

Recurso 101/2019**Resolución 320/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NOVALAB IBÉRICA S.A.U.**, contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado *“Acuerdo Marco para el suministro de elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, con destino a dos centros Sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al SAS”* (Expediente 0000921/2018), promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 22 de febrero de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2019/S38-84824 así como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 7.781.263,60 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 15 de marzo de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación presentado por la entidad NOVALAB IBÉRICA S.A.U. (en adelante NOVALAB), contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato anteriormente mencionado.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 18 de marzo de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso especial interpuesto y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación se recibió en este Órgano el 21 de marzo de 2019, siendo completada la misma el 28 de marzo de 2019.

QUINTO. Por resolución de este Tribunal, de 28 de marzo de 2019, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la entidad recurrente.



SEXTO. Con fecha 3 de abril de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Procede examinar ahora si la entidad NOVALAB ostenta legitimación para la interposición del recurso especial objeto de la presente resolución, teniendo en cuenta que la citada empresa no ha participado en la licitación.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*



En el supuesto examinado la recurrente argumenta que tiene legitimación para interponer el presente recurso en la medida en que está interesada en concurrir a la licitación, al ser una sociedad dedicada, entre otras actividades, al suministro de los elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, cuestionando en el recurso, entre otros extremos, que la configuración de las agrupaciones de lotes previstas en los pliegos es contraria al principio de libre concurrencia.

Por tanto, queda acreditada la legitimación para recurrir pues precisamente las bases de esta provocan un perjuicio a la recurrente que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra los pliegos de un acuerdo marco cuyo valor estimado asciende a 7.781.263,60 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Procede analizar ahora si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

En este sentido, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP dispone que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo



comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

En el supuesto examinado, los pliegos rectores de la licitación se publicaron el 22 de febrero de 2019, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. De este modo, el recurso presentado el 15 de marzo de 2019 en el Registro electrónico de este Tribunal se interpuso dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta. La recurrente basa su recurso en tres motivos. En primer lugar, cuestiona la configuración de las agrupaciones de lotes previstas en los pliegos, considerando que es manifiestamente contraria al principio de libre concurrencia. En segundo lugar, alega la imposibilidad de modificación unilateral del precio del acuerdo marco por parte de la Administración. Y en tercer lugar, denuncia la no admisión de la presentación de ofertas por medios electrónicos. El órgano de contratación se opone al recurso, por los motivos que señala en su informe al mismo y que constan en el expediente. Igualmente, la entidad MEDTRONIC IBÉRICA S.A., como interesada en el recurso, ha presentado alegaciones, en los términos que constan en el expediente.

SEXTO. La entidad recurrente, tras reproducir la justificación técnica para realizar las agrupaciones de lotes, centra su atención en que se indique en el pliego que solo se licite material fungible *“compatible con los sistemas de infusión disponibles en la provincia”*, advirtiendo de que parece ser que se está dando a entender que los hospitales ya tienen cedidas determinadas bombas y que solo se admitiría el material fungible compatible con las mismas.

De esta manera, el órgano de contratación estaría cerrando las puertas de la licitación a proveedores que no habrían sido adjudicatarios del contrato



anterior. Añade que ello se traduce en una adjudicación directa de todo el objeto del contrato a dos operadores que además no entrarán en competencia. Sostiene, en definitiva, que la agrupación de lotes se ha hecho teniendo en cuenta únicamente los materiales o fungibles compatibles con las bombas que actualmente tienen cedidas a los hospitales los proveedores adjudicatarios del expediente anterior.

El órgano de contratación señala en su informe, en relación con la frase *“disponibles en la provincia”* de la memoria justificativa, que quizás no sea lo más acertada posible, pero no quiere decir que los sistemas de infusión sean los existentes en la provincia, ya que ello no habría llevado a una estructura de agrupaciones, sino a seguir un procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica del bien a suministrar. Por otro lado, esa expresión no se recoge ni en el pliego de cláusulas administrativas ni en el de prescripciones técnicas. El órgano de contratación advierte que lo señalado por la recurrente supone alterar el significado de que estén disponibles en la provincia, pues la compatibilidad con los sistemas de infusión va referida a los que resulten adjudicados de conformidad con las ofertas que se presenten, y no a los actualmente existentes, ya que el suministro de la bomba deberá ser hecha por el adjudicatario del presente contrato.

Pues bien, el órgano de contratación ha expuesto que la frase relativa a que los sistemas de infusión sean los que estén disponibles en la provincia no tiene como fin limitar la concurrencia. Partiendo de la interpretación de la frase ofrecida por el propio órgano de contratación, dicha referencia no supone una restricción a la libre concurrencia, como parece desprenderse de la misma.

En cualquier caso, en el supuesto de que los actos posteriores dictados en el procedimiento de licitación se fundamentaran en la aplicación de dicha frase, en el sentido expuesto en el recurso, siempre podría la recurrente interponer el correspondiente recurso contra dicho acto.



En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso, sin perjuicio de lo que se dirá al final de esta Resolución.

Como segundo de los motivos alegados por la entidad recurrente, ésta considera que la configuración de las agrupaciones de lotes previstas en los pliegos resulta contraria al principio de libre concurrencia. Partiendo de que nos encontramos ante un procedimiento abierto para la adjudicación de un acuerdo marco, centra su alegato en el objeto del contrato, indicando que en el apartado 1 del pliego de prescripciones técnicas se establece como tal el suministro de los materiales fungibles necesarios a todos los pacientes de diabetes tipo 1. Añade que los materiales fungibles a suministrar se encuentran listados individualmente por lotes, y que el precio del suministro a satisfacer será el importe de adjudicación, de forma que el precio por la cesión de las bombas o infusores se entiende incluido en el precio del material fungible. Añade que cada una de las bombas presentes en el mercado son compatibles únicamente con sus correspondientes fungibles. Alega que el acuerdo marco se compone de dos agrupaciones de lotes y 7 lotes separados y que los lotes que forman parte de una agrupación deberán ofertarse de manera unificada, es decir ofertando a todos los lotes de la agrupación. Añade que solo un operador en el mercado puede presentar su proposición a cada una de las agrupaciones, operador que, señala, coincide con el adjudicatario de la licitación anterior con el mismo objeto.

El órgano de contratación en su informe al recurso señala que la recurrente confunde el momento de la licitación con el de adjudicación. Es decir, que la estructura de agrupaciones definidas no supone que sólo pueda ofertar un operador económico, sino que sólo un operador económico pueda resultar adjudicatario de esa agrupación, cuyo diseño y estructura se basa en razones asistenciales y clínicas justificadas en el expediente. Añade que las personas con diabetes suelen necesitar distintos tipos de material fungible en distintas circunstancias vitales (infancia adolescencia, embarazo, actividades deportivas, cambio de peso) con necesidad de cambio o alternancia del tipo de cánulas



(distintos tamaños e inclinaciones; longitud del catéter, etc). Añade que cada una de las bombas o infusores presentes en el mercado son compatibles únicamente con sus correspondientes fungibles, al tener unas conexiones específicas que las hace incompatibles con los fungibles de otros fabricantes. Por eso se diseñó la licitación con agrupaciones, siendo el objetivo primero de la contratación pública perseguir y alcanzar la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, y por ende, de los destinatarios últimos de la prestación, que, de esta forma, durante su paso por la distintas etapas vitales, en las que necesitarán material fungible diferente para su utilización en el control de la terapia insulínica utilicen la misma bomba, con el consiguiente ahorro de la curva de aprendizaje que cualquier alteración en el cambio de las mismas supone para el usuario, así como el detrimento de la estabilización de los parámetros de glucemia.

En definitiva se trata de la licitación, para el caso de las agrupaciones, de material fungible junto con el sistema de infusión, que deben ser compatibles y mantenerse durante la vigencia del contrato. Tras invocar las Resoluciones 295/1016, 203/16, 109/2018 y 162/2018 de este Tribunal, considera justificada desde el punto de vista clínico y técnico la estructura de agrupaciones, no existiendo ningún ánimo de favorecer o descartar a determinadas empresas con el establecimiento de tales prescripciones. La existencia de ofertas empresariales que no contemplen toda la variabilidad del material fungible necesario para la citada terapia no puede ser utilizado como un elemento que obligue a una estructura de licitación diferente, con los efectos negativos de la curva de aprendizaje y que vaya en detrimento de la estabilización de los parámetros de glucemia que supone.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar en su análisis. La controversia versa sobre el diseño de la licitación mediante agrupaciones de lotes.



En relación con la determinación del objeto de los contratos, tal como hemos sostenido en anteriores Resoluciones, como en la 162/2018, de 1 de junio:

“En este punto, hemos de acudir a la doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre y 203/2017, de 13 de octubre y 109/2018, de 25 de abril) conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Y es que, como asimismo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g Resolución 244/2016, de 8 de abril), el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la Administración, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, señala el citado Tribunal que la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue.

Por último, en términos parecidos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.”



En el presente caso, respecto de las necesidades a satisfacer, la memoria justificativa indica lo siguiente:

“Las necesidades administrativas que se pretenden satisfacer con la presente contratación, es dar respuesta asistencial a pacientes con Diabetes Tipo 1, que les regule el equilibrio entre la calidad de vida y un óptimo control metabólico para evitar tanto las complicaciones agudas como las crónicas, introduciendo en el tratamiento los sistemas de infusión subcutáneas continua de insulina, permitiendo un aporte de insulina que remedia mejor la secreción fisiológica, la motorización continua de glucosa, permitiendo conocer mejor el perfil glucémico de cada paciente y los materiales fungibles necesarios, garantizando una prestación sanitaria adecuada, segura y con calidad.

Los sistemas de infusión continua de insulina subcutánea incluye la conexión (vía catéter por fuera del cuerpo) a un infusor de insulina, dispositivo de pequeño tamaño, que se programa para administrar la insulina según las necesidades de cada paciente y que el adjudicatario cede para su uso”.

Continúa la memoria en lo relativo a la estructura de las necesidades:

“Los bienes objeto de esta contratación deberán ser ofertados por las Agrupaciones de lotes establecidas y por lotes individuales.

Según establece el Artículo 99.3 de la LCSP acerca de la justificación técnica de las agrupaciones de lotes se aclara:

Agrupación de lotes 1 y 2: Se licita el fungible compatible con los sistemas de infusión disponibles en la provincia, siendo imposible intercambiar entre sí ya que dispone de conexiones y terminales distintos. Ambas agrupaciones son dos composiciones integradas por su equipo de infusión, reservorio y bomba, que conforman un sistema integral de control de la diabetes. Todo ello debe ser suministrado por la misma empresa para que dichos componentes sean compatibles entre sí, justificando así la formación de estas dos agrupaciones.



Por ello no se considera adecuada la licitación por lotes y sí por agrupaciones, en aras a una asistencia sanitaria adecuada, eficaz y técnicamente eficiente.

En cualquier caso, permite la aplicación, y puesta en práctica, de los principios de accesibilidad, concurrencia e igualdad contemplados en el artículo 1 de la LCSP.

Como característica a resaltar, se señala que la totalidad de lotes contemplados en el expediente, se licita a nivel de Genérico de Centro (en adelante, GC), con identificación de atributos y de obligado cumplimiento”.

Por otro lado, y como señala la Resolución 143/2018, de 9 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, referida a las prescripciones técnicas pero que resulta aplicable al supuesto en la medida que lo que se discute es la justificación técnica para configurar la agrupación:

“Cuestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y la las características de los productos o prestaciones que las satisfacen”.

Es decir, en los casos en que la especificación de las características técnicas contenidas en el PPT solo puedan ser cumplidas por uno de los licitadores, tales características únicamente podrán ser anuladas si se acredita la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, lo que



tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables.

Y si bien es cierto que el artículo 126.1 de la LCSP dispone que *“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*, tal postulado legal no puede erigirse en impedimento insalvable para que el órgano de contratación pueda configurar el objeto contractual y sus características del modo más adecuado para la satisfacción de las necesidades públicas, siempre que tal descripción del producto o prestación esté motivada y pueda considerarse razonable y proporcional al fin perseguido, pues lo que prohíbe el precepto legal es que se generen injustificadamente obstáculos a la libre concurrencia.

En el caso que nos ocupa, no se aprecia vulneración ni del artículo 126.1 ni del artículo 98 del LCSP. La agrupación de lotes en razón de las bombas está justificada desde un punto de vista técnico y clínico, sin que tampoco, por otro lado, se aprecie ánimo finalista o voluntad de la Administración de favorecer o descartar ciertas empresas o productos con el establecimiento de tales prescripciones.

En este sentido es razonable que mediante las agrupaciones la Administración demande fungibles que cubran todas las posibles situaciones que, en la infusión subcutánea continua de insulina, puedan darse en una persona, sin tener que acudir al empleo de diferentes bombas en función de dicha situación, y sin que el hecho de que las empresas, como ocurre con la recurrente, no puedan ofertar ese conjunto de fungibles agrupados pueda erigirse en obstáculo para el diseño de las prescripciones.



En definitiva este Tribunal considera que la justificación obrante en el expediente, completada con las alegaciones del informe al recurso, resulta suficiente para justificar la agrupaciones de lotes objeto de controversia.

Como señala el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Acuerdo 157/2019, de 26 de abril de 2019,

“La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. Cabe indicar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre concurrencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab,-relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO. Como siguiente motivo de su recurso la recurrente alega la imposibilidad de modificación unilateral del precio del acuerdo marco por parte de la Administración.

Alega que el apartado 21 del Cuadro resumen *“Previsiones de modificación del acuerdo marco”*, establece:

“21. PREVISIONES DE MODIFICACIÓN DEL ACUERDO MARCO



[x] Si [] No

En caso afirmativo, indicar supuestos, condiciones en que podrá hacerse uso de la modificación, alcance, límites, procedimiento a seguir y porcentaje (máximo del 20%) del acuerdo marco.

Supuestos:

(...)

B) Procederán las modificaciones que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, tengan como motivo la aplicación de medidas de estabilidad presupuestarias.

Condiciones:

Las mismas que las establecidas en el PCAP, tanto en lo referente a las condiciones exigidas al contratista como las relativas a la ejecución del contrato.

Alcance y límites:

(...)

En el supuesto B), el alcance y límite de la modificación por la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, vendrá determinado por lo recogido en la medida de estabilidad presupuestaria que corresponda aplicar.

Procedimiento:

El establecido en la cláusula 15 del PCAP, para las modificaciones previstas

Porcentaje máximo: 20% del precio inicial del contrato.”

Y añade que la cláusula 15 del PCAP, prerrogativas de la Administración, dispone que:

“15.- PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN:

15.1.-El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar el acuerdo marco, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.



Los acuerdos marco y los contratos basados podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos. En todo caso, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco.

Los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos.

El Acuerdo marco y en su caso el contrato basado podrá ser modificado 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la LCSP sin que en ningún caso pueda alterarse la naturaleza global del contrato. En este caso, los supuestos, condiciones y alcance de la modificación serán los previstos en el apartado 21 del Cuadro Resumen.”

De esta forma, la recurrente centra su impugnación en que, a su entender, la cláusula 15 del PCAP contempla la posibilidad de reducir, con motivo de la normativa de estabilidad presupuestaria, los precios unitarios ofertados por los licitadores, fijándose un límite de la reducción del 20%, y sin que se plantee la necesidad de modificar ninguna de las prestaciones contratadas, alegando, con cita de varias Resoluciones de este Tribunal, que son ilegales aquellas modificaciones unilaterales que consistan únicamente en la modificación del precio del contrato. Invoca igualmente la Sentencia 59/2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Oviedo sobre una cláusula que permitía la reducción de los precios unitarios ofertados en razón de futuros cumplimientos de la normativa de estabilidad presupuestaria. Solicita en consecuencia la anulación de la cláusula 15 del PCAP y del apartado 21 del Cuadro resumen.

El órgano de contratación alega que la cuestionada causa de modificación tiene sustento en la disposición adicional cuarta de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, por lo que la forma de llevarla a cabo vendrá determinada por la normativa en materia de estabilidad presupuestaria que resulte de aplicación en



cada momento. Añade que cualquier impugnación debe referirse a un acto administrativo, y en este caso el recurrente no impugna un acto administrativo existente sino la hipotética existencia de un acto futuro. Considera que la causa de modificación señalada en el pliego es ajustada a derecho, no pudiéndose impugnar un acto inexistente.

Planteado el debate en estos términos, hemos de comenzar afirmando que la impugnación no se basa en el apartado 21 del cuadro resumen aisladamente considerado, sino puesto en relación con lo dispuesto en la cláusula 15, y sin que este Tribunal pueda enjuiciar, por razones evidentes, un precepto incluido en una norma con rango de ley, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, que tiene su reflejo en el citado apartado 21 del cuadro resumen.

El debate se centra pues en la remisión que, en el apartado relativo al procedimiento, el apartado 21 del cuadro resumen hace a la cláusula 15, en los siguientes términos: *“Procedimiento: El establecido en la cláusula 15 del PCAP, para las modificaciones previstas”*.

Este apartado del cuadro resumen se dicta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 204.1.b) de la LCSP cuando dispone, respecto del contenido de la cláusula de modificación, que ha de determinar, entre otros extremos, el procedimiento que haya de seguirse para realizarla. Y todo ello en virtud, a su vez, de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley 3/2012, cuando establece que *“2. Los pliegos de cláusulas administrativas o el anuncio de las nuevas contrataciones deberán incorporar las previsiones requeridas por la legislación de contratos del sector público, respecto de la eventual modificación o resolución contractual con motivo de la aplicación de las medidas de estabilidad presupuestaria que correspondan”*.

En definitiva, nos encontramos ante una remisión del cuadro resumen al procedimiento, el cual se encuentra, no en los tres primeros párrafos de la



cláusula 15.1 que la recurrente reproduce en su recurso, sino en el párrafo sexto, en cuya virtud *“En el caso previsto en el artículo 204 de la LCSP las modificaciones contractuales se acordarán por el órgano de contratación siendo obligatorias para el contratista, debiéndose realizar un preaviso al menos con un mes de antelación a la fecha de efectividad de la misma”*.

Esto viene adverado por el hecho de que en cuanto al alcance y límites de la modificación, el apartado 21 del cuadro resumen no se remite a la cláusula 15, sino que establece que serán los recogidos en la medida de estabilidad presupuestaria que corresponda aplicar.

A mayor abundamiento, aun en el supuesto de que el apartado tercero de la cláusula 15.1 resultara de aplicación al supuesto de modificación señalado por la recurrente, es decir, por aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria, debe advertirse que el mismo no está redactado en los términos que se señalan en el recurso, ya que simplemente se refiere a que los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación, sin que, en consecuencia, tenga una redacción como la recurrente pretende en el sentido de otorgar a la Administración la potestad de modificar a la baja los precios unitarios sin contraprestación por parte del licitador.

En cualquier caso, en el supuesto de que se dictara un acto con este alcance, será ese el momento en el que la adjudicataria podrá reaccionar contra dicho acuerdo mediante la interposición del recurso que resulte pertinente.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

OCTAVO. Como último motivo de su recurso, la recurrente denuncia la no admisión de presentación de ofertas por medios electrónicos. En este sentido invoca la disposición adicional décimoquinta de la LCSP, cuyo apartado 3 establece la regla general de la presentación de ofertas y solicitudes de



participación mediante medios electrónicos, que sólo cabe excepcionar en los supuestos previstos en la norma y que el órgano de contratación debe justificar. Tras la cita de la Resolución 808/2018, de 14 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, denuncia la ausencia de un informe donde el órgano de contratación justifique debidamente que concurre la excepción.

El órgano de contratación alega que la adopción de la contratación electrónica no es una competencia directa de dicho órgano, y que la justificación del informe en el expediente no es un requisito exigido por la normativa vigente, sino que se trata de un informe específico contemplado en el artículo 336 LCSP, que no tiene nada que ver con el procedimiento de preparación, licitación y adjudicación. Añade que se trata de un informe a emitir una vez finalizado el procedimiento de contratación.

Al respecto, hemos de indicar que el artículo 336 de la LCSP, relativo a los informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos, dispone que los órganos de contratación redactarán un informe escrito sobre cada contrato que incluya al menos entre otros extremos: *“h) En su caso, los motivos por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación electrónica de ofertas.”*

Ahora bien, este informe no trata más que reflejar una cuestión que es previa, que es la concurrencia de alguna de las excepciones que la disposición adicional décimo quinta establece en su apartado 3 a la regla general que se enuncia en su primer párrafo: *“3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”*.

El informe 2/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado trata esta cuestión en los siguientes términos:



“3. Como señala su exposición de motivos, el texto de la Ley 9/2017 realiza una decidida apuesta *“a favor de la licitación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario”*.

De acuerdo con ese propósito, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, bajo el rótulo *Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley*, regula la utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación y, en particular, en la presentación de ofertas y solicitudes de participación. En concreto, el apartado 3 establece la regla general de la presentación de ofertas y solicitudes de participación en los procedimientos de contratación con medios electrónicos, al señalar que *“La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”*, añadiendo a continuación que *“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:...”*, enumerando una serie de supuestos en los que no resulta obligatorio para el órgano de contratación la exigencia del empleo de medios electrónicos para la presentación de ofertas. De la misma manera el apartado 4 de la misma disposición establece un supuesto específico adicional por razones de garantía en la seguridad de la información. Por último, esta disposición se remite en su apartado 8 a otra disposición adicional, la decimosexta, que regula las normas que regulan el uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley.

Estas previsiones trasponen lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus artículos 22 y concordantes, para los cuales el artículo 90 prevé un plazo de hasta el 1 de octubre de 2018, que se ha adelantado al 9 de marzo, según lo expuesto. La opción por los medios electrónicos de la Directiva responde, como señala su considerando 52, a la intención de *“simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior”*.



En definitiva, la conclusión es que a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 la regla general para la presentación de las ofertas es la utilización de los medios electrónicos, que sólo cede ante los casos tasados previstos en la citada disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, debiendo en cualquier caso justificarse la excepción de forma expresa, al exigirse que “los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos.” (DA 15ª, apartado 3 y 4 in fine).”

Por otro lado, hemos dicho en nuestra Resolución 193/2019, de 13 de junio, con cita de otra anterior:

“Pues bien, este Tribunal ha tratado recientemente dicha controversia en su Resolución 191/2019, de 13 de junio, en el que se recurrieron por idéntico motivo los pliegos de un expediente de contratación del Servicio Andaluz de Salud, aunque en aquel caso convocado por un Hospital andaluz y en el supuesto que se examina por la Dirección Gerencia de dicho organismo, señalando en lo que aquí interesa lo siguiente:

«En efecto, el postulado legal de utilización de medios electrónicos en la presentación de ofertas y solicitudes de participación es un mandato claro, sin que la circunstancia genérica de que todavía no se han implementado tales medios encaje en ninguna de las excepciones previstas en la citada disposición.

No obstante, el órgano de contratación en el informe al recurso alude a la complejidad de las características de las ofertas técnicas que deben presentar los licitadores como una posible excepción al uso de medios electrónicos y también señala que se encuentra en tramitación por la actual Consejería de Hacienda, Industria y Energía un procedimiento de adjudicación para la implantación en todo el ámbito de la Junta de Andalucía de los sistemas necesarios en orden a la gestión de las relaciones electrónicas en materia de contratación.

Por tanto, si bien el motivo del recurso debe prosperar en la medida que la causa esgrimida en la cláusula 6 del PCAP no es válida conforme a la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, tampoco puede obviarse lo manifestado por el órgano de



contratación en cuanto a la actual tramitación de un procedimiento de implantación de medios electrónicos a nivel autonómico, pues, a la presumible complejidad que pueda entrañar la aplicación de esta medida desde el punto de vista técnico, se une el hecho de que su implantación efectiva no va a depender del órgano de contratación y esta vicisitud sí puede tener encaje adecuado en alguna de las excepciones legales.

Como señala la Resolución 931/2018, de 11 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “(...) la imposibilidad material de utilización de este tipo de medios ha quedado comprobada por el hecho de que el Gobierno de Murcia, que es el competente para la implantación de sistemas electrónicos en los municipios de menos de 20.000 habitantes, como es el del órgano de contratación que no llega a los 7.000 habitantes, todavía no ha conseguido implantar el sistema en el municipio de Lorquí, así como en otros de la Comunidad, lo que supone una imposibilidad material de aplicación del procedimiento electrónico encuadrable dentro del Apartado c) de la Disposición Adicional 15ª de la LCSP, pues se trata, a fin de cuentas, de un supuesto en el que los equipos ofimáticos especializados para su implantación no están “generalmente disponibles” entre los órganos de contratación de la C.A. de la Región de Murcia, por lo que no resulta exigible la tramitación por medios electrónicos. A lo que se debe añadir además que dicha carencia no perjudica en absoluto a la recurrente ni a los restantes licitadores, que podrán siempre presentar sus ofertas de forma presencial, no lesionándose por tanto derecho alguno de los licitadores”.

Así las cosas, si en una eventual licitación futura, persistieran las circunstancias que ahora se esgrimen en el informe al recurso, los pliegos habrán de recoger una justificación precisa, concreta y adecuada de las mismas que permita su encuadre en algunos de las excepciones previstas en la citada disposición adicional decimoquinta.».

En consecuencia, en el supuesto examinado, siguiendo el criterio adoptado por este Tribunal en la anterior resolución parcialmente transcrita, el órgano de contratación deberá recoger en el expediente de contratación una justificación precisa, concreta y adecuada de las circunstancias concurrentes que permita su encuadre en algunas de las excepciones previstas en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.”



Pues bien, en el apartado 23 del cuadro resumen se establece:

“23.- PRESENTACIÓN DE LA OFERTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

Normas y requisitos a establecer para la presentación de la oferta por medios electrónicos, así como las indicaciones necesarias para la tramitación del procedimiento de contratación por medios electrónicos que sustituyen a los previstos en el presente pliego:

NO SE ADMITE LA PRESENTACIÓN DE LA OFERTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS”.

No consta en el expediente el citado informe justificativo de la concurrencia de la excepción a la regla general, por lo que procede estimar este motivo del recurso, de forma que, dado que el pliego cuestionado ha sido objeto de anulación parcial en nuestra Resolución 319/2019, si en una eventual licitación futura persistiera una circunstancia impeditiva de la licitación electrónica conforme a los términos de alguna de las excepciones tasadas en la disposición adicional decimoquinta LCSP, deberá justificarse en el pliego o en el expediente dicha circunstancia.

Con base en las consideraciones realizadas en los fundamentos jurídicos previos, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y anular la cláusula del cuadro resumen del pliego impugnada, así como los actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de los citados pliegos.

Por otro lado, en el caso de que se promueva una nueva licitación, en la redacción de los pliegos debería eliminarse la frase relativa a que se licita el fungible compatible con los sistemas de infusión “*disponibles en la provincia*”, al haber justificado el órgano de contratación su inadecuación al supuesto examinado conforme se ha razonado en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.



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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NOVALAB IBÉRICA S.A.U.**, contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado “*Acuerdo Marco para el suministro de elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, con destino a dos centros Sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al SAS* ” (Expediente 0000921/2018), promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y en consecuencia, anular dichos actos, en el sentido expuesto en los fundamentos de derecho de la presente resolución, así como aquellos actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 28 de marzo.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra k) y 46.1



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

