



Expediente: 72/2023

ACUERDO 67/2023, de 12 septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ABBOTT LABORATORIES, S.A. frente al anuncio de licitación y el pliego regulador del contrato “*APRO 237/2023: Suministro reactivos, fungibles y cesión equipamiento, con mantenimiento y conexión informática incluidos, para realización pruebas serológicas en el laboratorio microbiología del Hospital Universitario de Navarra*”, licitado por dicho organismo autónomo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de agosto de 2023, 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 237/2023: Suministro reactivos, fungibles y cesión equipamiento, con mantenimiento y conexión informática incluidos, para realización pruebas serológicas en el laboratorio microbiología del Hospital Universitario de Navarra*”, dividiendo su objeto en tres lotes.

La publicación de dicho anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 25 de agosto.

SEGUNDO.- El 4 de septiembre ABBOTT LABORATORIES, S.A. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al anuncio de licitación y el pliego regulador de dicho contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. El pliego técnico impone al adjudicatario la obligación de entregar una serie de equipos adicionales que no guardan la debida vinculación con el objeto del contrato y

para los que, además, no se fija precio alguno, con infracción de los artículos 100 y 101 de la LCSP y 42 y 43 de la LFCP.

2ª. El apartado 17.1.6 del cuadro de características establece un sistema o mecanismo bajo la denominación “revisión de desviaciones” que conduce a un resultado o consecuencias análogas a la “facturación por determinación”, sistema de pago declarado ilegal por diversos tribunales, con infracción de los artículos 300 y 301 de la LCSP y 222 de la LFCP.

Señala que el citado apartado establece un sistema en el que se evalúa el rendimiento de los reactivos suministrados calculando la diferencia entre los “kits de reactivo facturado” y “las determinaciones realizadas”, e impone al adjudicatario la obligación de suministrar sin coste adicional el número de reactivos que sea necesario para cubrir esa desviación, lo que en la práctica convierte el régimen de pago en un sistema de facturación por determinación.

Manifiesta que, conforme a dicho sistema de pago, el precio que perciba el contratista queda supeditado a la actividad que el hospital realiza con los bienes suministrados, lo que infringe la normativa señalada, dado que conforme a la misma el contratista tiene derecho a que se le abone un precio unitario y cierto por cada uno de los bienes que entregue efectivamente y que la Administración reciba, y todo ello con independencia de la actividad o resultado que pueda obtener la Administración de la posterior utilización de tales bienes, así como a que desde el momento de la entrega efectiva del bien el riesgo por su posible pérdida o deterioro pase a la Administración.

3ª. La obligación impuesta por la cláusula 2 del pliego técnico y el apartado 17.1.7 del cuadro de características de entregar controles internos de tercero (como alternativa a los del fabricante y a libre elección del laboratorio durante la ejecución del contrato) y de proveer controles de calidad externos convierten el precio del contrato en indeterminado, haciendo depender su cumplimiento de la voluntad de una de las partes del contrato, la Administración, que podrá elegir libremente que se le proporcionen

controles internos o externos, vulnerando el artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe que los efectos de un contrato puedan quedar al arbitrio de una de las partes.

Alega que, además, respecto a los controles de calidad externos el contratista debe asumir los gastos del servicio de control de calidad externo del laboratorio del hospital por parte de una tercera entidad, por lo que se le está imponiendo la obligación de costear o sufragar un servicio de control de calidad externo de la actividad analítica desplegada por el laboratorio del hospital utilizando los reactivos y equipos suministrados, con lo que se está utilizando la contratación pública con un fin distinto de aquel para el que la ley la configura, ya que se está empleando como un medio de allegar fondos o como un mecanismo de recaudar ingresos con los que pagar los servicios de un tercero, práctica que ha sido declarada ilegal por diversos tribunales.

4ª. Alega, por último, la infracción del principio de transparencia, dado que los apartados 2 y 3 del pliego técnico incluyen una serie de previsiones que carecen de la información necesaria para que los licitadores puedan conocer y entender el alcance de las obligaciones que asumirán en caso de resultar adjudicatarios y, en consecuencia, para poder confeccionar adecuadamente sus ofertas técnicas y económicas. Dichas previsiones son las siguientes: *“el proveedor se hará cargo de los reactivos consumidos en la realización de los controles y calibradores que exigen las técnicas”* y la obligación del licitador de proveer como infraestructura auxiliar un *“sistema de gestión de los residuos generados, en su caso, cumpliendo la normativa vigente”*.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se anule el anuncio de licitación y los pliegos impugnados y, con ello, la licitación, así como que se adopte la medida cautelar consistente en la suspensión de dicho procedimiento.

TERCERO.- Con fecha 4 de septiembre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente, así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto se reiteró la solicitud con fecha 7 de septiembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 11 de septiembre el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones donde señala que por la Resolución 940/2023, de 11 de septiembre, del Director Gerente del SNS-O, se ha acordado el desistimiento del procedimiento de licitación, al considerar que se han podido vulnerar las normas de preparación del contrato, dado que la cesión de los equipos auxiliares que se exigen en el lote 1 no guardan la debida vinculación con el objeto del contrato, tal y como se establece en el artículo 33.4 de la LFCP.

Por ello, de conformidad con el artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, solicita que se declare la desaparición sobrevenida del objeto de la reclamación especial interpuesta.

El 12 de septiembre el SNS-O procedió a cancelar el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra.

CUARTO.- No consta la existencia de otras personas interesadas en el presente procedimiento a efectos de lo dispuesto 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 los actos impugnados susceptibles de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 de la misma ley foral.

SEGUNDO. – 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.

TERCERO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una empresa interesada en la licitación y adjudicación de un contrato público, en atención a su objeto social, acreditando por ello un interés directo o legítimo, en los términos previstos en los artículos 122.1 y 123.1 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.- Este Tribunal debe pronunciarse, en primer lugar, sobre la petición formulada por la reclamante relativa a la suspensión del procedimiento de contratación como medida cautelar.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación, disponiendo en su artículo 124.4 que *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”*.

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *“Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la*

adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral”.

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *“El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos”.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por la reclamante.

SEXTO.- El SNS-O ha desistido del procedimiento de licitación, habiendo procedido igualmente a cancelar el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra, habiéndose producido, por ello, la desaparición sobrevenida del acto recurrido, lo cual conlleva la imposibilidad material de continuar con el procedimiento, en los términos previstos en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

El artículo 124.7 de la LFCP establece que, en todo lo no previsto en dicha norma, se aplicarán las disposiciones en materia de recursos previstas en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

El artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación, así como que, en los casos de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de dicha circunstancia, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Asimismo, el artículo 84.2 de la citada Ley señala que *“también producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso”*.

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. Declarar la pérdida sobrevenida del objeto de la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ABBOTT LABORATORIES, S.A. frente al anuncio de licitación y el pliego regulador del contrato *“APRO 237/2023: Suministro reactivos, fungibles y cesión equipamiento, con mantenimiento y conexión informática incluidos, para realización pruebas serológicas en el laboratorio microbiología del Hospital Universitario de Navarra”*, licitado por dicho organismo autónomo.

2º. Notificar este acuerdo a ABBOTT LABORATORIES, S.A., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, a los efectos oportunos, 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, 12 de septiembre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.