

Recurso nº 183/2016
Resolución nº 173/2016

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 14 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.A.S.R., en nombre y representación de Sandoz Farmacéutica, S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “Suministro de medicamentos anti-infecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital 12 de Octubre”, número de expediente: P.A. 2016-0-84, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de julio de 2016 fue publicado en el DOUE el procedimiento de contratación del “Suministro de medicamentos anti-infecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital 12 de Octubre”, con un valor estimado de 2.549.764.87 euros. Asimismo se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 5 de agosto.

Segundo.- El 12 de agosto de 2016 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Sandoz Farmacéutica, S.A., en el que solicita que *“teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden en cuanto a*

la configuración de la Cláusula 4.2. del Pliego de Prescripciones Técnicas, se anule el presente procedimiento, procediendo a la nueva redacción de las condiciones y términos de los Pliegos, y en consecuencia se vuelva publicar un nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas”.

El 30 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona interesada en participar en la licitación, resultando legitimada para la interposición del recurso como persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 44.2.a) del TRLCSP dispone que:

“a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

El citado artículo 158 establece que “cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”.

El desarrollo reglamentario contenido en el artículo 19.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece en cuanto al plazo de recurso contra los pliegos, que “el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”. El apartado 1 del citado artículo, relativo al plazo de interposición del recurso contra el anuncio de licitación, indica que el plazo comenzará a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la ley no exija que se difunda por este medio.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011, se pronuncia por la interpretación del *dies a quo* en el sentido de que el pliego se puso a disposición de los licitadores desde el día de publicación de los anuncios, fecha a partir de la cual el pliego se pudo recoger en las oficinas según se hace constar en los mismos; que la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo y no de un hecho aleatorio cuál es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los pliegos; que la eficacia de los pliegos no puede depender de que la parte quiera o no conocerlos; y por último que el plazo de interposición del recurso es improrrogable y

materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio.

En consecuencia, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos es el día en que se haya publicado la convocatoria en el DOUE cuando en ella se indique dónde se pueden obtener los mismos, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios, si se pone a disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos los pliegos y su documentación complementaria. En este caso la convocatoria fue publicada el 27 de julio en el DOUE, los pliegos no estaban a disposición de los interesados hasta el 5 de agosto en que fueron publicados en el perfil de contratante. En consecuencia, la concurrencia de ambos requisitos (publicidad y puesta a disposición) se produce el 5 de agosto y debe concluirse que el recurso se interpone dentro del plazo de los quince días hábiles que establece el artículo 42.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Debemos señalar, en primer lugar, que según lo establecido en la cláusula 3 del PCAP, el objeto del contrato se refiere al suministro de medicamentos anti-infecciosos y se divide en 35 lotes que incluyen productos distintos como Amoxicilina, Cefazolina, Ciprofloxacino Teicoplanina o Azitromicina. Los licitadores pueden presentar oferta a uno, a varios o a todos los lotes.

La cláusula 4.2 del PPT, objeto de impugnación, establece:

“Para la ejecución del contrato, en aras de aumentar la eficiencia del sistema de gestión logística del medicamento y con ello obtener la máxima seguridad en el tratamiento del paciente, será necesario llevar a cabo la compra de tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos, cuyo coste aproximado que asciende a 125.000 euros, correrá a cargo de los adjudicatarios, de forma proporcional al importe adjudicado”.

Es decir, que el único o los varios adjudicatarios de los 35 lotes deberán asumir la parte proporcional al valor adjudicado del importe relativo a la compra de tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos, cuyo coste aproximado será de 125.000 euros, sin que conste quien procederá a dicha adquisición, si el propio Hospital o alguno de los adjudicatarios ni el procedimiento para seleccionar el suministrador.

Considera el informe del órgano de contratación que tanto el objeto del contrato como el precio unitario están perfectamente identificados en el expediente, todos los licitadores pueden realizar su oferta y tienen las mismas oportunidades e idéntica información. No existe ningún tipo de discriminación ni limitación a la concurrencia. Al ser proveedores del Hospital durante la duración del contrato que se firme, serán suministradores de los artículos adjudicados a los precios ofertados y proporcionarán una mejora necesaria mediante la aportación de tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos, cuya adquisición correrá a cargo de los adjudicatarios de forma proporcional al importe adjudicado. Considera que en ningún caso esta colaboración exigida a los licitadores, desvirtúa el expediente de suministro, pues la valoración económica de lo exigido no es relevante en ese sentido, teniendo en cuenta el importe de la licitación que asciende a un valor estimado de 2.549.764,87 euros y que el único criterio de valoración para la adjudicación del expediente serán los precios ofertados por los productos incluidos en cada uno de los lotes. En este sentido, el Hospital se encuentra en un proceso estratégico de reforma del Servicio de Farmacia, implementando nuevas tecnologías como la reingeniería del proceso de dispensación de medicamentos que conlleven

una mayor seguridad en el proceso de dispensación de los mismos y por lo tanto una disminución de errores, para lo cual, los armarios de dispensación automática de medicamentos constituyen una forma segura y eficiente de validación farmacéutica con su sistema automatizado de almacenamiento y dispensación, y entiende que el objeto de la prestación del suministro de medicamentos, está directamente relacionado con la mejora que proporciona al rendimiento de dicho suministro la utilización de los armarios de dispensación automática, habiendo por lo tanto, a su juicio, una vinculación directa entre ambos, aumentando la eficacia y eficiencia de los mismos, constituyendo un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien que se pretende adquirir con esta licitación, y en cuanto a su valoración económica estimada, se pretende cumplir con la exigencia de los artículos 86.1 y 87.1 del TRLCSP, cuando disponen que el contrato ha de tener un objeto y un precio cierto.

El artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece:

“1. Las especificaciones técnicas definidas en el anexo VII punto 1, figurarán en los pliegos de la contratación. Las especificaciones técnicas definirán las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro.

Esas características podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este”.

En el caso que nos ocupa, el objeto del contrato se circumscribe exclusivamente al suministro de medicamentos anti-infecciosos, con lo cual, no puede entenderse la vinculación de los tres sistemas de dispensación de

medicamentos con la calidad o características de los medicamentos suministrados. Tampoco se trata de un equipamiento complementario de la prestación en el sentido de que aporte alguna ventaja a los productos que se están adquiriendo porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, condiciones de entrega, etc., o se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido. Se trata, tal como justifica el propio PPT y el informe del órgano de contratación al recurso, de un contrato de suministro que pretende la actualización del Servicio de Farmacia, pero que es susceptible de contratación independiente con un suministrador cuyo objeto social sea precisamente el coincidente con el del objeto del contrato. Tal como afirma el recurso, es de prever que estos tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos se utilicen para el funcionamiento general de la farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre, no limitándose su afectación únicamente a los medicamentos anti-infecciosos objeto de la presente licitación. Es decir, los adjudicatarios del expediente de contratación tendrán que financiar un equipo que no tiene una vinculación directa con el objeto del contrato. Y prueba de ello, es que de hecho, el día 6 de agosto de 2016, se ha publicado en el DOUE, el anuncio de licitación del expediente P.A. 2016-0-106, para el Suministro mediante arrendamiento con opción a compra de un sistema integral de almacenamiento y dispensación automatizada de medicamentos para el servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre, en el que se incluye, entre otras prestaciones, la obligación de suministrar 12 sistemas automatizados de dispensación de medicamentos.

La obligación de financiar los tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos incluida en la cláusula 4.2. del PPT es una pretensión ajena al contrato y que supone la financiación de actividades administrativas ajenas al contrato de suministro de medicamentos anti-infecciosos, sin que se pueda sostener que el aumento de la eficiencia del sistema de gestión logística de medicamentos y la consecuente obtención de la máxima seguridad en el tratamiento el paciente sean motivos suficientes que justifiquen la vinculación de estos equipamientos con el objeto del contrato o impida su contratación independiente. Al contrario, más bien

parece que se está justificando la necesidad de una nueva contratación y proponiendo la misma al órgano de contratación dentro del proceso de reforma del Servicio de Farmacia. Se trata de prestaciones que deberían estar previstas con su correspondiente presupuesto, pues en realidad se trata de contrataciones indirectas que contribuyen a distorsionar las imputaciones presupuestarias, y por ello, la norma de contratación pública basada en principios de transparencia, no puede admitir dichas situaciones.

Además, se establece una obligación sin mencionar los elementos que permitan determinar con exactitud la ponderación de esta obligación en términos económicos en el valor del contrato de cada uno de los lotes en el importe total a ofertar. El pliego indica que los tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos tienen un coste aproximado de 125.000 euros y que este correrá a cargo de los adjudicatarios, de forma proporcional al importe adjudicado. Asimismo, se deduce que los tres sistemas de dispensación de medicamentos se comprarán con independencia del número de lotes que queden desiertos. Esta circunstancia no es baladí, ya que la proporción a asumir por cada uno de los adjudicatarios dependerá del número total de lotes que se adjudiquen, haciendo que el importe a asumir por los adjudicatarios sea variable.

Por tanto el precio queda incierto. Los contratos públicos son contratos onerosos, es decir la entrega de un suministro tiene como contrapartida un precio. No se puede pretender ni imponer al contratista la realización de prestaciones o entregas gratuitas. La obligación de que el contrato tenga un precio cierto que responda al precio de mercado que se establece en el artículo 87 del TRLCSP invalida la obligación que se impone a los suministradores de medicamentos de adquirir a su costa otro equipamiento, como en este caso ocurre, con los dispensadores. La adquisición o arrendamiento de este material ha de tramitarse como un contrato de suministro. Esto supone que el precio tanto de los medicamentos como de los dispensadores queda indeterminado, pues el licitador de los fungibles ha de ofertar un precio unitario y con recargo del mismo debe hacer

frente al equipamiento, sin que en el momento de presentar la oferta conozca el importe total de entregas que ha de realizar ni el número de contratistas con los que se ha de prorratear el coste, por lo que ha de incluir, lógicamente al alza, la parte alícuota del importe del equipamiento, lo que llevará al licitador a elevar el precio unitario para asegurarse que no tendrá pérdidas.

No invalida lo argumentado lo alegado por el órgano de contratación en relación al escaso valor relativo de la adquisición de los dispensadores respecto del total del contrato, pues su valor absoluto (125.000 euros) no es nada despreciable y tampoco la cuantía es una excusa válida para obviar los procedimientos de adquisición ni las obligaciones financieras. Cabe además, tener en cuenta que el valor estimado de la contratación licitada con objeto de adquirir 12 dispensadores tiene un valor estimado asciende a 2.562.000 euros y en ella se pudo incluir lo que de forma indirecta se pretende con esta obligación incluida en el PPT.

Por otra parte la obligación de licitación conjunta de los lotes de fungibles y del equipamiento que obligue a contratar en UTE vulnera el principio de libre concurrencia e impide la concurrencia de empresas que pudieran licitar por separado a cada una de las prestaciones.

De acuerdo con la legislación de contratos del sector público cabe resaltar la finalidad de los contratos como instrumento para adquirir las prestaciones necesarias para satisfacer sus necesidades. Así, el artículo 1 del TRLCSP dispone: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, (...) destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económico más ventajosa”*. Lo cual se concreta cuando el artículo 86 del TRLCSP establece que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

En consecuencia, la cláusula 4.2 del PPT debe considerarse contraria a los principios rectores del procedimiento de contratación y procede la declaración de nulidad.

Esta anulación deberá acarrear la retroacción de las actuaciones y, en su caso, una nueva convocatoria del procedimiento de licitación, que deberá suprimir dicha obligación y establecer el precio del contrato únicamente en función de las previsiones de demanda de los medicamentos objeto del suministro.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto don M.A.S.R., en nombre y representación de Sandoz Farmacéutica, S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “Suministro de medicamentos anti-infecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital 12 de Octubre”, número de expediente: P.A. 2016-0-84, anulando la cláusula 4.2 y el procedimiento de contratación convocado en los términos expuestos en los fundamentos de esta Resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.