



Roj: **STSJ PV 1617/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:1617**

Id Cendoj: **48020330012015100279**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2015**

Nº de Recurso: **489/2014**

Nº de Resolución: **259/2015**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 489/2014**

**ORDINARIO**

**SENTENCIA NUMERO 259/2015**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintisiete de mayo de dos mil quince.

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 489/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 55/2014 de 27 de mayo del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi que estimó el recurso especial interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria contra los pliegos para la contratación del "suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UNG #s de la Red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza".

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : OSAKIDETZA, representada por el Procurador Don GERMÁN ORS SIMÓN y dirigida por la Letrada Doña SUSANA RODRÍGUEZ CARBALLEIRA.

- **DEMANDADA** : La FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), representada por la Procuradora Doña YOLANDA ECHEVARRIA GABIÑA y dirigida por el Letrado Don JORGE ROBLES GONZÁLEZ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

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

**PRIMERO.-** El día 23 de julio de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Don GERMÁN ORS SIMÓN actuando en nombre y representación de OSAKIDETZA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 55/2014 de 27 de mayo del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad



Autónoma de Euskadi que estimó el recurso especial interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria contra los pliegos para la contratación del "suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UNG#s de la Red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza"; quedando registrado dicho recurso con el número 489/2014.

**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 ella 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 5 de febrero de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

**QUINTO .-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO .-** En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 28 de mayo de 2015 se señaló el pasado día 21 de mayo de 2015 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.-** El recurso contencioso-administrativa se ha presentado contra la Resolución 55/2014 de 27 de mayo del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi que estimó el recurso especial interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria contra los pliegos para la contratación del "suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UNG #s de la Red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza".

La resolución recurrida declaró la nulidad de las cláusulas de la mencionada contratación que consideró contrarias a los artículos 1.256 del Código Civil y 293 del TRLCSP :

-El apartado 3 de la carátula del PCAP, en cuanto estima el presupuesto base de licitación y el valor estimado de las modificaciones en base a las determinaciones a realizar.

-El apartado 4.2 de la carátula del PCAP, que supedita los pagos parciales a las determinaciones realizadas.

-Los apartados 28 y 30 de la carátula del PCAP en cuanto se refieren a los precios por determinación.

-Los apartados 11 y 20.2 del PPT en cuanto se refiere a los precios a partir del número de determinaciones.

**SEGUNDO.-** La recurrente alega en primer lugar la indebida admisión del recurso especial en materia de contratación porque la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) no acreditó el acuerdo de su Junta Directiva de interposición de aquel recurso, mediante la pertinente certificación de su Secretario y tampoco actuó en dicho trámite en defensa de los intereses generales y comunes a las empresas y organizaciones integradas en la Federación.

El planteamiento de esos motivos solo puede explicarse por un propósito dilatorio u obstructivo de un pronunciamiento en esta sede sobre la nulidad, manifiesta como veremos, del Pliego para la contratación del suministro de los productos y equipos a que se ha hecho mención.

Y es que, en primer lugar, no pueden discutirse en esta vía jurisdiccional la capacidad y legitimación de la recurrente no discutidas en el trámite del recurso especial estimado por la resolución recurrida sin invertir los términos del debate planteado y resuelto en ese trámite, convirtiendo lo que fue una cuestión sobre el fondo del asunto en una cuestión o cuestiones sobre los presupuestos no ya de la admisibilidad del recurso contencioso sino del recurso administrativo.

No se trata, así, del planteamiento novedoso de cualquier cuestión sino de una cuestión que por su propio carácter y transcendencia no puede plantearse ex novo en el procedimiento judicial, no en vano la resolución de ese recurso por motivos de fondo sin ninguna objeción sobre el cumplimiento de los requisitos formales avoca, en congruencia, a un pronunciamiento judicial sobre las mismas o distintas cuestiones, podemos decir una vez superada doctrinalmente la distinción entre cuestiones y motivos ( S. TS de 6 de mayo de 2013; REC 3953/2010 ), pero relacionadas con el fondo del asunto.

El trámite de recurso previo, preceptivo o no preceptivo, debe entenderse cumplido con todas sus consecuencias una vez que se ha dictado, sin ninguna objeción de oficio o a instancia de parte, una resolución sobre el fondo del asunto.



La instancia jurisdiccional no es una segunda instancia administrativa en la que puedan revisarse el cumplimiento de requisitos formales como los de capacidad y legitimación cuya inobservancia debió advertirse, en su caso, por iniciativa del órgano competente o de los interesados, so pena de privar al recurrente la oportunidad de subsanar oportunamente el defecto en cuestión.

En segundo lugar, y de conformidad también con las alegaciones de la demandada, no puede aceptarse la aplicación del artículo 45 2 d de la Ley Jurisdiccional al recurso especial regulado por el TRLCAP sin introducir en esta regulación requisitos ad hoc, que no casan con la naturaleza y regulación autosuficiente de ese recurso administrativo (artículo 44.4 TRLCSP).

Fácil es de ver que los requisitos de capacidad y representación exigibles en la vía administrativa (v. g. artículo 32 de la Ley 30/1992 ) son diferentes a los exigibles en la vía jurisdiccional, como en general los requisitos o presupuestos formales de actuaciones de tan diferente naturaleza.

**TERCERO.-** No menos infundadas, además de inadmisibles, deben considerarse las objeciones de la recurrente sobre la legitimación de FENIN.

El interés general cuya defensa corresponde a las asociaciones o entidades de la misma naturaleza de la demandada no puede cifrarse en la suma de todos los intereses "individuales" de sus miembros sino que responde al concepto de interés indiferenciado y común. Y no puede decirse que FENIN no ha actuado, conforme a sus Estatutos, en la defensa de ese interés general o colectivo cuando el acto recurrido no afecta, favorable o desfavorablemente, a intereses " uti singuli" sino " uti universi".

Por otra parte, la competencia empresarial es consustancial a empresas agrupadas en asociaciones u organizaciones constituidas para la defensa de intereses comunes, y por esa razón hay que atender a la actuación de la entidad representativa de intereses generales y no a la individual o separada de sus miembros para constatar la conformidad de aquella acción con los fines que legitiman a la asociación.

La recurrente confunde esos dos planos de actuación y se inmiscuye en cuestiones que atañen al funcionamiento de la Federación y a las relaciones internas entre sus integrantes.

Tratando de la legitimación no es desde luego un tercero, caso de la recurrente, el más indicado para hacer juicios sobre la sintonía entre la acción de la Federación y la de algunos de sus miembros, amén de que no hay incompatibilidad entre la impugnación de los pliegos de la contratación (cuestión de interés "in genere") y la participación en el procedimiento (cuestión de interés "ad personam") como no la hay entre la impugnación de un régimen prestacional , pongamos por ejemplo, y la solicitud o cobro de la prestación prevista por el acto o norma impugnado.

Por último, lo que FENIN haya hecho o dejado de hacer respecto a convocatorias similares no le concede u otorga la legitimación en cuestión, ya que esta ha de apreciarse ad casum, esto es, poniendo en relación los fines de esa asociación con el objeto de su recurso.

**CUARTO.-** La vulneración de la legislación de contratos apreciada por el Órgano de Recursos de la CAE no puede salvarse mediante la interpretación "conforme a la realidad social" postulada por la recurrente, sin anteponer razones de pura eficiencia en la gestión del gasto sanitario a las razones normativas expuestas por la demandada y estimadas por el acuerdo recurrido.

El régimen del contrato de suministro, en lo que hace al caso, la determinación del precio en función de "los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato" (artículo 293 TRLCSP) es un régimen reglado o de Derecho necesario y, por lo tanto, no admite las variaciones o usos alternativos introducidos en los Pliegos de la contratación anulados por el acuerdo recurrido, concretamente, en los puntos 3y 4 de la Carátula del PCAP.

Y no es solo el quantum de esa contraprestación o derecho del contratista lo que resulta afectado por las cláusulas en cuestión, sino también el momento del nacimiento de la obligación de pago y consiguientemente, el régimen de responsabilidad de la contratante por demora o riesgos inherentes al objeto del contrato.

En efecto, el pago mensual del precio "por determinación realizada" deja a expensas de una actividad de la contratante, posterior al suministro de los productos, el cumplimiento de esa obligación, lo que no puede aceptarse sin subvertir el régimen- no disponible-del contrato de suministros, a costa de derechos esenciales del contratista.

Las certidumbres señaladas por la recurrente sobre el número de gasometrías previstas, el funcionamiento prácticamente automático de las máquinas y la garantía de rendimientos (hasta del 99, 55 %) ofrecidas por los licitadores pueden atemperar, si acaso, los resultados de la estipulación sobre el pago del precio, pero no salvan las vulneraciones del régimen normativo al que nos hemos referido, tan manifiestas como



invalidantes; según la resolución recurrida; según las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia citadas por la demandada y obviadas por la recurrente y según los argumentos de aquella parte.

**QUINTO.**- Hay que imponer a la recurrente las costas del procedimiento, de conformidad con el artículo 139-1 de la Ley Jurisdiccional ( artículo 139-1 LJCA ).

**SEXTO.**- Contra esta sentencia no se dará recurso de casación porque el presupuesto de licitación no alcanza el límite establecido por el artículo 86-2 b) de la Ley Jurisdiccional ( Auto del T.S. de 16-04-2015 ).

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por OSAKIDETZA contra la Resolución 55/2014 de 27 de mayo del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi que estimó el recurso especial interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria contra los pliegos para la contratación del "suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UNG #s de la Red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza"; sin imposición de costas.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno, sin perjuicio de lo cual, las partes podrán interponer los que estimen pertinentes. Conforme dispone el artículo 104 de la LJCA , en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo así como el testimonio de esta sentencia. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS, deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste, archívense las actuaciones.

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 Secretario doy fe en Bilbao, a 27 de mayo de 2015.