

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

En Madrid, a 16 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.N., en nombre y representación de MEDICIMAD, S.L., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el procedimiento de licitación para el contrato denominado “Suministro de material diverso para el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario del Henares”, número de expediente HUH PA SUM 2018/02, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14, 21 y 23 de marzo de 2018 se publicó en el DOUE, en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, respectivamente, la convocatoria de licitación del expediente para el Suministro de material diverso para el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario del Henares por procedimiento abierto y criterio único precio, con precios unitarios. El valor estimado del contrato asciende a 226.760 euros y la duración 24 meses, pudiendo prorrogarse por 24 meses más.

Interesa conocer a los efectos de resolver el presente recurso que se licitan en un único lote seis números de orden con los distintos suministros objeto del contrato, en total 720 unidades, indicando además que: *“el adjudicatario deberá ceder, sin cargo alguno para el hospital, el siguiente equipo: columna de fibrovideoendoscopia laríngea rinofibrovideoendoscopio de laringe y esofágica transnasal.”*

Segundo.- Con fecha 3 de abril de 2018, MEDICIMAD, S.L., presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el Pliego del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

En el recurso se alega vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad ya que los Pliegos obligan a entregar, además de los productos objeto de suministro un equipo muy costoso, cuya cesión representa más de una de tercera parte del coste total de los fungibles, con lo que en realidad el objeto principal del contrato es el equipamiento y su mantenimiento, reparación y sustitución sin coste, por lo que debería haberse calificado el contrato como mixto. Afirma que tales condiciones solo favorecen al actual proveedor que ya lo tiene amortizado.

El 13 de abril de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Considera que debe desestimarse el recurso porque con la cesión de una columna de fibrovideoendoscopia laríngea, rinofibrovideoendoscopio de laringe y esofágica transnasal, de la que el Hospital actualmente no dispone, solo persigue el interés público y el beneficio de los administrados, debiendo los licitadores ser competitivos y no anteponer su interés comercial al interés general que obliga a licitar a un menor precio.

Tercero.- Con fecha 21 de marzo de 2018, el Tribunal acordó suspender el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP en relación con el 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.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de MEDICIMAD S.L. para la interposición del recurso, al tratarse de una mercantil *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP), por ser potencial licitadora cuyo objeto social consiste en la importación, exportación, compra-venta, alquiler, distribución y comercio en general de toda clase de material quirúrgico y equipación.

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 50.1 de la LCSP puesto que la publicación de la convocatoria con puesta a disposición de los Pliegos se produjo el día 21 de marzo de 2018, por lo que el recurso interpuesto el día 3 de abril se encuentra dentro del plazo establecido.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PPT que ha de regir el procedimiento abierto correspondiente a un contrato de suministro cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- El único lote del contrato incluye 6 números de orden (vainas de lavado 0º, vainas de lavado 30º, tubos de irrigación y limpieza, set de meringitomía, electrodo

bipolar de radiofrecuencia para cornetes y electrodo bipolar de radiofrecuencia para amígdalas, paladar y base de lengua). Adicionalmente el adjudicatario debe ceder, sin cargo alguno para el hospital una columna de fibroendoscopia laríngea rinofibrovideoendoscopio de laringe y esofágica transnasal.

Se alega por MEDICIMAD que las condiciones impuestas por los Pliegos suponen una barrera de entrada a aquellos proveedores que actualmente no prestan el servicio, ya que el coste correspondiente al elemento principal del concurso, -cesión del equipo Olympus- beneficia claramente a la actual proveedora que parte con una ventaja insalvable, ya que actualmente tiene amortizado una gran parte del costoso equipo que cedió al hospital con la anterior adjudicación del suministro de fungibles. Aunque hay otras marcas y equipos que cumplen perfectamente las necesidades técnicas enumeradas, todas ellas suponen un coste lo suficientemente elevado para no considerarlo incluidos en el coste del suministro de los productos de esta licitación, sino de un contrato distinto o en distinto lote dentro de este.

Niega el órgano de contratación que la columna de fibrovideoendoscopia, cuya cesión se oferta para su licitación, ya ha sido cedida al hospital, y tacha de especulación y carentes de valor probatorio esas afirmaciones.

Advierte que el mercado sanitario está en evolución, a la que el recurrente parece resistirse, y la entrada de nuevos proveedores en el escenario global permite a la Administración en beneficio de los administrados, proponer en los negocios que impulsa un acotamiento de los grandes beneficios que hasta ahora han venido obteniendo, por efecto de la ley de oferta y demanda.

Afirma que los Pliegos impugnados han tenido en cuenta el precio de mercado como contraprestación por el suministro de fungibles y la cesión de una torre que también es claramente un suministro, por lo que la calificación es correcta ya que los trabajos de mantenimiento y reparación, son absolutamente residuales y toda la jurisprudencia europea comparte el criterio de que no tienen relevancia suficiente como para alterar la naturaleza jurídica del contrato como contrato de

suministro. Añade que el precio se ha fijado en función de los precios unitarios y de las unidades a entregar.

Comprueba el Tribunal que ni en el informe al recurso ni en las memorias que constan en el expediente se justifica el cálculo del presupuesto del contrato, que tan solo recoge en una tabla los importes unitarios de los productos, cuyo coste es de tal importe que en la memoria se indica que *“Actualmente, los productos nº 5 y 6 se están comprando a través de contratos menores”*. En cuanto a las cantidades estimadas/año, tampoco suponen un volumen que permita afirmar que pudieran sufragar los costes de la cesión del equipo que se requiere en el PPT, cuyo importe no se estima ni para la marca Olympus ni para cualquier otra que el PPT permite, ya que indica en el apartado descriptivo del videoendoscopio: *“Características del rinofibrolaringoscopio: Tipo HDTV y NBI, compatible con la fuente de luz xenón existente en Servicio de ORL (sistema Olympus, por lo que en caso de ser de otra marca se solicita encarecidamente que se administre adaptador adecuado que permita su utilización también) (...)”*

El artículo 102 de la LCSP considera el precio como la retribución del contratista y, en su apartado 2, dispone que el precio podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a distintos componentes de la prestación o unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicados a tanto alzado a la totalidad o parte de las prestaciones, en todo caso indicando como partida independiente el IVA. Expresamente en el apartado 3 del este artículo se dispone *“3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”*.

Se establece un deber o diligencia que debe observar el órgano de contratación a la hora de determinar el presupuesto. Así en el artículo 100.2 de la LCSP obliga a *“2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación*

cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación”.

Se impone al contratista la cesión sin cargo de un determinado equipamiento. Sin embargo, no se fija para estos bienes o productos un precio: el contratista no puede facturar precio alguno por razón de estos productos (un precio unitario por equipo, o un precio unitario por día, semana o mes de cesión de cada equipo). De esta manera, el PPT aquí impugnado incurriría, en principio, en infracción del artículo 301 de la LCSP, pues impone al contratista la obligación de entrega de esos bienes sin fijar un precio que el contratista pueda cobrar por cada uno de estos productos que entregue. Los contratos públicos son contratos onerosos y esta nota, como se indica en la Resolución 33/2015 de este Tribunal, 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 artículo 16 de la LCSP como una de las figuras que se integran en la categoría de contrato de suministro).

A pesar de la indicación del pliego de que la cesión se realiza sin cargo alguno para el Hospital, evidentemente el contratista repercutirá el valor del equipamiento en la parte proporcional de los productos fungibles que se contratan aparentemente como entrega principal. En el caso de que se entienda que este equipamiento se retribuye con el precio unitario que se factura por vainas de lavado y otros fungibles que conforman los 6 números de orden, la previsión del PPT incurre en infracción del artículo 102.1 de la LCSP, por cuanto contraviene la exigencia de precio cierto. Al imputarse a dicho precio la retribución por la cesión de uso del equipamiento a que nos venimos refiriendo, ese precio pasaría a ser incierto pues será mayor o menor en función de que el Hospital solicite una mayor o menor cantidad de esos productos. Como indicó este Tribunal en la Resolución 33/2015 “se

trata de prestaciones que aun estando vinculadas al objeto del contrato 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”.

En este caso, no existiendo ninguna justificación económica que permita conocer todos los costes -directos e indirectos- desglosados del contrato y tratándose de un equipamiento asociado al suministro contratado, además se debería especificar en la memoria tal circunstancia, así como las razones por la que no resulta posible su contratación de manera independiente, tal y como preceptúa el artículo 99.3 de la LCSP “3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

(...).”

La LCSP, en el artículo 14.1 establece que los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148. Se entenderán comprendidos dentro del “*ciclo de vida*” de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la

generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

La adquisición de la propiedad o del derecho de uso a través de medios sin que figure como objeto contractual y con un pago indirecto supone una vulneración de las normas de contratación.

En consecuencia, en el supuesto que ahora nos ocupa, procede estimar la pretensión de la recurrente, anulando la previsión del PPT, por la que se impone al adjudicatario la obligación de entregar en cesión de uso el equipo columna de fibrovideoendoscopia laríngea rinofibrovideoendoscopio de laringe y esofágica transnasal y demás componentes necesarios, sin coste añadido alguno para el órgano de contratación, que deberá sustituirse por la obligación de suministrarlo con indicación del coste estimado por su adquisición o arrendamiento durante la vigencia del contrato, el mantenimiento y la sustitución, bien en un lote separado o mediante una contratación conjunta, lo que implica la nueva redacción y publicación de los Pliegos y el establecimiento de un nuevo plazo de presentación de proposiciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP 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 el recurso interpuesto por don J.M.N., en nombre y representación de MEDICIMAD, S.L., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el procedimiento de licitación para el contrato denominado “Suministro de material diverso para el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario del Henares”, número de expediente HUH PA SUM 2018/02, anulando el PPT y el

procedimiento de adjudicación que deberá iniciarse de nuevo.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.