

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por don J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Adquisición de diverso material necesario para la realización de la hemodiálisis en el Hospital Universitario del Sureste”, número de expediente: GCASU1800020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 2, 22 de febrero y 1 de marzo de 2018, se publica respectivamente en el BOE, el DOUE, BOCM y el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación del suministro mencionado, por procedimiento abierto y criterio único, el precio, dividido en tres lotes. El valor estimado del contrato asciende a 1.984.900 euros.

Segundo.- Con fecha 14 de marzo de 2018, la representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (en adelante FENIN), interpuso ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de

Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato. El citado recurso había sido previamente anunciado el día 13 de marzo de 2018. Por el Tribunal se dio traslado del mismo al órgano de contratación que envió el expediente y el preceptivo informe el 16 de marzo de 2018.

En el recurso se alega en primer lugar infracción de los artículos 87 y 293 TRLCSP, así como del artículo 1256 CC ya que los Pliegos obligan a entregar, además de los productos fungibles para la realización de hemodiálisis (respecto de los que sí se establece un precio cierto unitario), cuantos monitores de hemodiálisis se soliciten, sin poder facturar y cobrar un precio cierto por los bienes entregados. Añaden que esta cuestión, *“exactamente la misma, ya fue planteada por esta federación ante ese Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante TACPCM) en el recurso número 158/2013”* que estimó el recurso por este motivo.

En segundo lugar, se alega que PPT al imponer al contratista la obligación de ceder monitores como objeto del contrato infringe artículo 150.3.f) TRLCSP estableciendo como único criterio el precio, puesto que el apartado f) de dicho artículo impone al órgano de contratación aplicar varios criterios de adjudicación en el contrato de suministro, salvo que los productos estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato. En este caso el PPT *“no fija ni una sola característica técnica de los monitores de hemodiálisis que, en virtud de su último párrafo, deberán ser entregados por el contratista. Y, por tanto, la inclusión de dicha prestación en el objeto del contrato determina la infracción del art. 150.3.f) 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 presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de FENIN para la interposición del recurso, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

En los Estatutos de la Federación establecen, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que FENIN es *“una organización profesional de carácter federativo e intersectorial de ámbito nacional que asume la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses comunes de las empresas u organizaciones profesionales de empresas o empresarios que voluntariamente se integren en ella (...)”*. En cuanto a sus fines, el artículo 7 de los citados Estatutos, establece que *“Es finalidad de la Federación la coordinación, representación, gestión, fomento, defensa y tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular:*

1.- Representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros. (...)”

El artículo 10 determina que pueden ser miembros de la Federación *“las personas naturales o jurídicas que legalmente ejerzan una actividad industrial o comercial, como importación, fabricación, distribución, venta, mantenimiento, servicio y asistencia técnica de tecnología y productos sanitarios, e igualmente aquellas que importen, fabriquen, o distribuyan material auxiliar relacionado con dicha tecnología o conexo con la investigación, la sanidad, la educación, la industria (...)”*.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP puesto que la publicación con puesta a disposición de los Pliegos se produjo el día 1 de marzo de 2018, por lo que el recurso interpuesto el día 14 se encuentra dentro del plazo establecido.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los Pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al primer motivo de recurso, se refiere concretamente a la *“cláusula de mantenimiento”* incluida en el PPT en la que se establece: *“Los adjudicatarios de cada lote deberán ceder sin cargo alguno, los monitores necesarios de hemodiálisis que permitan cubrir las necesidades de actividad asistencial de la Unidad de Hemodiálisis del Hospital Universitario del Sureste (...)”*.

La recurrente alega que *“el PPT impone al contratista también la obligación de entregar los monitores que se le vayan solicitando, todos los que sean necesarios. Sin embargo, no se fija para estos productos un precio: el contratista no puede facturar precio alguno por razón de estos productos (un precio unitario por monitor, o un precio unitario por día, semana o mes de cesión de cada monitor). De esta manera, el PPT aquí impugnado incurriría en infracción del art. 293 TRLCSP, pues impone al contratista la obligación de entrega de una serie de bienes (es decir, de suministrar cuantos monitores de hemodiálisis le vaya solicitando el órgano de contratación), sin fijar un precio que el contratista pueda cobrar por cada uno de estos productos que entregue (de hecho, advierte que esos monitores se han de entregar “sin cargo alguno”). Y no puede olvidarse en este punto que los contratos públicos y, por tanto, los contratos administrativos, son por esencia contratos onerosos (art. 2.1 TRLCSP); y que esta nota, como bien apunta la resolución 165/2013 de ese TACPCM, concurre tanto si los bienes se suministran o entregan transmitiendo su propiedad, como si se entregan en esa modalidad de cesión de uso (que no sería otra cosa que un arrendamiento -entrega de la posesión del bien para*

su uso-, calificado expresamente por el art. 9 del TRLCSP como una de las figuras que se integran en la categoría del contrato administrativo de suministro).

En el caso de que se entienda que estos monitores de hemodiálisis se retribuyen con el precio unitario que se factura por los bienes o productos de los números de orden y, su caso, suborden de cada uno de los tres, la referida previsión del PPT incurre en infracción del art. 87 TRLCSP, por cuanto contraviene la exigencia de precio cierto. Y es que, si la cantidad de monitores a entregar fuera una cantidad cierta y determinada, el licitador podría hacer un cálculo a los efectos de imputar la retribución o precio de ese número determinado de monitores de hemodiálisis como una parte del precio de los bienes o productos del lote correspondiente”.

El órgano de contratación en su informe reconoce que en el PPT “no se detallaba un número determinado de máquinas de hemodiálisis, pero era la intención de este órgano de contratación emitir una aclaración al portal de la contratación en el que se detallara el número de máquinas que se requieren para la práctica de la actividad, de tal forma que en el siguiente cuadro, detallamos las que serían necesarias, y cuyo número se desprende de una proporción lineal con respecto al nº de sesiones y pacientes que se dializan en la unidad de hemodiálisis del Hospital y que aunque son datos fácilmente interpretados por las casas comerciales (fundamentalmente por el nº de líneas que solicitamos en el Anexo X del PCAP, y aquí recogido en el Anexo I en la parte sombreada en amarillo).

En el lote nº 1, sumando todas las líneas (órdenes 7 y 8, subórdenes 7.A, 7.B, 8.A y 8.B) el total asciende a 4.650, que se corresponde con el nº de sesiones previstas en el Hospital, atendiendo a las 56 semanas del año, como cada máquina se utiliza para una media de 4 pacientes, nos resultaría necesaria una estimación de 6,91 máquinas, redondeando al alza se requerirían 7, más 1 de reserva, se necesitarían por tanto 8 monitores en cesión. Además contamos con 4 monitores de estas características propiedad del hospital para aquellos casos que no pueden compartir monitor de un paciente a otro por patología diferente de los pacientes (serología positiva) y cuyo número es muy reducido, pero se necesitan por su especificidad.

La misma proporción utilizaríamos para los lotes 2 y 3, resultando para el lote 2 un total de 6 máquinas y para el 3 un total de 4 máquinas”.

En consecuencia, propone realizar una rectificación sustancial del Pliego mediante una Resolución del Director Gerente cuyo texto incluye, que detalle el total de máquinas en cesión para cada lote, ampliando igualmente el plazo de presentación de proposiciones y publicando la modificación en los diarios oficiales donde se publicó inicialmente y en el Perfil de contratante del Hospital.

Como ya ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones relativas a casos muy similares, cabe citar entre ellas la 82/2015 de 10 de junio, *“teniendo en cuenta que la estimación del número de equipos que vayan a necesitarse es esencial para el cálculo de la proposición económica, entendemos que esa información sobre las previsiones de demanda debe incluirse en los Pliegos”*. Así lo ha reconocido también el órgano de contratación, por lo que procede estimar el recurso por este motivo debiendo modificarse la cláusula del PPT incluyendo el número de máquinas de cesión obligatoria para cada lote, lo que implica la publicación de los Pliegos y el establecimiento de un nuevo plazo de presentación de proposiciones.

Sexto.- En cuanto al segundo motivo de recurso, debemos señalar que en este caso el objeto del contrato es el suministro de material necesario para la realización de hemodiálisis que se encuentra perfectamente determinado y respecto del que no se discute el establecimiento del criterio precio como único criterio de adjudicación, solo se discute respecto de los monitores a aportar

En cuanto a los monitores de hemodiálisis, hay que hacer dos precisiones, primero que se trata de una maquinaria en cesión, por lo tanto se debe considerar material diferente de la prestación principal, y segundo que se trata de monitores que han de ser compatibles con el material suministrado por lo que sus características son conocidas por las empresas suministradoras y no podrían ser objeto de modificación ni se alega que pudieran ser objeto de valoración.

De acuerdo con el artículo 150.3 f) del TRLCSP procederá la valoración de más de un criterio en el caso de los suministros, salvo los productos a adquirir no estén perfectamente definidas y no sea posible variar los plazos o introducir modificaciones en la prestación.

De esta forma la regla general es que en los contratos de suministro debe establecerse una pluralidad de criterios salvo que el precio sea el único factor determinante, al tener el objeto del contrato un nivel de definición prácticamente normalizado en el mercado, de manera que no queda margen significativo de valoración adicional.

No obstante, dado que se va a proceder a modificar el PPT sería aconsejable la introducción de unos requisitos mínimos que deberán cumplir los monitores en cesión.

Por todo ello resultando justificado el criterio precio en el presente caso y el motivo de recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar en parte el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Adquisición de diverso material necesario para la realización de la hemodiálisis en el Hospital

Universitario del Sureste”, número de expediente: GCASU1800020, modificando la cláusula del PPT señalada, en el sentido expuesto en los fundamentos de derecho 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 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.

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 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.