



Roj: **STSJ PV 652/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:652**

Id Cendoj: **48020330012016100092**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2016**

Nº de Recurso: **220/2015**

Nº de Resolución: **92/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **MARGARITA DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 220/2015**

**SENTENCIA NÚMERO 92/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a quince de marzo de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación contra la sentencia número 195, dictada el 11-12-2014 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Dos de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso-administrativo número 115/2013, en el que se impugna el Pliego de cláusulas administrativas particulares y Pliego de prescripciones técnicas del procedimiento abierto convocado por el Servicio Vasco de Salud, expediente G/110/20/1/0303/OSC1/0000/012013.

Son parte:

- **APELANTE** : OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, representado por el Procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. BEATRIZ DEL VALLE ÍÑIGUEZ.

- **APELADA** : FEDERACIÓN DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), la cual no se ha personado en esta instancia.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por el OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia revocatoria de la de instancia.

**SEGUNDO.**- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días pudiera formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.



**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 18-2-2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Mediante el presente recurso de apelación, D<sup>a</sup>. Mercedes Botas Armentia, procuradora de los Tribunales y de Osakidetza/Servicio Vasco de Salud, impugna la sentencia nº 195/2014, de 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria- Gasteiz , en el procedimiento ordinario nº 115/2013.

La sentencia recaída en la instancia estima la demanda interpuesta por la Federación de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra la Resolución de 15 de febrero de 2013 del Director General de Osakidetza, por la que se aprueba el expediente de contratación nº G/110/200/1/0303/OSC1/0000/012013, destinado al suministro de lancetas y tiras reactivas de medición de glucosa en sangre capilar con destino a las diferentes organizaciones de Osakidetza, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Bases Técnicas de aplicación al referido expediente, declarando no ajustada a derecho la previsión contenida en el punto 3 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y las cláusulas 5 y 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) por las que se establece que " *las empresas licitadoras se comprometen a facilitar sin coste alguno el acceso a la lectura a través de la cesión o suministro gratuito a los pacientes y a los centros de los lectores en los lotes 3, 4, 5 y 6*", anulándolas.

En los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia apelada, rechaza la juzgadora las causas de inadmisibilidad del recurso planteadas por la defensa de Osakidetza, respectivamente, por falta de legitimación de la Federación recurrente, al amparo del art. 69 b) en relación con el art. 19.1 a ) y b) ambos de la LJCA , y por ausencia de actividad administrativa impugnada, a tenor de lo dispuesto en los artículos 25.1 y 51.1 de la LJCA , en las que no es preciso incidir al quedar extramuros de la apelación.

En el fundamento de derecho quinto acoge los motivos de fondo de la demanda en base a los razonamientos consignados en la Resolución nº 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que funda la disconformidad a derecho de una cláusula similar a la controvertida en su falta de precisión sobre el número de lectores objeto de suministro, lo que permite 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.

**SEGUNDO** .- Sustenta la defensa apelante la pretensión revocatoria de la sentencia de instancia en los siguientes argumentos:

Error en la apreciación de uno de los hechos probados, en concreto, el relativo a la obligación impuesta en los Pliegos (tanto en la Carátula, punto 3, como en el PPT, puntos 5 y 10.1) de suministrar los lectores o aparatos de medición sin establecer precio unitario por ellos y sin fijar cantidad concreta y cierta de los lectores a entregar para los lotes 3, 4, 5, y 6.

Con cita de los punto 5 y 10.1 PPT y los puntos 3, 5 y 6 PCAP, sostiene, en resumen, que la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

A continuación recuerda la relevante función de los PCAP y de PPT, así como el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de pactos, con transcripción de los artículos 22, 25, 115, 116 y 129 del TRLCSP.

Añade que la no determinación por el órgano de contratación de una ratio o relación cuantitativa de entrega de tiras / lectores en los Pliegos, no es impedimento, ni obsta a que los licitadores puedan realizar correctamente sus ofertas económicas, lo que viene confirmado por el hecho de que en el periodo de vigencia de la contratación desde el año 2000 conforme a las mismas condiciones, las empresas han licitado correctamente, sin plantear recursos contra este extremo de los Pliegos, ni quejas o reclamaciones de restablecimiento o revisión del equilibrio económico de los contratos por motivo de la ejecución de la citada cláusula.

Aduce además la imposibilidad para determinar en los Pliegos una ratio de suministro tira/lector adecuada y ajustada a la realidad del mercado, dado que no existen estudios de incidencia a nivel nacional, o de nuestra Comunidad Autónoma que aporten información fiable del número de pacientes que debuta cada año con diabetes en sus diferentes tipologías; para cada tipología de pacientes, las necesidades de tiras son diferentes;



no todos necesitan autoanálisis y autocontrol (tiras y lector); depende además de la cuota de mercado de las empresas.

Finaliza su exposición con referencias al principio de riesgo y ventura -artículo 215 del TRLCSP, puntos 7 y 32.1 del PCAP- arguyendo que el suministro de lectores tiene la condición de "obligación accesoria" del suministro de las tiras reactivas, es una actividad consentida por los licitadores, y más aún por los adjudicatarios, porque con ello asumen que "si tienen que aportar un aparato gratuito es para obtener una mayor cuota de mercado".

A mayor abundamiento señala que durante la tramitación del procedimiento algunas de las empresas licitadoras han interpuesto recurso especial en materia de contratación previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCAP, contra las valoraciones técnicas de los criterios basados en juicios de valor, sin que en estos recursos se haya cuestionado en modo alguno el clausulado de los Pliegos.

**TERCERO.-** Federación de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) no ha formalizado oposición al recurso de apelación.

**CUARTO.-** En el primero de los motivos impugnatorios, bajo el enunciado de error fáctico, explicita la apelante el contenido de distintas cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la contratación; amén de la controvertida, da cuenta de la duración del contrato y la posibilidad de prórroga, de su presupuesto estimado, de su configuración como suministro sucesivo por precio unitario ( artículo 9.3.a) 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), con especial atención al sistema de fijación del precio y justificación de la indeterminación de la cantidad del producto, empero, no identifica qué hecho es apreciado equivocadamente por la juzgadora de instancia, antes bien, de su exposición resulta la plena identidad del supuesto presente con el examinado en la Resolución nº 132/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que se erige en fundamento decisorio de la sentencia apelada.

Así, en ambos casos, el adjudicatario se obliga a entregar las lancetas y tiras reactivas de medición de glucosa en sangre capilar que demande la Administración contratante, esto es, no se define ab initio la cuantía total; y mediante precio unitario, fijándose el presupuesto de licitación por referencia a un número de unidades de tiras y lancetas de carácter estimativo.

Coinciden sustancialmente en el extremo al que se ciñe la controversia, pues los Pliegos de Prescripciones Técnicas en uno y otro caso imponen el compromiso de las empresas licitadoras de facilitar los lectores (autoanalizadores portátiles) que sean solicitados por la contratante; por tanto, al igual que las tiras y lancetas, sin establecer la cantidad en el momento de la contratación, pero a diferencia de éstas, sin fijar precio unitario máximo.

No quiere ello decir que la entrega de los lectores no esté retribuida; como subraya Osakidetza con transcripción de la precitada Resolución nº 132/2013; los medidores son accesorios del producto principal y se retribuyen de forma conjunta con el precio unitario satisfecho por las tiras y lancetas.

El punto de fricción con la tesis del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se sitúa en la indeterminación de la cantidad de lectores.

A tal efecto, ha de significarse, en primer lugar, que aun cuando en el Pliego de Prescripciones Técnicas han de fijarse el objeto del contrato y el precio cierto en que ha de consistir la retribución del contratista, según ordenan los artículos 86 y 87 del RDL 3/2011 , la modalidad del contrato de suministro por el que ha optado Osakidetza, permite que identificado el producto y fijado precio unitario, no se concrete la cantidad a suministrar -el apartado 3.b) del artículo 9 de ese texto legal considera contrato de suministro "*Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente*"-; sin embargo, en este caso se introduce un factor que podemos calificar de "distorsionador" con clara incidencia en las proposiciones a presentar por los ofertantes, habida cuenta que calculado el presupuesto en base al precio unitario máximo aplicado a un número estimativo de lancetas o tiras reactivas, respecto de los lectores, en directa relación con el número de lancetas o tiras reactivas suministradas, y retribuidos, como se ha dicho, de forma conjunta con el producto principal, la adjudicataria se compromete a suministrar sin coste añadido todos los que se necesiten para pacientes y centros, sin limitar número, esto es, por el precio unitario establecido por cada lanceta o tira, el adjudicatario viene obligado a la entrega de un número impreciso de lectores, quedando así el objeto del contrato, integrado por lancetas, tiras y medidores, parcialmente determinado, lo que prima facie, no constando que el coste de los medidores sea exiguo, ha de repercutir en la valoración coste/beneficio a efectuar por las licitadoras en orden a la preparación de sus ofertas, toda vez que se fija precio unitario que, referido al componente principal del contrato -lancetas



y tiras reactivas- engloba el elemento accesorio - los aparatos de lectura- quedando éste en la más absoluta indefinición.

En ese sentido la repetida Resolución nº 132/2013 dice: *"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 medidor y lanceta"* .

Opone la defensa del Servicio Vasco de Salud que en los sucesivos expedientes licitados desde el año 2000, la inclusión de idéntica cláusula no ha impedido a las empresas licitadoras la presentación de sus ofertas, sin embargo, ese argumento, ayuno de cualquier fundamento jurídico, no es útil para defender la licitud de la cláusula; tampoco es decisiva la alegada imposibilidad de determinar una ratio de suministro tira/lector, por cuanto que las circunstancias que refiere evidencian la indiscutida complejidad para fijar en términos absolutos el número de lectores subordinados a cada tira reactiva o lanceta, pero no para establecer, una "cierta relación cuantitativa" tira/lector en los términos que señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sentado lo anterior, esto es, cuando la tacha del Pliego reside en la deficiente y esencial determinación del objeto del contrato, y por ende, del precio, requisitos de validez de la contratación, con proyección en la fase de preparación de las ofertas y en el equilibrio financiero del ulterior contrato, no es de recibo la invocación del principio de riesgo y ventura.

Se sigue de lo expuesto, la íntegra desestimación del presente recurso.

**QUINTO.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, procede efectuar condena a la parte apelante sobre las costas devengadas en esta segunda instancia, al no apreciarse la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

## FALLO

CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 220 DE 2015, INTERPUESTO POR LA PROCURADORA D<sup>a</sup>. MERCEDES BOTAS ARMENTIA, EN REPRESENTACIÓN DE OSAKIDETZA/SERVICIO VASCO DE SALUD, FRENTE A LA SENTENCIA Nº 195/2014, DE 11 DE DICIEMBRE, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE VITORIA-GASTEIZ, EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO N º 115/2013, DEBEMOS:

**PRIMERO** : CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS LA SENTENCIA APELADA.

**SEGUNDO** : CON IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

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 Il<sup>to</sup>. 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 15 de marzo de 2016.