho anterior– ni un solo coste desglosado correspondiente a la cesión o utilización de los equipamientos aludidos en el PPT, de lo que se deriva que –difícilmente– pueda determinarse y, más todavía, cuantificarse la amortización de los mismos, lo que ya de por sí, al carecer de toda base, invalidaría cuanto se regula en el meritado Anexo, máxime, y a mayor abundamiento, habida cuenta de que se remite al indicado apartado de dicho pliego, cuya sanción de nulidad ya se ha establecido por este Tribunal.

Procede así, en consecuencia, acoger igualmente este motivo del recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por la mercantil “MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A.” frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Bioquímica del Hospital Clínico Universitario `Lozano Blesa´ de Zaragoza», convocado por la Gerencia del Sector Zaragoza III del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Notificar el presente 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 - El órgano de contratación deberá dar conocimiento al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones habidas en cumplimiento de este Acuerdo.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.