

Barcelona, 16 de juliol de 2013

Resolució: 115/2013

Vist el recurs interposat per la senyora T.G.O. en nom i representació de l'empresa MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A. i vist el recurs interposat pel senyor J.R.G. en representació de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Fenin) contra el plec de clàusules administratives particulars i el plec de prescripcions tècniques de l'expedient de l' Acord Marc per al subministrament de tires de glucosa en sang d'ús extern per als Centres del Consorci Sanitari Integral, a data d'avui, aquest Òrgan, ha adoptat la següent Resolució.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. L'empresa Menarini va interposar recurs especial en matèria de contractació contra la resolució de l'adjudicació del lot 3 del contracte de subministrament de tires reactives per als centres del Consorci Sanitari Integral. En data 11 de febrer de 2013 l'OARCC va dictar la resolució 28/2013 estimatòria parcialment del recurs.

SEGON. En dates 28 de 2013 es va publicar respectivament en el perfil del contractant i el DOUE i, en data maig 11 de juny de 2013 en el BOE, l'anunci i els plecs de clàusules administratives particulars i el plec de prescripcions tècniques de l'expedient de l'Acord Marc per al subministrament de tires de glucosa en sang d'ús extern per als Centres del Consorci Sanitari Integral.

TERCER. En data 13 de juny de 2013, l'empresa MENARINI DIAGNOSTICO, S.A (en endavant, MENARINI) va presentar davant el registre del Consorci Sanitari Integral l'anunci comunicant la intenció de presentar recurs especial en matèria de contractació contra l'anunci i plecs referenciats.



QUART. En data 14 de juny de 2013, l'empresa MENARINI va interposar davant l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (en endavant, OARCC) recurs especial en matèria de contractació contra el plec de clàusules administratives particulars i el plec de prescripcions tècniques de l'expedient de l'Acord Marc per al subministrament de tires de glucosa en sang d'ús extern per als Centres del Consorci Sanitari Integral. Fonamenta el recurs en base a les següents al·legacions:

- a) La clàusula relativa a la cessió dels equips de lectura, glucòmetres, per a l'ús domiciliari dels pacients ha de ser anul·lada atès que no s'adequa a dret. Ha d'existir íntima i directa relació entre els criteris d'adjudicació o les prescripcions tècniques exigides i el concret objecte de la individual contractació causa de la particular licitació.
- b) En relació a les obligacions de l'adjudicatari de gestió del canvi i benestar del pacient, la recurrent considera que van més enllà de l'objecte del contracte i per si soles poden constituir un objecte contractual independent. No estan directament vinculades a l'objecte del contracte. Sol·licita que sigui anul·lada.
- c) En relació a la clàusula relativa a les modalitats de les comandes, a l'obligació de l'empresa adjudicatària a mantenir les existències que garanteixin la continuïtat del subministrament a tots i cadascun dels centres destinataris. En aquest sentit, constituirà un estoc de seguretat exclusiu i dedicat al Consorci Sanitari Integral. La recurrent considera que aquesta previsió és contrària a la regulació del Text refós de la Llei de contractes del sector públic. Contravenen el dret del contractista a transmetre els riscos sobre els béns subministrats en un determinat moment conforme l'article 292 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, i a cobrar el preu de l'Administració en un determinat termini, article 216.4 en relació amb l'article 293 del TRLCSP. L'administració no pot alterar aquests drets invocant llibertat de pactes. El lliurament material dels béns a l'administració determina el dret del contractista al cobrament del preu pels béns efectivament lliurats i formalment rebuts per l'Administració, precepte que ha de ser completat per l'article 216 de la llei.
- d) Concurrencia de les causes de nul·litat dels procediments de selecció dels proveïdors de l'administració.

I sol·licita que es tingui per presentat el recurs, l'anul·lació de les clàusules i la suspensió del procediment de contractació.

CINQUÈ. En data 14 de juny de 2013, l'OARCC va reclamar a l'òrgan de contractació l'expedient, el llistat d'interessats i l'informe.

SISÈ. En data 19 de juny de 2013, va tenir entrada la documentació reclamada al Consorci Sanitari Integral (CSI).

SÈTÈ. En data 26 de juny de 2013, l'OARCC va demanar al CSI que es pronunciés sobre la suspensió del procediment de licitació sol·licitada per l'empresa recurrent. En data 28 de juny de 2013, va tenir entrada davant l'OARCC informe emès pel CSI.

VUITÈ. En data 28 de juny de 2013, la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Fenin) va interposar davant l'OARCC recurs especial en matèria de contractació contra els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques que han de regir el procediment obert per a l'adjudicació de l'Acord Marc de subministrament de tires de glucosa en sang en ús extern per als Centres del Consorci Sanitari Integral. Fonamenta el recurs en base a les següents al·legacions:

- a) Legitimitat de la federació.
- b) Temporalitat del recurs.
- c) Infracció dels articles 9.3.a), 87 i 293 del TRLCSP i de l'article 1256 CC: els plecs obliguen a lliurar, a més de les tires reactives per al control de glucosa en sang (respecte de les que si s'estableix un preu unitari), tots els glucòmetres que es sol·licitin, negant el dret a facturar i cobrar un preu unitari pels béns lliurats.
- d) El criteri d'adjudicació "aporta aparell i tires de control de cossos cetònics per al pacients que ho necessitin": infracció de l'article 150.1 del TRLCAP (s'entén, TRLCSP), del principi, del principi de transparència i de l'exigència de preu cert (articles 9.3.a, 87, y 293 TRLCSP, així com l'article 1.256 CC).
- e) Infracció de l'article 68.3 del Reial decret 1098/2001 i de l'article 115.2 TRLCSP.

l sol·licita l'anul·lació: del criteri d'adjudicació 11 establert en el punt 18.1 del quadre de característiques específiques dels plecs de clàusules administratives particulars; de la previsió del plec de prescripcions tècniques per la qual s'imposa a l'adjudicatari l'obligació de subministrar tots els glucòmetres que siguin necessaris; i de la previsió del plec de prescripcions tècniques per les que s'imposa a l'adjudicatari l'obligació de posar a disposició dels centres de primària 5 hores per dia, 2 dies a la setmana durant un període de temps de dos mesos un professional amb titulació universitària en l'àmbit de la salut.



NOVÈ. En data 28 de juny de 2013, l'OARCC va sol·licitar l'expedient, llista d'interessats i informe i pronunciament a l'òrgan de contractació sobre la suspensió. En la mateixa data va arribar la documentació requerida.

DECÈ. En data 2 de juliol de 2013, l'OARCC va dictar resolució de suspensió del procediment de licitació.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (en endavant, OARCC) resulta competent per a resoldre de conformitat amb l'article 40.1.a) del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (des d'ara, TRLCSP), i la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya.

SEGON. Amb caràcter previ, aquest OARCC ha constatat la existència entre els dos recursos interposats, l'existència d'una clara relació de forma atesa la identitat substancial o íntima connexió a la que fa referència l'article 73 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant Llei 30/1992): Per tant, i d'acord amb el principi d'economia procedimental, cal acumular els dos recursos per resoldre'ls en un únic procediment i mitjançant una única resolució.

TERCER. Els recursos s'interposen contra els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques de l'expedient de l'Acord Marc per al subministrament de tires de glucosa en sang d'ús extern per als Centres del Consorci Sanitari Integral del contracte de conformitat amb l'article 40.2.a) del TRLCSP.

QUART. Els recursos han estat interposats per persones legitimades, d'acord amb l'article 42 del TRLCSP ateses les condicions d'empreses licitadores en el procediment, i queda acreditada la representació per actuar en aquest procediment.

Respecte a la legitimitat de Fenin també s'ha d'admetre en tractar-se d'una "organización professional de caràcter federativo e intersectorial de ámbito nacional que asume la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses comunes de las empresas u organizaciones profesionales de empresas o empresarios que voluntariamente se integren en ella". Entre les finalitats d'aquesta federació s'inclouen la "coordinació, representació, gestió, fomento, defensa y tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular (...) representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y Comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos públicos o privados, nacionales o extrajeros" (article 1 dels Estatuts)..

És evident que el motiu del recurs relatiu al fet que determinades clàusules vulnerin el principi de transparència i de l'exigència de preu cert són restrictives de la concurrència que va més enllà de l'interès per la simple legalitat dels actes administratius per a l'entitat que assumeix la defensa dels interessos col·lectius del sector (en idèntic sentit, Resolucions del TACRC núm. 29/2011, 248/2012 i 132/2013).

CINQUÈ. Els recurs especial presentat per l'empresa Menarini s'ha presentat dins del termini de quinze dies previst a l'article 44.2 del TRLCSP i en forma ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

En relació amb el recurs presentat per FENIN va a dir el següent. L'article 44.2.a) del TRLCSP disposa que el termini per interposar el recurs especial en matèria de contractació és de quinze dies hàbils a comptar a partir de l'endemà del dia en què els plecs o altres documents hagin estat rebuts o posats a disposició dels licitadors.

La doctrina que al·lega la fundació recurrent, s'ha de matisar en el sentit que l'inici del còmput tenint per a recórrer començarà a comptar a partir de l'últim dia que finalitza el termini per a la presentació d'ofertes quan el contingut plecs és publica mitjançant medis electrònics i es demostrí que el recurrent no ha pogut tenir coneixement dels plecs. En el cas que ens ocupa, des del dia 28 de maig ja estaven a disposició de les empreses licitadores interessades el contingut dels plecs. La doctrina invocada per la federació recurrent sense tenir en compte totes les circumstàncies desnaturalitzarien el veritable esperit del recurs especial en matèria de contractació. Si en aquest supòsit s'havia publicat en el DOUE i en el perfil del contractant els plecs el mateix 28 de maig de 2013,

el termini per recórrer començava el 29 de maig, i finalitzava el 15 de juny, mentre que el recurs s'ha presentat el 28 de juny de 2013.

La Resolució núm. 4/2012 de l'OARCC fou dictada en un altre assumpte diferent on s'analitzava que, donada la impossibilitat d'acreditar de forma fefaent el moment a partir del qual els licitadors havien obtingut els plecs, es prenia que el termini per recórrer era a partir del dia següent a la data límit de presentació de les proposicions. En el present supòsit en cap moment expressa la recurrent dificultats d'accés o impossibilitat del coneixement de l'accés al contingut, i això és perquè els plecs van ser completament publicats en data 28 de maig de 2013.

Per tant, cal declarar que el recurs interposat per FENIN és extemporani. La present resolució analitzarà les al·legacions realitzades per MENARINI.

SISÈ. Quant al fons de l'assumpte la primera al·legació és relativa a la clàusula relativa a la cessió dels equips de lectura, glucòmetres, per a ús domiciliari dels pacients ha de ser anul·lada atès que no s'adequa a dret. L'empresa recurrent considera que ha d'existir íntima i directa relació entre els criteris d'adjudicació o les prescripcions tècniques exigides i el concret objecte de la individual contractació causa de la particular licitació.

Els plecs de prescripcions tècniques estableixen:

"2) Glucòmetres

Juntament amb el subministrament de les tires, es contempla la cessió dels equips de lectura de les mateixes, els glucòmetres, per a us domiciliari dels pacients. Aquest requeriment és d'obligat compliment.

Els licitadors subministraran els glucòmetres en funció de les necessitats dels usuaris dels diferents centres del CSI.

Els glucòmetres hauran d'emmagatzemar les dades dels resultats i disposaran de possibilitat de descàrrega de les dades.

La medició del nivell de glucosa es farà en mg/dL sense que l'usuari tingui la opció de modificar la ud de lectura del valor.

Es demana també que no requereixi cap codificació per part de l'usuari en canviar la caixa de tires.

Es valorarà que es puguin oferir aparells amb prestacions diferents en funció del perfil dels usuaris per tal d'optimitzar la gestió de la seva malaltia. Diferenciem 2 grans grups:

Grup i: Persones adultes amb habilitats motores i sensorials disminuïdes i capacitats tècniques suficients per fer el seu control glucèmic. Precisen, per tant, una màquina senzilla, ergonòmica i amb bona visualització de les dades.

Per aquest grup es valorarà especialment les prestacions que ofereix el glucòmetre als pacients amb disminució de la visió o invidents”.

Grup ii: Persones adultes amb grans habilitats tècniques pel maneig del glucòmetre i que és capaç de millorar el seu control glucèmic amb l'ajuda de la gestió de dades proporcionada pel seu glucòmetre”.

Es valorarà que es pugui complementar l'oferta amb l'aportació d'aparell i tires per a la mesura de cossos cetònics per a aquell nombre de pacients que els professionals de CSI estimin necessari.”

La mercantil recurrent entén que aquesta redacció a més que no està relacionada amb l'objecte del contracte i vulnera l'article 150 1 del TRLCSP crea *“inseguridad jurídica de los licitadores, quienes, sin conocer las unidades que seran consumidas se ven obligados en caso de formalitzar la oferta a entregar sin cargo un número indeterminado de equipos de lectura (glucómetros)”* i, per tant, *“la variación del número de equipos de lectura que se requeriran debería estar perfectamente establecida, ya que en función del número de instrumentos solicitados y el periodo de utilización de los mismos, habrá una gran repercusión económica para la empresa, pudiendo llevar a situaciones de absoluta irrentabilidad que pondrían en riesgo la propia ejecución del contrato”*.

Al respecte, un cop analitzada la redacció de la clàusula impugnada, és patent la manca de precisió de l'abast i determinació de l'objecte del contracte tal i com exigeixen els articles 86 i 87 del TRLCSP, en el sentit que tant l'objecte com el preu del contracte han de ser determinats, exigència que ja l'article 1.261 del Codi Civil estableix dins de la

teoria general dels contractes la necessitat de l'objecte cert que sigui matèria del contracte. Si bé en el cas present es tracta d'un Acord Marc –fet que justificaria que les quantitats que hagin de ser objecte del subministrament no hagin de ser necessàriament determinades- en tot cas, el bé unitari objecte del subministrament ha de quedar suficientment determinat per tal que els licitadors puguin preparar la seva oferta econòmica tenint en compte tots els conceptes del subministrament. Cal recordar, a més, que en el present supòsit, l'oferta econòmica és criteri d'adjudicació. En el mateix sentit, s'ha pronunciat recentment el TACRC en la Resolució núm. 132/2013, de 5 d'abril de 2013 que afirma: "Sin embargo, y asumido lo anterior, ha de admitirse que las referencias del Pliego de Prescripciones Técnicas a la entrega del *"número de aparatos de lectura que sean necesarios para el uso de las tiras reactivas"* y del *"número de lancetas necesarias para el uso de las tiras reactivas"* adolecen de una evidente falta de precisión que permiten tener por conculcado el principio general de los artículos 86 y 87 TRLCSP, en virtud de los cuales tanto el objeto como el precio del contrato han de ser determinados. En efecto, una cosa es que las cantidades que han de ser objeto de suministro no deban ser necesariamente determinadas en el Acuerdo Marco, como antes se ha dicho, y otra que el bien unitario en cada caso objeto de suministro (y, por ende, el precio que por él ha de satisfacerse) no quede suficiente y precisamente determinado. Desde este punto de vista, parece evidente que el órgano de contratación ha de establecer en el Pliego de Prescripciones Técnicas una cierta relación cuantitativa, cociente o ratio entre las tiras reactivas y los lectores y lancetas que han de ser suministrados (verbigracia, y a título de mero ejemplo, uno por cada cincuenta, cien, mil tiras o las que corresponda), a fin de que los licitadores puedan realizar correctamente su oferta económica, asumiendo que el precio unitario por cada tira incorpora, por añadidura y por así decirlo, una parte alícuota (en la proporción que por dicho cociente o ratio corresponda) de mediador y lanceta. Referir, como pretende el órgano de contratación, dicha precisión a unos indeterminados y sedicentes *"usos de mercado"* que, incluso de existir, pudieran ser objeto de muy distinta interpretación por los diversos licitadores y, sobre todo, por el órgano de contratación, se revela, a juicio de este Tribunal, contrario a las claras exigencias de los meritados artículos 86 y 87 TRLCSP".

L'òrgan de contractació afirma que *"sobre la petició expressada al plec de prescripcions tècniques apartat 2) GLUCÒMETRES en la que se sol·licita la cessió dels equips de*

lectura, hem d'al·legar que no es tracta d'una pretensió aliena a l'objecte del contracte, doncs, les tires reactives de glucosa en sang per a ús extern i els equips mesuradors, són una unitat contractual, per la raó de que una tira per si sola no té la funció ni la utilitat prevista, és a dir, per si mateixa no aporta cap informació al pacient, sinó que aquesta ha d'anar inserida en l'equip mesurador del subministrador de la tira reactiva per a que s'obtinguin els resultats sobre la glucosa en sang del pacient.

A més, cal assenyalar que no hi ha cap tira de glucosa en sang que es comercialitzi independentment del seu mesurador, és a dir, tot i que són objectes de possible explotació individual, doncs el pacient que faci servir un tipus concret de mesurador per motius d'especificitat, haurà de fer servir el material fungible associat a aquest mesurador, és a dir, la seva tira específica.

En definitiva, l'objecte contractual no és només la tira reactiva de glucosa en sang d'ús extern, sinó que, tal i com s'especifica al plec de prescripcions tècniques, l'objecte té un abast de 4 elements: la tira reactiva, el glucòmetre o equip mesurador, la gestió del canvi o col·laboració en la formació dels pacients i la informació permanent al pacient. Des d'aquesta òptica, els glucòmetres formen part de l'objecte contractual, i evidentment el preu de licitació inclou el cost de cessió dels glucòmetres.

Aquesta modalitat de contractació dels glucòmetres conjuntament amb les tires reactives, no és una innovació de l'expedient del Consorci. Es pot comprovar que aquesta és la modalitat de contractació habitual d'aquest producte al Sistema Nacional de Salut, segons es pot constatar als plecs publicats al respecte (veure annexos 1, 2, 3, 4, 5 i 6 amb la mostra d'expedients licitats d'altres òrgans de contractació del Sistema Nacional de Salut). El Consorci no va modificar aquest requeriment respecte a l'expedient inicial CSIFUOL1202, requeriment que no es va qüestionar en el primer recurs de l'empresa MENARINI."

Respecte aquesta darrera al·legació, el fet que la redacció d'aquesta clàusula 2 dels plecs tècniques particulars hagi variat de la redacció objecte del recurs per part de la mercantil en data 14 de desembre de 2012, comporta inexorablement, que pugui presentar de nou recurs especial en matèria de contractació contra la nova redacció (Resolució de l'OARCC núm. 71/2012). Així, s'afegeix de nou que: "Es valorarà que es pugui complementar l'oferta amb l'aportació d'aparell i tires per a la mesura de cossos cetònics per a aquell nombre de pacients que els professionals de CSI estimin necessari".

Quant al fet que MENARINI sigui adjudicatària de contractes amb modalitat de cessió de glucòmetres amb altres òrgans de contractació relacionats per l'òrgan de contractació, tampoc és un argument ferm per aquest OARCC per no acceptar l'al·legació de la recurrent..

Per tant, cal anul·lar aquesta clàusula ja que si bé no resulta contrària a dret l'exigència d'aquestes glucòmetres, aportació d'aparells i tires com a objecte del contracte, sí que és necessari la concreta determinació en la definició de la clàusula 2) del plec de condicions tècniques particulars en compliment dels articles 86 i 87 del TRLCSP.

SETÈ. En relació a les obligacions de l'adjudicatari de gestió del canvi i benestar del pacient, la recurrent considera que van més enllà de l'objecte del contracte i per sí soles poden constituir un objecte contractual independent. No estan directament vinculades a l'objecte del contracte. Sol·licita que sigui anul·lada.

Els punts 3) i 4) dels plecs de clàusules tècniques també s'ha incorporat de nou respecte a la redacció impugnada el 14 de desembre de 2012:

“3) Gestió del canvi

Es demana a l'empresa adjudicatària que col·labori en la gestió del canvi d'aparell i la formació dels pacients. Per això, l'adjudicatari posarà a disposició de cadascun dels centres de primària, 5 hores per dia, 2 dies a la setmana durant un període de temps de 2 mesos, un professional amb titulació universitària en àmbit de la salut o equivalent. Aquest requeriment és d'obligat compliment.

4) Benestar del pacient

L'empresa adjudicatària disposarà, com a mínim, d'una línia telefònica d'atenció a l'usuari on aquest pugui trobar resposta als dubtes referents a la determinació del nivell glucèmic, mal funcionaments de l'aparell,...etc. Aquest requeriment és d'obligat compliment,

L'empresa adjudicatària facilitarà material educatiu i facilitador de la gestió diària de la malaltia, així com també formació, tant a professionals com a pacients, relacionada amb la diabetis. Aquest requeriment és d'obligat compliment.”

L'òrgan de contractació reconeix que: "l'objecte contractual incorpora un requeriment a l'empresa adjudicatària respecte a la gestió del canvi d'aparell i tipus de tires durant el període d'inici del contracte (2 mesos) i la disponibilitat d'un servei d'atenció telefònica respecte al seu producte.

Aquest requeriment està relacionat amb la complexitat del canvi que suposa facilitar un nou producte i equip als usuaris en el cas de canvi de proveïdor. El pacient és el principal beneficiari d'aquest servei, i indirectament l'empresa adjudicatària, donat que si el canvi es realitza en un període breu de temps, millorarà la seva facturació en el període inicial del contracte.

Els drets del pacient, què, d'acord amb el Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre "els drets del pacient" (DOUE SERIE C Núm. 10 de 15 de gener de 2008) [s'ha de tenir] en compte les dimensions de qualitat de vida [del malalt], el que exigeix la intervenció d'una multiplicitat de professionals més enllà del cos mèdic". Des d'aquesta premissa, els elements configuradors de l'objecte del contracte (tires, glucòmetres, gestió del canvi i benestar del pacient), tenen com a finalitat precisament la qualitat de vida del pacient, on necessàriament, han d'intervenir, tant els gestors sanitaris, com els professionals, com les pròpies empreses fabricants i distribuïdores dels productes sanitaris. No s'entén una licitació d'aquest tipus sense considerar l'atenció als pacients, que en aquest cas s'ha concretat en el requeriment d'un servei d'informació personalitzada sobre l'ús de les tires reactives al pacient.

En un intent d'ubicar-nos en l'àmbit de l'objecte del contracte, cal fer esment a les directrius que sobre aquesta patologia ens fan arribar des del institucions nacionals, i concretament en l'"Estratègia en Diabetis del Sistema Nacional de Salut (2012)" que recomana a les entitats gestores, entre altres, aspectes com "facilitar el seguiment del pacients [] a través d'eines informàtiques d'avís per al compliment de les activitats recomanades per les Guies Pràctiques Clíniques (GPC), promoure l'ús de tècniques estàndard de control [] assegurar una educació terapèutica (ET) amb un contingut personalitzat, en funció del tipus de diabetis, la presència de complicacions [] afavorir l'accessibilitat a través de la promoció de l'assistència global, l'extensió de programes de dispensació crònica de medicació [] l'impuls de tallers formatius en diabetis d'àrees comuns a les Atencions Primàries [] etc".

Per tant, l'òrgan de contractació va estimar com a prestacions incloses en el mateix preu de contractació, aquestes prestacions, que formen una unitat indissoluble, no constituint objectes contractuals independents.

Aquests requeriments no són "aportacions I+D+I" tal i com al·lega el recurs de l'empresa MENARINI, donat que responen als requeriments contractuals d'un període de formació inicial (canvi de proveïdor) i un servei d'atenció a l'usuari respecte al producte subministrat (atenció telefònica)."

En principi, atesa la naturalesa del contracte, la formació i la posada en funcionament així com la resta de mitjans per a assegurar la correcta execució del contracte són tasques que poden atribuir-se al licitador que resulti adjudicatari sempre que estiguin vinculades a l'objecte del contracte i que es vegi retribuïda. Les raons per les quals l'òrgan de contractació les ha inclòs en el nou contracte correspon a la discrecionalitat tècnica de l'administració. Tanmateix, també cal destacar que en tot cas aquestes tasques "d'obligat compliment" són obligacions que haurien d'estar previstes en el plec de clàusules administratives particulars de conformitat amb l'article 67.2.n) del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RD 1098/2001). Aquest reglament és taxatiu en quant al contingut dels plecs de prescripcions tècniques particulars: "En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares" article 68.3 del RD 1098/2001.

VUITÈ. En relació a la clàusula relativa a les modalitats de les comandes, a l'obligació de l'empresa adjudicatària a mantenir les existències que garanteixin la continuïtat del subministrament a tots i cadascun dels centres destinataris, la recurrent considera que aquesta previsió és contrària a la regulació del Text refós de la Llei de contractes del sector públic i contravenen el dret del contractista a transmetre els riscos sobre els béns subministrats en un determinat moment conforme l'article 292 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, i a cobrar el preu de l'Administració en un determinat termini, article 216.4 en relació amb l'article 293 del TRLCSP.

Per a donar resposta a la darrera al·legació, cal remetre'ns al contingut dels plecs de prescripcions tècniques:

"1.-Les comandes es realitzaran seguint alguna d'aquestes tres modalitats:

- a) Mitjançant la constitució prèvia d'un dipòsit, que haurà de ser reposat a petició, mitjançant una comanda, des del departament de logística. Aquest estoc s'haurà de constituir seguint les indicacions del departament de logística.
- b) Mitjançant un estoc condicional que es facturarà segons necessitats.
- c) Mitjançant comandes **successives segons necessitats.**"

L'òrgan de contractació afirma que: *"La modalitat de sol·licitud de material està vinculada a l'organització logística del Consorci Sanitari Integral, i, en base a la transparència en la gestió dels expedients, s'ha donat a conèixer les possibles opcions o modalitats de comandes, determinant (doncs s'assenyala en negreta) que l'habitual, eren les comandes successives.*

Tal i com s'assenyala al plec de prescripcions tècniques es determina que "les comandes es realitzaran seguint alguna d'aquestes tres modalitats". Actualment, com la pròpia MENARINI coneix, doncs és adjudicatària de la licitació en vigència i està fent actualment el subministrament amb aquesta prestació, les comandes es realitzen en la modalitat de comandes successives i no pas en dipòsit. Garantia de subministrament.

El Consorci Sanitari Integral, com a garantia de subministrament, amb l'objecte de minimitzar un possible impacte del trencament d'estocs de l'adjudicatari, demana una garantia de continuïtat en el subministrament. La tira reactiva no és un producte que es pugui canviar immediatament en cas d'un problema de subministrament. Aquest informe explica la complexitat que implica la gestió del canvi del producte dins de l'apartat segon. Aquest tema és crític, donat que és necessari que el proveïdor pugui garantir el subministrament durant un període de temps suficient per gestionar qualsevol situació imprevista".

Un cop tingudes en compte totes les al·legacions de la part actora i de l'òrgan de contractació, aquest OARCC considera que, de la redacció de l'esmentat punt del plec de clàusules tècniques no es pot desprendre, en principi, l'incompliment dels articles 216.4, 292 i 293 TRCSP. Tot al contrari, l'òrgan de contractació haurà de complir amb l'establert en el TRLCSP així com de la diferent normativa que regula els dipòsits atès que constitueixen normes d'obligat compliment per a l'òrgan de contractació.

NOVÈ. Per últim, quant a la concurrència de les causes de nul·litat dels procediments de selecció dels proveïdors de l'administració, aquest OARCC un cop declarada la nul·litat plena de determinades clàusules, no ha de fer extensiva la nul·litat a la resta de clàusules que integren el plec recorregut, ja que donada la plena independència d'unes respecte de les altres, poden la resta romandre invariables tot i l'anul·lació acordada. Com ha declarat el Tribunal Suprem, (sentència de 15 d'octubre de 1997 i de 17 de octubre de 2000) va afirmar que per tal que es pugui invocar la causa de nul·litat és necessari que la infracció comesa per l'acte administratiu que s'impugni sigui "clara, manifesta y ostensible" i que ha de fer referència a casos d'absència total del tràmit o de seguir en un procediment diferent. Per això, cal l'aplicació de l'article 66 de la Llei 30/1992: "L'Òrgan que declara la nul·litat o anul·la les actuacions ha de disposar sempre la conservació d'aquells actes o tràmits el contingut dels quals s'hauria mantingut igual si no s'hagués comès la infracció".

D'acord amb l'exposat, vistos els preceptes legals d'aplicació, aquest Òrgan

HA RESOLT

- 1.- Estimar el recurs presentat per l'empresa MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A. contra el plec de clàusules administratives particulars i el plec de prescripcions tècniques de l'expedient de l'Acord Marc per al subministrament de tires de glucosa en sang d'ús extern per als Centres del Consorci Sanitari Integral, de conformitat amb els fonaments jurídics d'aquesta Resolució.
- 2.- Desestimar, per extemporani, el recurs presentat per la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGIA SANITARIA (FENIN) contra el plec de clàusules administratives particulars i el plec de prescripcions tècniques de l'expedient de l'Acord Marc per al subministrament de tires de glucosa en sang d'ús extern per als Centres del Consorci Sanitari Integral.
- 3.- Aixecar qualsevol suspensió que existís.

4.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, pel que no procedeix la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

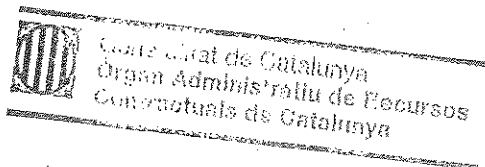
5.- Notificar aquesta Resolució a l'òrgan de contractació que l'haurà de notificar en un termini de 2 dies al recurrent i a la resta d'interessats.

6.- L'òrgan de contractació haurà de comunicar a l'OARCC en el termini de 5 dies des d'aquesta notificació justificant acreditatiu de la pràctica de les notificacions a totes les parts interessades.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa, i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10, lletra k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP, en els termes establerts en l'article 21.3 de la Llei 29/1998: "En els recursos contra les decisions adoptades pels òrgans administratius als quals correspon resoldre els recursos especials i les reclamacions en matèria de contractació a què es refereix la legislació de contractes del sector públic, els esmentats òrgans no tindran la consideració de part demandada, i sí que en tindran les persones o administracions afavorides per l'acte objecte del recurs, o que es personen en tal concepte, d'acord amb el que disposa l'article 49".


Juan Antonio Gallo Sallent

Director


Generalitat de Catalunya
Òrgan Administratiu de Recursos
Contractuals de Catalunya