



Expediente: 13/2021

ACUERDO 23/2021, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por FARMABAN, S.A. frente al pliego regulador del contrato “*APRO 9/2021: Suministro de grapadoras de piel desechables, extractores de grapas de piel y adhesivos tisulares para sutura cutánea con destino a todos los centros del SNS-O*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de febrero de 2021, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante, SNS-O) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*APRO 9/2021: Suministro de grapadoras de piel desechables, extractores de grapas de piel y adhesivos tisulares para sutura cutánea con destino a todos los centros del SNS-O*”.

La publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 15 de febrero de 2021.

Dicho contrato se divide en dos lotes:

- LOTE 1: Grapadora de piel y extractor de grapas de piel.
- LOTE 2: Adhesivo Tisular para sutura cutánea.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de febrero de 2021, FARMABAN, S.A. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a los pliegos reguladores de dicho contrato, circunscribiendo la misma a los pliegos de prescripciones técnicas del lote 2.

Solicitada la subsanación de la reclamación, esta se produjo el mismo 24 de febrero.

El reclamante alega que las características técnicas específicas del lote 2 son excluyentes, al señalar una característica del producto muy específica, que no es necesaria: *“h. Aplicador de plástico con vial de vidrio rompible en su interior y con punta o cánula aplicadora de precisión”*.

Señala, a este respecto, que *“El adhesivo tisular que comercializa Farmaban, s.a. se presentan en tubo plegable de aluminio grado EC mínimo 99,7%. Esta presentación no interfiere en la calidad técnica del producto ni su manipulación supone un riesgo para el personal sanitario.*

El hecho de que vial no incorpora tubo de vidrio, reduce mucho el riesgo de lesión a los usuarios ya que, aunque el vidrio esté recubierto, siempre hay riesgo de lesión en caso de romperse mal y traspasar o agujerear la protección de plástico. Además, hay que tener en cuenta que este tipo de presentación debe romperse antes de su aplicación y esto conlleva, un riesgo de lesiones y cortes para el personal sanitario.

El adhesivo tisular que comercializa Farmaban, s.a. es un producto novedoso, cuyo adhesivo puede estar en contacto con un tubo de aluminio sin perder sus características técnicas. Por el contrario, otro tipo de adhesivos tisulares precisan de un vial de vidrio para mantener unas óptimas condiciones técnicas”.

Manifiesta, igualmente, que FARMABAN es el actual suministrador de este tipo de producto en el Hospital de Estella, sin ningún tipo de incidencia o problema por la presentación del producto.

Alega que la especificación de tipo de presentación de producto, al ser tan concreta, no permite que FARMABAN pueda presentar su producto a la licitación, así como que una amplia concurrencia de licitadores también se traduce en disponer de más

ofertas y, por ello, de un amplio abanico de precios traducidos en un posible ahorro económico.

Señala que la descripción tan detallada del envase conlleva que exclusivamente pueda presentar oferta a este lote un grupo reducido de empresas que disponen en su catálogo de un producto que reúne idénticas características que las descritas en el pliego técnico.

Se solicita, por ello, la anulación del expediente y la modificación del pliego de prescripciones técnicas del lote 2, con la supresión del punto h). Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de contratación en relación al citado lote.

TERCERO.- El 25 de febrero de 2021, este Tribunal remitió al reclamante y al órgano de contratación un oficio en el que se señala que la suspensión solicitada opera “*ope legis*”, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, por lo que no procede resolver expresamente sobre la misma.

CUARTO.- Con fecha 26 de febrero de 2021, el SNS-O aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

Señala que el informe emitido por el Servicio de Aprovisionamiento y Servicios Generales que se acompaña reconoce, en relación con la prescripción técnica recurrida, que existen múltiples formatos de adhesivos tisulares, dándose la circunstancia de que el SNS-O actualmente está adquiriendo materiales tanto de dos proveedores que cumplen con la prescripción técnica del aplicador con vial de vidrio, como de la mercantil reclamante en formato de tubo de aluminio, así como que ambos formatos mantienen el producto en óptimas condiciones, sin pérdida ni deterioro de sus características técnicas.

Por ello, el SNS-O reconoce la incorrección de dicha prescripción técnica, lo que se comunica a los efectos de la adecuada resolución de la reclamación.

QUINTO.- No consta en el expediente ninguna otra persona interesada, a los efectos previstos en el artículo 126.5 de la LFCP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 del mismo cuerpo legal.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una mercantil que acredita que su actividad tiene relación con el objeto del contrato, por lo que cabe apreciar su interés directo o legítimo en su licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial el pliego regulador del contrato “APRO 9/2021: Suministro de grapadoras de piel desechables, extractores de grapas de piel y adhesivos tisulares para sutura cutánea con destino a todos los centros del SNS-O”; impugnándose, de manera concreta, una de las prescripciones técnicas que para el Lote nº 2 “Adhesivo tisular sutura cutánea ” prevé el citado documento contractual, a saber, la exigencia relativa a disponer de aplicador con vial de vidrio rompible en su interior y con punta o cánula aplicadora de precisión.

La reclamante fundamenta su pretensión en el hecho de que la citada prescripción, que califica de muy específica, no siendo necesaria para este tipo de producto, limita la concurrencia pues imposibilita la oferta de productos que no cuenten con el aplicador con vial de vidrio exigido, como es su caso – cuyo producto se presenta en un tubo plegable de aluminio -, impidiendo la participación de empresas cuyos productos son también idóneos para la finalidad a la que están destinados reduciendo además el riesgo de lesión a los usuarios; interesando, por tal motivo, la anulación de la prescripción técnica identificada.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe elaborado con ocasión de la reclamación interpuesta reconoce que procede su estimación, en base al informe emitido por el Servicio de Aprovisionamiento y Servicios Generales que apunta la procedencia de la supresión de dicha condición técnica por cuanto ambos formatos - el vial de vidrio y el tubo de aluminio - mantienen el producto en óptimas condiciones, sin pérdida ni deterioro de sus características técnicas.

En definitiva, el órgano de contratación viene a allanarse a la pretensión de la reclamante, si bien para que este Tribunal pueda dictar resolución de conformidad con aquella pretensión se requiere que el reconocimiento de la entidad contratante no suponga infracción manifiesta del ordenamiento jurídico y ello, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al no existir una regulación de la figura del allanamiento en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, ni contractual. Así lo indicamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 33/2020, de 28 de mayo, donde respecto a la figura del allanamiento en el seno del procedimiento de la reclamación especial en materia de contratación pública, expusimos las siguientes consideraciones:

“Parece claro que las alegaciones contenidas en el informe que la entidad contratante ha remitido a este Tribunal implican el reconocimiento de la pretensión de la parte reclamante; lo que equivale al allanamiento de dicha parte, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998, que sobre esta figura indica que “El allanamiento es un acto jurídico-procesal del demandado, por el que

éste manifiesta su voluntad de no oponerse, o de abandonar su posición de oposición, a la pretensión del actor o demandante. A diferencia de la satisfacción extraprocésal debe producirse necesariamente ante el órgano jurisdiccional que conoce del asunto. Existe, en cambio, satisfacción extraprocésal cuando la Administración demandada, iniciado un proceso contencioso-administrativo, reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones de la parte demandante”.

De igual modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre este particular – por todas, Resolución de 14 de agosto de 2019 – razona que “Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, (...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente.

En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la "reformatio in peius". Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez "juez y parte" y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.

Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial "ad hoc",

es el caso de la llamada "jurisdicción retenida" donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una "infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico" (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente "infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico". No se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico".

Así pues, tal y como expusimos, entre otros, en nuestro Acuerdo 23/2019, de 7 de marzo, en estos supuestos, sólo cabe proceder a la estimación de la reclamación especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Circunstancia que, a la vista del escrito de interposición y del expediente, debe ser rechazada."

Dicho lo anterior, sobre el objeto del presente allanamiento, debe advertirse que entre los principios de la contratación pública proclamados en el artículo 2 LFCP se recoge expresamente, en su apartado segundo, que *"En la aplicación de esta ley foral se excluirá cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia"*. De modo más concreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 LFCP las prescripciones técnicas definidas en los pliegos no pueden suponer barreras a la libre competencia; precepto que, de manera taxativa, determina que *"1. Las prescripciones técnicas de los contratos deberán permitir el acceso de quien vaya a licitar en condiciones de igualdad*

y no podrán tener como efecto la creación de obstáculos injustificados a la libre competencia entre las empresas.

2. No podrán establecerse prescripciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinadas o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar a determinadas empresas o productos, a menos que dichas prescripciones técnicas resulten indispensables para la definición del objeto del contrato. En particular, queda prohibida la referencia a marcas, patentes o tipos o a un origen o procedencia determinados.

No obstante, se admitirán tales referencias acompañadas de la mención «o equivalente», cuando no exista posibilidad de definir el objeto del contrato a través de prescripciones técnicas lo suficientemente precisas e inteligibles.”

Como señala la Resolución 7/2017, de 24 de enero, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, para que se pueda considerar que una prescripción técnica es ilegal por suponer una barrera de entrada ilegítima deben cumplirse dos condiciones: la primera, que se trate de una característica que no puedan cumplir todos los operadores potencialmente interesados en la licitación, y la segunda, que se trate de una exigencia arbitraria o desproporcionada que no se justifica por el correcto cumplimiento del objeto del contrato.

En el supuesto analizado, no hay duda de que se cumplen ambas condiciones pues, como el mismo órgano de contratación señala en su informe, existen múltiples formatos de adhesivos tisulares – indicándose de manera específica la existencia de productos que pueden satisfacer el requisito del aplicador con vial de vidrio, y de otros, como el producto que comercializa la reclamante, en formato de tubo de aluminio, que no podrían acceder a la licitación -. Reconociendo, respecto al segundo requisito, que su exigencia no resulta proporcionada o justificada puesto que ambos formatos mantienen el producto en óptimas condiciones, sin pérdida ni deterioro de sus características técnicas; de hecho, apunta que actualmente el SNS-O está adquiriendo materiales tanto de dos proveedores que cumplen con la prescripción técnica del aplicador con vial de vidrio, como de la mercantil reclamante en formato de tubo de aluminio.

Por lo tanto, procede admitir el allanamiento del órgano de contratación - pues resultando conforme con lo dispuesto en el artículo 62 LFCP, en modo alguno cabe apreciar infracción manifiesta del ordenamiento jurídico - y estimar la reclamación, disponiéndose la anulación de la prescripción técnica del Lote nº 2 “Adhesivo tisular sutura cutánea” exigida en el pliego regulador relativa a “*h. Aplicador de plástico con vial de vidrio rompible en su interior y con punta o cánula aplicadora de precisión*”, por cuanto la misma, en la medida en que supone un obstáculo a la libre competencia, no resulta ajustada a Derecho. Estimación que determina la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación; de forma que para poder proceder a la adjudicación del citado suministro, de considerarlo así la entidad contratante, deberá convocar una nueva licitación conforme a un pliego regulador que no incluya la prescripción técnica objeto de anulación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por FARMABAN, S.A. frente al pliego regulador del contrato “*APRO 9/2021: Suministro de grapadoras de piel desechables, extractores de grapas de piel y adhesivos tisulares para sutura cutánea con destino a todos los centros del SNS-O*”, disponiendo la anulación de la prescripción técnica del Lote nº 2 “Adhesivo tisular sutura cutánea” exigida en el pliego regulador relativa a “*h. Aplicador de plástico con vial de vidrio rompible en su interior y con punta o cánula aplicadora de precisión*”; declarándose la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

2º. Notificar este acuerdo a FARMABAN, S.A. y al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 5 de marzo de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.