



Roj: **STSJ PV 2907/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2907**

Id Cendoj: **48020330012016100343**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2016**

Nº de Recurso: **251/2015**

Nº de Resolución: **400/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARGARITA DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 251/2015**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**SENTENCIA NUMERO 400/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintiséis de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 251/2015 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 41/2015, de 8 de abril, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los Pliegos del contrato que tiene por objeto el "suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi" (expediente nº 21/2015-S).

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : SCA HYGIENE PRODUCTS, SL, representada por la Procuradora Doña ITZIAR OTALORA ARIÑO y dirigida por el Letrado Don LUIS ALBERTO NAVARRO MARTÍNEZ.

- **DEMANDADA** : La ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrada Ponente la Iltrma. Sra. Dª. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 14 de mayo de 2015 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña ITZIAR OTALORA ARIÑO actuando en nombre y representación de SCA HYGIENE PRODUCTS, SL, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 41/2015, de 8 de abril, del titular del Órgano Administrativo de Recursos



Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los Pliegos del contrato que tiene por objeto el "suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi" (expediente nº 21/2015-S); quedando registrado dicho recurso con el número 251/2015.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

**TERCERO .-** En el escrito de contestación , en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

**CUARTO.-** Por Decreto de 3 de noviembre de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

**QUINTO.-** En fecha 26 de noviembre de 2015 la Procuradora Doña Itziar Otalora Ariño, en nombre y representación de SCA HYGIENE PRODUCTS, SL, presentó escrito conteniendo alegaciones dando traslado de las mismas a la parte demandada que presentó escrito de alegaciones en fecha 11 de diciembre de 2015.

**SEXTO.-** En fecha 13 de enero de 2016 se dictó providencia teniéndose por hechas las manifestaciones de la recurrente en cuanto al contenido de su escrito y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 29 de julio de 2016 se señaló el pasado día 8 de septiembre de 2016 para la votación y fallo del presente recurso.

**OCTAVO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup>. Itziar Otalora Ariño, procuradora de los Tribunales y de la mercantil Sca Hygiene Products, S.L., deduce impugnación jurisdiccional en relación con la Resolución 41/2015, de 8 de abril, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los Pliegos del contrato que tiene por objeto el "suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi" (expediente nº 21/2015-S).

Interesa de esta Sala en el suplico de la demanda la declaración de no conformidad a derecho y anulación de la resolución recurrida, con supresión del apartado 4.2 b) de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y la consiguiente modificación del apartado 4.2 a) en el sentido de que será el Departamento de Salud quien pague el importe total del precio del suministro; y del apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Articula al efecto los siguientes motivos impugnatorios:

1º Impugnación del apartado referente al precio y pago incluido en la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas:

A)El apartado 4.2 b) de la Carátula no es ajustado a derecho y vulnera lo establecido en los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil , dado que al prever que una parte del precio sea pagada por los centros socio-sanitarios o los usuarios de éstos, está estableciendo una obligación para un tercero ajeno al contrato.

Rechaza a continuación que la previsión impugnada se halle refrendada por el segundo párrafo del artículo 1.257 del Código Civil , en tanto que el contrato no contiene una estipulación a favor de un tercero, sino una obligación.

Añade que infringe el artículo 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio , puesto que la determinación de la parte que abonará el centro socio-sanitario o el usuario se efectuará con periodicidad mensual, y será comunicada al contratista en el momento de efectuar el pedido mensual, es decir, antes de que sea dispensado el producto sanitario.

B) Falta de determinación, concreción y claridad del PCAP:

En particular, no prevé qué ocurrirá si el usuario no autoriza la domiciliación bancaria para que se proceda a cargar en su cuenta el importe correspondiente a la aportación; o si no presta o no está capacitado para prestar consentimiento expreso en orden a que sus datos personales sean cedidos al contratista ( artículos 7.3 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal); otro aspecto que queda



poco claro es la determinación de la parte del precio que deberán abonar cada mes el centro socio-sanitario o el usuario y el plazo en el que deberán satisfacerlo al contratista.

2º Impugnación del apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas por vulneración del principio de concurrencia :

Aduce aquí que la necesidad de que los productos, además de cumplir con las características técnicas previstas en el Pliego, estén dados de alta en el Nomenclátor, es un requisito adicional que limita la concurrencia competitiva, respecto de los licitadores que ofertan productos que cumplen todos los requisitos técnicos exigidos en el PPT y no pueden presentar proposiciones por no estar dados de alta en el Nomenclátor.

Subraya que este requisito es altamente difícil de cumplir por casi cualquier empresa distribuidora de absorbentes de incontinencia urinaria, desde la entrada en vigor de la Ley 29/2006, y que prácticamente ningún laboratorio podrá ofertar todos los productos que conforman los lotes en los que está dividido el contrato.

Insiste en que dicha exigencia es arbitraria e injustificada, y ello por una simple razón: en multitud de Comunidades Autónomas no se exige, lo cual demuestra que para el suministro de estos productos a centros socio-sanitarios, hospitales y demás, no es necesario que estén incluidos en el Nomenclátor. A título de ejemplo, las Comunidades Autónomas de Asturias, Madrid, Andalucía, Castilla La Mancha, Valencia y Aragón, y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración del Estado.

**SEGUNDO.-** D<sup>a</sup>. Marisa Etxebarria Kerexeta, letrada de los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se ha opuesto al recurso, arguyendo en síntesis:

1º Que el apartado 4.2.b) de la Carátula del PCAP se ajusta a los límites del artículo 25.1 TRLCSP, y tiene amparo en el artículo 1.257 del Código Civil ; aun cuando se trata de una obligación a cargo de un tercero no contratante, es indiscutible que el objeto del contrato es una prestación a favor de los usuarios, que, aunque no son parte del contrato, recibirán el producto suministrado a un precio parcialmente financiado por la Administración.

Niega además que incurra en infracción del artículo 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio , pues se refiere éste a un supuesto diferente al descrito en la estipulación discutida, mediante la que se instrumenta en el contrato un sistema de entrega directa permitido por el Real Decreto 9/1996.

2º Que ninguna de las dudas planteadas por la actora sobre los Pliegos es de tal calibre que no pueda ser resuelta mediante la aplicación de la documentación contractual, y en su caso, de la legislación y principios en los que el contrato se integra y que componen su régimen jurídico, de acuerdo con la cláusula 3 del PCAP.

3º Que la exigencia prevista en el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, viene impuesta por el artículo 89 de la Ley 29/2006 y por el Real Decreto 9/1996, de 15 de enero.

**TERCERO.-** En el primer motivo impugnatorio expone la defensa actora los argumentos que sustentan la pretensión anulatoria del apartado 4.2.b) de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato que tiene por objeto el "suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi".

El apartado 4, que contiene el régimen del precio, en su número 1 establece el sistema de determinación del precio ("precios unitarios/precio unidad") y en el número 2 la modalidad de pago, que se realizará en pagos parciales con periodicidad mensual en las condiciones que detalla, disponiendo en su letra a) que " *El Departamento de Salud abonará la parte del precio de adjudicación que resulte de detracer del mismo la parte que corresponda abonar al centro socio-sanitario o al usuario de absorbentes de incontinencia urinaria*", para, tras una serie de previsiones que no interesan al debate, dotar del siguiente contenido a la letra b), concernida en el recurso:

*"b) El pago correspondiente a la aportación de los usuarios de los absorbentes se realizará a través de dos modalidades, del mismo modo que se viene realizando hasta la fecha en los centros socio-sanitarios:*

b.1) El centro socio-sanitario en el cual debe entregarse el producto abonará la parte del precio correspondiente a la aportación que están obligados a realizar los usuarios de absorbentes de incontinencia urinaria que residan en dicho centro socio- sanitario.

*La determinación del importe de esa aportación, se efectuará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio , de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, con periodicidad mensual; y se comunicará al contratista en el momento de efectuar el pedido mensual.*

*En la comunicación figurará la identificación y N1F del centro socio-sanitario y el importe que éste le debe abonar.*



b2) *El usuario de los absorbentes de incontinencia urinaria a través de una autorización de domiciliación bancaria cederá el uso de su número de cuenta corriente al contratista encargado de suministrar los mencionados absorbentes, para que se proceda a cargar en su cuenta el importe correspondiente a la aportación.*

*La determinación del importe de esa aportación, se efectuará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, con periodicidad mensual y se comunicará al contratista en el momento de efectuar el pedido mensual.*

*En la comunicación figurará la identificación y NIF del centro socio-sanitario y el importe que a cada usuario le corresponde abonar".*

En el análisis de la validez jurídica del apartado en cuestión, tratándose de un contrato de suministro, es obligado punto de partida el artículo 293 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, que lo rige, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 3.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En dicho precepto, referido al "pago del precio", se prevé que " *El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato*".

Es de ver que no existe previsión específica para el contrato de suministro, ni norma reguladora de la contratación en el sector público, que habiliten la introducción en los Pliegos de la modalidad de pago por terceros estipulada en la Carátula - a salvo del artículo 281.1 TRLCSP, que posibilita la percepción de la retribución del contratista directamente de los usuarios, empero en un tipo contractual de naturaleza distinta, en concreto, los contratos de gestión de servicios públicos-; no obstante, comoquiera que el mismo texto refundido en su artículo 25 permite la inclusión de " *cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*", asumida por la mercantil recurrente la posición del OARC que rechaza que el apartado recurrido atente contra el interés público y los principios de buena administración, resta examinar si las condiciones transcritas contrarían el ordenamiento jurídico.

Pues bien, siendo el precio un elemento básico del contrato, que constituye la retribución que debe percibir el contratista a cargo de la Administración contratante como contraprestación a la debida ejecución del contrato ( artículos 87.1 y 216.1 y 4 del RDL 3/2011 ), resulta que en el caso de autos parte del precio de los suministros que recibe la Administración, debe ser satisfecho al contratista, bien por el centro socio-sanitario donde se entregue el producto, bien por los usuarios de los absorbentes, que deben ceder el uso de un número de cuenta corriente al contratista para que cargue el importe correspondiente a su aportación, trasladando así a un tercero la obligación que a la Administración compete, con la consecuencia de que el correlativo derecho del contratista a percibir el precio convenido una vez entregados los bienes objeto de suministro en los términos pactados, queda al albur de terceros extraños a la relación contractual, frente a los que el contratista no puede hacer valer los derechos y mecanismos previstos en el texto refundido, en caso de demora o incumplimiento de la obligación de pago por la Administración ( artículos 216. 4, 5 y 6 y 217 del RDL 3/2011 ), lo que abona la ilicitud de la estipulación recurrida, que no puede venir amparada en la libertad de pactos, en tanto permite a la Administración contratante desentenderse de la obligación que le atribuyen los preceptos citados afectante a un derecho esencial del contratista, como es el pago del precio.

Si como se dice en el escrito de contestación, se trata de evitar un trato desigual respecto de los usuarios de la prestación farmacéutica ambulatoria, que adquieren el producto efectuando la aportación correspondiente en el momento de su dispensación ( art. 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) puede alcanzarse ese objetivo antidiscriminatorio articulando fórmulas que conjuguen la legislación farmacéutica con la contractual, por ejemplo, mediante el oportuno reintegro por parte de los usuarios ingresados en centros sanitarios a la Administración contratante de la aportación por los absorbentes utilizados, eso sí, extramuros de la relación contractual con la empresa suministradora; y no optar por sistemas de pago que, en aras de una mayor eficiencia del gasto público sanitario, conculcan la normativa reguladora de los contratos en el sector público.

Sentado lo anterior, la invocación por la defensa del Gobierno Vasco del artículo 1257, párrafo segundo, del Código Civil, para arropar jurídicamente el apartado en discusión, deviene manifiestamente inoportuna, amén de que el precepto citado contempla un supuesto ajeno al presente, en tanto referido a la exigibilidad del cumplimiento de un contrato por un tercero a favor del que se ha establecido una estipulación contractual, cuando el apartado 4.2.b) de la Carátula impone una obligación a cargo del usuario/tercero, la de satisfacer la aportación, sin que su mera condición de destinatario último del suministro -que no deriva, ni reconoce el contrato- permita solución distinta, en caso contrario, el sistema de pago por tercero podría establecerse ilícitamente en gran parte de los contratos de suministro celebrados por la Administración.



Basta lo hasta ahora razonado, sin necesidad de análisis añadido, para acoger la pretensión anulatoria, mas, excede de la competencia revisora de este Tribunal, la que a continuación se solicita, instando la integración de la Caratula mediante la inserción de un nuevo texto, que incumbe al poder adjudicador.

**CUARTO.-** Distinta suerte merece la censura del apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que exige que los productos ofertados figuren en el Nomenclátor de medicamentos y efectos y accesorios del Sistema Nacional de la Salud del mes anterior al de la fecha en que termine el plazo para la presentación de las proposiciones.

Contrariamente a lo argüido por la recurrente, en modo alguno cabe reputar tal exigencia de ilegal, por vulneración del principio de concurrencia competitiva e igualdad, en tanto que no tiene por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura del contrato público a la competencia, que proscribiera el artículo 117.2 TRLCSP, antes bien, queda excluida la arbitrariedad alegada de adverso, al tratarse, tal y como subraya el OARC, de una exigencia legal determinada en el artículo 89.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que, en lo que ahora interesa, condiciona la financiación pública de los productos sanitarios a la " *necesaria - inclusión en la prestación farmacéutica mediante la correspondiente resolución expresa de la unidad responsable del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, estableciendo las condiciones de financiación y precio en el ámbito del Sistema Nacional de Salud*", luego, comprometidos fondos públicos del Gobierno Vasco en el suministro de los absorbentes de incontinencia urinaria objeto del contrato, el alta en el Nomenclátor de los productos ofertados por los licitadores, junto al cumplimiento de todas las características técnicas establecidas en el Pliego, se halla debidamente justificada por razones normativas, y además en la necesidad de procurar un mayor control de la calidad del producto.

No discute la actora la aplicación de ese precepto al contrato litigioso, se limita a afirmar, sin indicar elemento probatorio que lo refrende, que en otros procedimientos convocados en ámbitos territoriales distintos, no se ha exigido ese requisito, mas de ser así, su alegato deviene asimismo infructuoso por pretender una inadmisibile igualdad en la ilegalidad; por otro lado, no ha acreditado la imposibilidad de dar de alta sus productos en el Nomenclátor, ni que tal exigencia reduzca drásticamente el número de laboratorios ofertantes, sin que a tal efecto resulte útil el documento nº 3 que acompaña al escrito de interposición del recurso especial, que se corresponde con un listado en el que quedan ignotos la autoría y fecha de expedición, bien que, en todo caso, el respeto a los principios de concurrencia e igualdad no precisa de la participación de un número determinado de licitadores; tampoco avala la tesis actora el informe del Departamento de Salud que da respuesta a las aclaraciones solicitadas por Laboratorios Hartmann, S.A., en la medida en que exceptúa de la obligación de ofertar todos los productos del lote III, el "absorbente elástico supernoche absorción >1200 ml T-pequeña", por circunstancia diversa a su inclusión o no en el Nomenclátor, singularmente, por no preverse consumo del mismo; por último, en nada empece a la conclusión expuesta la documentación presentada por la mercantil al amparo del artículo 56.4 de la Ley Jurisdiccional, una vez informado por la Administración contratante que la entrega por la empresa adjudicataria de absorbentes distintos a los ofertados tuvo carácter excepcional y transitorio y fue debida a la existencia de una partida de productos defectuosos.

Procede, en consecuencia, el rechazo de este motivo, y la estimación en parte del presente recurso en los términos recogidos en el fundamento de derecho tercero.

**QUINTO.-** Dada la parcial estimación del recurso no ha lugar a imposición de las costas causadas a ninguna de las partes, con arreglo al artículo 139.1 LJCA

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala emite el siguiente,

## FALLO

QUE ESTIMAMOS EN PARTE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 251/15 INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA MERCANTIL SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., FRENTE A LA RESOLUCIÓN 41/2015, DE 8 DE ABRIL, DEL TITULAR DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI, QUE DESESTIMA EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN FORMULADO CONTRA LOS PLIEGOS DEL CONTRATO "SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN DE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA URINARIA A LOS CENTROS SOCIO-SANITARIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI" (EXPEDIENTE Nº 21/2015-S), Y DECLARAMOS DISCONFORME A DERECHO Y ANULAMOS EL APARTADO 4.2 B) DE LA CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES, CON DESESTIMACIÓN DEL RESTO DE LAS PRETENSIONES EJERCITADAS. SIN CONDENA EN COSTAS.





Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0251 15, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 26 de septiembre de 2016.