



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**RE 048/2012**

**Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) contra el procedimiento de licitación denominado «Suministro de productos de base alcohólica (PBA) para la antisepsia de manos con destino a los Centros del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos, del Servicio Aragonés de Salud.**

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

**PRIMERO.-** El 17 de julio de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Suministro de productos de base alcohólica (PBA) para la antisepsia de manos con destino a los Centros del Servicio Aragonés de Salud», convocado por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos, del Servicio Aragonés de Salud (en adelante CGIPC), acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 336 218 euros, IVA excluido.

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza a las 14 horas del día 25 de agosto de 2012.

**SEGUNDO.-** El 9 de agosto de 2012 tuvo entrada, en el registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el recurso



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

especial en materia de contratación interpuesto por D. José Robles González, en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), aprobados para regir la adjudicación y ejecución del citado contrato.

La recurrente, anunció el día 7 de agosto de 2012, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

**TERCERO.-** El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

- a) Mantiene que el PCAP y el PPT identifican un objeto del contrato que se fija en el suministro de unos productos ya existentes en el mercado, que han sido fabricados con tecnología propia de cada fabricante, y que cuentan con la preceptiva autorización de comercialización mediante resolución otorgada por la AEMPS para cada concreto producto. Sin embargo, la cláusula 3 del PPT, como «condición general de ejecución del suministro», exige literalmente:

**«Marca blanca:** Los productos adjudicados en este expediente serán suministrados bajo la marca “SALUD”, no alterando durante la vigencia del mismo las características técnicas de la muestra presentada, pudiendo efectuar la Administración un control de calidad en cualquier momento de la vigencia del contrato.

*El logotipo “SALUD” será proporcionado al adjudicatario.*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*No se podrá hacer uso de la licencia de la marca "SALUD" para otro uso que no sea el de la presentación del producto adjudicado.*

*Las empresas adjudicatarias deberán cumplir toda la normativa vigente relativa a la utilización de la marca blanca».*

- b) Exponen las que a su juicio son las notas caracterizadoras de una marca blanca y su utilidad, basándose en un trabajo concreto de investigación, y concluyen que su virtualidad y operatividad (competencia del distribuidor con los productores/fabricantes) no concurre en «la mal llamada marca blanca "SALUD"», en donde la competencia se ha articulado previamente a través del correspondiente procedimiento de licitación.
- c) Como justificación de la exigencia acuden a las explicaciones del Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud en una comparecencia en las Cortes de Aragón, que rebaten con diversos argumentos. Pormenorizan también las consecuencias e implicaciones que la exigencia determina en cuanto al proceso de fabricación y al orden regulatorio aplicable.
- d) Consideran que la exigencia no es una especificación técnica, sino una condición de ejecución de las reguladas en el artículo 118 TRLCSP, cuyos antecedentes normativos reproducen y analizan. El precepto exige que las mismas sean indicadas en el anuncio de licitación y en los pliegos. En concreto, en el PCAP se señala que no se exigen condiciones particulares de ejecución, entrando en contradicción el contenido del PPT con esta previsión y debiendo prevalecer, según constante jurisprudencia, el contenido del PCAP.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- e) Entienden también que esta obligación «nueva» del PPT altera el objeto del contrato fijado en el PCAP —de suministro sucesivo por precio unitario a suministro de fabricación—, y vulnera la prohibición de que el PPT contenga declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP (artículo 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), con invocación de jurisprudencia y doctrina de Juntas Consultivas y Tribunales administrativos de contratos sobre la cuestión.
- f) Consideran además que la exigencia entra en contradicción con el PCAP e imposibilita la ejecución y cumplimiento del contrato en los términos fijados en el mismo, ya que resultará imposible que el adjudicatario obtenga la modificación de la autorización de comercialización del producto por la AEMPS en los plazos de ejecución exigidos.
- g) Por último, entienden —y argumentan con detalle de los incrementos de costes derivados— que la exigencia supone una infracción del artículo 87 TRLCSP, al no corresponder el precio base de licitación al precio general del mercado de los productos, si éstos han de suministrarse bajo la marca «SALUD».

Por lo alegado, solicitan la anulación del procedimiento de licitación o, en todo caso, de la cláusula 3 del PPT en lo relativo a la exigencia de la marca «SALUD» y, como medida cautelar, la suspensión del mismo.

**CUARTO.-** Por Resolución 8/2012, de 10 de agosto de 2012, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, teniendo en cuenta lo dispuesto en el



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

artículo 43 TRLCSP, valorando el Tribunal las circunstancias que concurren en el expediente y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

**QUINTO.-** El Tribunal solicita al CGIPC, el 10 de agosto, la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP. El CGIPC presenta la documentación requerida el 22 de agosto de 2012.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de FENIN, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con el artículo 1º de sus Estatutos.

Como declara nuestro Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto, la doctrina del Tribunal Constitucional —STC (Sala Primera), núm. 119/2008, de 13 octubre, y STC 38/2010, de 19 de junio — avala un concepto amplio de legitimación, conforme al cual hay que reconocer la legitimación de la recurrente.

**SEGUNDO.-** Desde una perspectiva formal, también queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un acuerdo marco



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y conviene recordar, como se indica en el Acuerdo 1/2012, de 4 de enero, de este Tribunal, que la regulación del recurso especial en materia de contratación en nuestro Derecho, ha ido más allá de lo exigido por la normativa europea. El artículo 40.2 TRLCSP no limita el recurso especial, frente a los pliegos, a las cuestiones que regulan la licitación, sino que lo amplía a las condiciones que deban regir la contratación. En consecuencia, el recurso se halla válidamente interpuesto.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, la licitación impugnada se publicó en el DOUE el 17 de julio de 2012, y el plazo de presentación de propuestas concluía el 25 de agosto de 2012. El recurso especial se interpone el 9 de agosto de 2012, por lo que el mismo se interpuso en tiempo y forma, de conformidad con el artículo 44.2 TRLCSP y con el criterio de este Tribunal, establecido ya desde su Acuerdo 19/2011, de considerar que cuando lo que se impugnan son los Pliegos de la licitación y el acceso a los mismos se facilite por medios electrónicos —concretamente a través del perfil de contratante— y no conste que se haya hecho notificación expresa a la recurrente (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores.

**TERCERO.-** La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso se refiere, en exclusiva, a si la previsión contenida en el PPT sobre la denominada «marca blanca “SALUD”» es conforme a Derecho y a los principios de la contratación pública.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pues bien, en primer lugar conviene advertir que el artículo 22 TRLCSP exige motivar la idoneidad del objeto y contenido del contrato para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el mismo; que deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. Sólo así, es posible determinar con exactitud el objeto del contrato, y establecer las prescripciones técnicas de forma adecuada y proporcional (Acuerdo 3/2011, de 7 de abril). Ni en el informe de necesidad de la licitación, ni en el PCAP, se contiene ninguna mención sobre la exigencia de suministro como «marca blanca "SALUD"». Es en el PTT, de forma incorrecta, donde se matiza e introduce la exigencia sobre el objeto del contrato, de que se suministre bajo esta marca, pero sin precisar en qué consiste esta condición, que por otro lado no puede ser considerada condición especial de ejecución de las recogidas en el artículo 118 TRLCSP, que se refiere exclusivamente a cláusulas sociales y medioambientales.

El Pliego de Clausulas Administrativas Particulares es la ley del contrato (STS 25 de mayo 1999), y el instrumento que determina los derechos y obligaciones de las partes y el objeto del contrato, entre otras prescripciones, por lo que debe asumirse por el contratista y la Administración lo allí establecido (STS de 1 de octubre de 1999), salvo que lo previsto no fuera conforme a derecho. Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP. Este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «*declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*», entre otras



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación.

La exigencia de «marca blanca "Salud"» contenida en el PTT es contraria a las normas de contratación, en cuanto no está prevista en el PCAP. Y la confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo).

Por este motivo procede estimar el recurso presentado y anular la licitación.

**CUARTO.-** En todo caso, y aun no resultando obligado una vez estimado el recurso por los motivos expuestos, es conveniente, en aras al principio de congruencia, realizar una serie de precisiones sobre el fondo de la cuestión planteada.

La «marca blanca», que no tiene regulación legal y está basada en un acuerdo de distribución comercial, responde a una política empresarial para suministrar productos a los consumidores, donde prima no solo el precio sino la imagen corporativa. El titular de la «marca blanca» asume la responsabilidad del producto adquirido, que consta de un registro propio, diferenciado del producto de la marca original, que no tiene porqué coincidir en sus características.

La finalidad de toda licitación pública es obtener la prestación solicitada en las mejores condiciones económicas, garantizando en todo caso la transparencia y concurrencia necesaria para conseguir la mayor eficiencia. Y para ello están los distintos procedimientos y trámites contenidos en la legislación administrativa vigente. Tras la licitación se





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

producirá la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, no existiendo riesgo de «*marketing agresivo*», ni incremento de precios —tal y como sugiere el Informe del órgano gestor al recurso—, al ser esa una realidad inherente a un mercado de empresas, y no a un modelo de contratación pública.

Así, no es necesario incorporar nuevas formas de provisión ajenas a estas reglas propias, en tanto la Administración Pública no es, ni puede pretenderlo, un operador empresarial. Ni, por supuesto, su personal ni los ciudadanos son potenciales clientes. Desde esta perspectiva puede afirmarse que el concepto de «marca blanca» no puede ser aplicado en la contratación pública, en tanto supone alterar sus reglas y principios básicos, pudiendo además, falsear la competencia, limitando el mercado de referencia (como se explicaba en nuestro Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre).

Por otra parte, la pretensión de omitir u ocultar la propia marca del adjudicatario, aun como prescripción técnica, puede resultar contraria a la legislación mercantil y administrativa. La marca es un valor propio de la empresa cuya renuncia no puede imponerse, pues forma parte de su propia identidad y política empresarial. La imposición de la renuncia a la marca, al limitar la oferta de empresas, puede contravenir la regla de eficiencia inherente al derecho a una buena administración. Y no puede servir de cobertura, en ningún caso, el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 25 TRLCSP, que tiene como límites los de competencia, igualdad de trato y delimitación precisa del objeto contractual. Además, si lo que se pretende en esta licitación es adquirir «marca blanca», esta exigencia es contraria a la previsión del artículo 22 TRLCSP, al modificar el objeto del contrato, en tanto se obliga al adjudicatario a suministrar un producto distinto del adjudicado,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

quebrando así la regla de comparación de ofertas —y de igualdad de trato— inherente a todo contrato público.

Por estos motivos procedería también estimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.2 TRLCSP y los artículos 2, 17 y siguientes, y en la disposición final tercera, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

### III. ACUERDA

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial, presentado por D. José Robles González, en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), contra el procedimiento de licitación promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos, del Servicio Aragonés de Salud, denominado «Suministro de productos de base alcohólica (PBA) para la antisepsia de manos con destino a los Centros del Servicio Aragonés de Salud», declarando la invalidez la licitación y anulando la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47. 2 TRLCSP.

**SEGUNDO.-** Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**TERCERO.-** El Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud deberá dar conocimiento a este



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

**CUARTO.-** Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.