

**RECURSO 16/2019  
RESOLUCIÓN 26/2019**

**Resolución 26/2019, de 7 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación nº 16/2019, interpuesto por la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U., frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de suministro de alimentación suplementaria para determinados centros de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos.**

**Primero.-** Por Resolución del Gerente de Servicios Sociales, adoptada por delegación por la Gerente Territorial de Burgos de este Organismo Autónomo el 26 de diciembre de 2018, se aprueba el expediente de contratación y el gasto del contrato de suministro de alimentación suplementaria para determinados centros de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos.

**Segundo.-** El 12 de febrero de 2019 la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U., representada por Dña. yyyy, interpone recurso especial en materia de contratación frente al pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del contrato de referencia, fundado, en esencia, en que la división en lotes del contrato, que no toma como referencia los productos sino los centros destinatarios del suministro, obstaculiza la competencia y, por otra parte, en la inconcreción del pliego sobre la forma de puntuación de las ofertas.

**Tercero.-** Se han recibido en este Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación de 20 de febrero de 2019 en el que, por las consideraciones que expone, se opone a la estimación del recurso y a la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**Cuarto.-** Mediante Acuerdo del Tribunal 15/2019, de 21 de febrero, se desestimó la solicitud de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

**Quinto.-** El 22 de febrero de 2019 se da traslado del recurso a los licitadores, sin que conste la presentación de alegaciones.

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**1º.-** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 del de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**2º.-** El recurso se ha interpuesto contra el PCAP de un contrato de suministro cuyo valor estimado (136.048,69 euros) es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme los artículos 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.

El recurso ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 50.1 de la LCSP, considerada la fecha de publicación del anuncio de licitación el 24 de enero de 2019.

**3º.-** En cuanto a la legitimación de la recurrente, hay que tener en cuenta que el artículo 50.1.b) de la LCSP señala *in fine* que "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

La redacción de este precepto obedece a la propuesta efectuada al efecto en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado nº1116/2016, de 10 de marzo, sobre el mismo artículo 50.1.b) del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el cual, a diferencia de la redacción finalmente adoptada, disponía que "En ningún caso se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente".

Argumentaba el Consejo de Estado que el sentido de esta cláusula "es claro y responde a la llamada condición de *contractus lex* -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato. Según una antigua y reiterada jurisprudencia, la regla general es que el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento. De este modo, al haber sido aceptada -ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, esta impediría a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez a lo actuado (cfr., entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de junio de 1972 y de 31 de marzo de 1975).

»Una solución de este tipo encontraría apoyo, además, en lo dispuesto por el artículo 139.1 del anteproyecto, en términos similares a los establecidos hoy por el artículo 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)".

Sin embargo, el Dictamen pone de manifiesto que "Frente a esta doctrina y la consecuente excepción del acto consentido juegan tres tipos de razones: i) que en todo caso lo anterior ha de dejar en pie la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; ii) alguna otra jurisprudencia que ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación, incluso en casos de simple anulabilidad; y iii) la circunstancia de que el Derecho de la Unión Europea impone el efecto útil de la Directiva de recursos y es contrario a una regla de este tipo.

»i) En primer término, la doctrina de la imposibilidad de impugnar los pliegos consentidos ha de dejar siempre a salvo lo dispuesto para los supuestos de cláusulas nulas de pleno derecho, toda vez que el acto nulo de pleno derecho no se puede consentir y puede impugnarse en cualquier momento.

»ii) En segundo lugar, algunas sentencias han admitido la anulación de la adjudicación por vicios del pliego aun cuando este no había sido impugnado en tiempo oportuno (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1981 y 31 de octubre de 1982) y otra jurisprudencia ha dado lugar a la anulación de ciertas cláusulas contenidas en pliegos particulares conforme a los que se adjudicó un contrato, por concurrencia de vicios que suponen una grave infracción del ordenamiento jurídico o en casos en que el particular ha renunciado a derechos que la propia ley le reconoce (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1988).

»También esta posibilidad de recurso parece venir abonada por lo dispuesto hoy con más claridad por el artículo 38.c) del anteproyecto, a saber: que `los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (...) serán inválidos: (...) en aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado´.

»iii) Finalmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, eVigilo Ltd., ha afirmado que `el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato´ (apartado 58 y punto 1, segundo párrafo, del fallo).

»En el expediente se ha alegado que una doctrina de este tipo obligaría -cuando se den las condiciones expuestas- a reabrir el plazo de recurso contra los pliegos y -esto es lo relevante- a permitir las pretensiones de impugnación de los mismos con ocasión del recurso que se interponga contra el acto de adjudicación.

»A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado sugiere que la regla sea suprimida dejando en cada caso la respuesta sobre la impugnabilidad al órgano competente para conocer del recurso, que deberá ponderar las circunstancias en juego.

»En cualquier caso, de mantenerse la norma, debe formularse en términos de regla general que admite excepciones (no taxativos) y ha de incluir la salvedad -i. e. la posibilidad de recurso- frente a los pliegos o documentos contractuales en que concurren vicios de nulidad de pleno derecho. Podría establecerse en los siguientes o similares términos: `Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho´. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado”.

Pues bien, siendo esta última sugerencia la acogida por el legislador en el artículo 50.1.b) de la LCSP, en el presente caso, de acuerdo con el documento generado por la Plataforma de Contratación del Sector Público que obra en el expediente, consta la participación de la recurrente en la licitación mediante oferta presentada el 7 de febrero de 2019, por tanto, con carácter previo a la interposición del recurso especial el 12 de febrero de 2019. De este modo, el recurso incurre a priori en la causa de inadmisibilidad prevista en el precepto comentado, y ello a salvo de que en el PCAP concorra una causa de nulidad de pleno derecho, lo que reconduce en este caso al examen del artículo 39 de la LCSP relativo a las “Causas de nulidad de derecho administrativo”.

La lectura de este artículo 39 LCSP permite descartar *ab initio* la concurrencia en el presente supuesto de los motivos de nulidad de pleno derecho de su apartado 2 que recoge, junto a los tradicionales ligados a la falta de capacidad o solvencia del licitador y a la carencia o insuficiencia de crédito, las causas provenientes de la cuestión de nulidad que regulaba el artículo 37 del TRLCSP y que suprime la LCSP y que no concurren en este caso.

De este modo, la cuestión debe solventarse de acuerdo con el artículo 39.1 de la LCSP, según el cual "Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

Esta remisión conduce a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 47 de la LPAC, según el cual "Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

»a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

»b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

»c) Los que tengan un contenido imposible.

»d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

»e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

»f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

»g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley".

La recurrente no invoca expresamente en apoyo de su pretensión ninguno de los motivos de nulidad que relaciona este precepto.

En primer término, discrepa del criterio elegido por la Administración para articular la distribución en lotes del contrato, en atención a los centros destinatarios del suministro, pues a su juicio debe imperar el que atiende a

los productos suministrados, apelando a la dificultad de un suministro conjunto por tratarse de un espectro demasiado amplio de productos.

Esta alegación además de revelarse incongruente con la circunstancia de la participación de la licitación no solo de otras empresas, sino también de la propia recurrente, no acredita la concurrencia de ninguno de los supuestos de invalidez de los actos administrativos del transcrito artículo 47.1 LPAC.

En este sentido, para justificar la división en lotes por centros, la Administración sostiene que la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos se integra por una serie de centros gestores y apela a su autonomía funcional y presupuestaria, aunque limitada cuantitativamente por la Resolución de delegación de competencias de 25 de mayo de 2009. Por ello, la cláusula 1 del PCAP dispone que "El contrato al que este pliego se refiere tiene por objeto el suministro de Alimentación Suplementaria con destino a la Residencia de PP.MM Burgos 1 Cortes, Residencia Asistida de Fuentes Blancas, C.A.M.P de Fuentes Blancas y Residencia 3ª Edad de Miranda de Ebro centros dependientes de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos".

También argumenta el órgano de contratación que es inviable efectuar la división con arreglo a otro criterio, lo que recuerda que, a tenor del considerando 78 de la Directiva de Contratos, entre las razones de no acordar la división en lotes (o, en este caso, del lote por productos) "podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría (...) hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato".

El informe del órgano de contratación precisa también "que la división del contrato en lotes con realización independiente de cada uno de ellos es una exigencia prevista por el artículo 99.3 de la LCSP y no requiere justificación alguna de la misma. Es la no división en lotes lo que conlleva la necesidad de su justificación en el expediente. (...)". Así se reconoce expresamente en el recurso cuando indica que "conforme a la previsión del artículo 99.3 LCSP, el órgano de contratación tiene plena capacidad de decisión sobre la facultad de división en lotes en atención a las necesidades o

funcionalidades concretas que se pretendan satisfacer". Todo ello aparece confirmado de nuevo por el considerando 78 de la Directiva, a cuyo tenor "La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, (...) debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial".

En todo caso, la Administración argumenta que todos los productos que integran cada lote se encuadran en el concepto de "alimentación suplementaria" (definida según la fuente: Instituto Nacional del Cáncer, Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos, como "toda sustancia o producto que se agrega al régimen de alimentación de una persona para asegurarse que obtiene todos los nutrientes que necesita. Puede incluir vitaminas, minerales, proteína o grasa, y puede administrarse por la boca, por sonda de alimentación o inyectarse en una vena") y su diferencia solo es debida a las necesidades individuales de cada usuario, lo que viene a justificar la vinculación directa entre todos ellos, su complementariedad y, en consecuencia, frente a lo que sostiene el recurso, la posibilidad de integración conjunta en los lotes formados por centros.

En segundo lugar, tampoco se acredita la concurrencia de las causas de nulidad del artículo 47.1 de la LPAC en relación con la alegación de la indefinición del PCAP en cuanto a la forma de aplicación del único criterio, el precio, que determina la adjudicación del contrato. Como señala la cláusula 12 del PCAP "La valoración de las ofertas se realizará atendiendo a un único criterio de valoración, el precio más bajo". Por su parte, el modelo de oferta económica del anexo III del PCAP tampoco deja lugar a dudas, puesto que tras el detalle de los precios unitarios, en él se debe expresar el importe total de la oferta de cada lote, resultante de la suma de los productos de cada precio unitario por el número de unidades a suministrar. Esta claridad no da margen a interpretaciones como la planteada en el recurso, pues como resulta del PCAP es la oferta más baja en el importe total del lote la que determina la adjudicación, con independencia de que no lo sea en alguno/s de los precios unitarios.



En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

### **III RESUELVE**

**PRIMERO.-** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Fresenius Kabi España, S.A.U., frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de suministro de alimentación suplementaria para determinados centros de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos.

**SEGUNDO.-** Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

**TERCERO.-** El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).