

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

En Madrid, a 17 de julio 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.O., actuando en nombre y representación de la empresa Baxter S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de suministro “Adquisición de productos de fluidoterapia, irrigación e inyección y sueros” para el Hospital Universitario Infanta Leonor, expediente Nº 2019.0.012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 14 de junio de 2019, se publicaron en la Plataforma de Contratación de la Comunidad de Madrid el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), correspondientes al contrato de suministro mencionado. El valor estimado del contrato es de 686.972,00 euros, distribuidos en 17 lotes.

Segundo.- En lo que aquí interesa figuran en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los siguientes criterios de adjudicación (punto 8 de la cláusula primera):

“1.- Criterios relacionados con los costes: Ponderación

Precio: Hasta 70 puntos.

La asignación de puntos se efectuará proporcionalmente a la oferta económica de los licitadores, de acuerdo con la siguiente fórmula: (...)

2. 2.- Criterios cualitativos:

2.a) Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: Hasta 30 puntos.

Certificación en la norma ISO 14001 Hasta 10 puntos

Plazo de entrega ordinario (reducción) Hasta 10 puntos (según reducción).

Plazo de entrega pedidos urgentes Hasta 10 puntos.”

Tercero.- Con fecha 5 de julio de 2019, tiene entrada en el Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Baxter en el que impugna el PCAP del contrato por los motivos que expone en su escrito.

Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en 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) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 12 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un eventual licitador en el procedimiento, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los Pliegos de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) de la LCSP:

Cuarto.- El recurso se presenta en plazo de quince días hábiles desde la publicación de los Pliegos, el 14 de junio, el día 5 de julio del mismo año, conforme al artículo 50.1. b) de la LCSP.

El recurso de Baxter se fundamenta en tres motivos:

1º Los precios de licitación no se ajustan al precio de mercado, citando el artículo 102.3 de la LCSP, a cuyo tenor *“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”* (en el mismo sentido, los artículos 100.2 y 101.7 de la LCSP, relativos al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato, respectivamente).

2º Debieron introducirse otros criterios de adjudicación, además del precio, conforme al artículo 149.3.f) de la LCSP

3º Introduce como criterio de adjudicación, un criterio de solvencia técnica, atribuyendo 10 puntos a la certificación Norma ISO 14001.

Respecto del primer motivo argumenta con una tabla de elaboración propia donde compara el PVL (precio de venta laboratorio) los precios de licitación de dos expedientes anteriores del Servicio Madrileño de Salud y el precio de licitación de este expediente, señalando que existe un promedio de baja del 48% sobre el PVL.

Añade que ya en los expedientes anteriores se incluyeron descuento sobre el PVL, que se vuelven a rebajar. Todo ello referido a los lotes, 3, 7, 10. 13, 14, 15 y 16.

El órgano de contratación señala que los precios de licitación *“han sido determinados teniendo en cuenta los precios actuales de compra del Hospital, y los precios de adjudicación de 4 hospitales (Getafe, Rey Juan Carlos, Puerta de Hierro y Alcorcón). A la hora de determinar los precios de adjudicación de los cuatro hospitales citados anteriormente, hay diferentes formas de presentación, esto es, en plástico o vidrio, y, por tanto, diferentes precios de adjudicación. Hecha esta precisión, para la licitación se ha seleccionado como precio el más bajo”*

Este argumento es correcto. No puede tomarse como base de “precio del mercado” el precio de licitación anterior, sino el de adjudicación, que es el precio en que concurren en los expedientes anteriores la oferta y la demanda. Es el precio al que estaban dispuestos a vender los licitadores.

Por otro lado el Precio de venta del laboratorio es el que aplican a sus distribuidores, pero los laboratorios pueden aplicar descuentos sobre los mismos, sobre los que se cifra el beneficio de los distribuidores mayoristas y de las oficinas de farmacia, por diferencia con el único precio fijo que es el Precio de venta al público, que viene marcado por la Ley.

Si los Laboratorios han ofertado a esos precios, es que lo han hecho a precios muy inferiores al PVL.

Procede la desestimación por este motivo.

En cuanto al segundo, el artículo 145 de la LCSP, relativo a los *“requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato”*, prevé, en su apartado 3.f), que *“la aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos: [...] f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los*

plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.

En primer término no es cierto que el único criterio de adjudicación sea el precio, 30 puntos son sobre plazos de entrega y certificado de calidad. Pero, en segundo lugar, como señala el órgano de contratación, sí cabe circunscribirse al criterio precio cuando los suministros se encuentren perfectamente definidos, como es el caso.

Procede igualmente la desestimación de este motivo de recurso.

En cuanto al tercero, se alega por la Administración que la certificación en la norma ISO es una mejora que no afecta al principio de igualdad.

Es reiterada la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación, que afirma que estas certificaciones sirven como criterio de solvencia, pero no como criterios de adjudicación.

Este Tribunal en Resolución 54/2019 de 6 de febrero se ha pronunciado extensamente sobre esta cuestión:

“Frente a lo expuesto la doctrina arriba citada excluye la inclusión de certificados de calidad como criterios de adjudicación, incluso después de la entrada en vigor de la LCSP”.

Señala la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 939/2018 de 11 de octubre: *“Pues bien, lo cierto es que este Tribunal viene reiterando la imposibilidad de utilizar certificados de calidad como criterios de adjudicación, debiendo ser empleados los mismos como criterios de solvencia, tal y como se regulan en la LCSP, y en los textos legales precedentes. En la reciente Resolución 405/2018, de 23 de abril, glosábamos la doctrina sentada sobre esta cuestión: “Al respecto, y como bien apunta el recurrente, habremos de estar a la consolidada doctrina de este Tribunal acerca de la improcedencia de configurar los*

certificados de calidad y de cumplimiento de normas de gestión ambiental como criterio de adjudicación de los contratos. Así, en la Resolución nº 476/2016, de 17 de junio, razonábamos sobre este particular lo siguiente: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES Expte. TACRC – 855/2018 7 “A estos efectos, debe recordarse que este Tribunal ha elaborado una ya consolidada doctrina sobre la improcedencia de configurar los certificados de calidad como criterio de adjudicación de los contratos. Así, en la Resolución 628/2015 se ha dicho sobre este particular: << Siguiendo en este punto las Resoluciones 255/2015, de 23 de marzo, y 906/2014, de 12 de diciembre, “el Tribunal ha reiterado (cfr.: Resoluciones 143/2012, 223/2012, 461/2013, 113/2014, 129/2014 y 782/2014), en consonancia con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 29/2010), que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los que se refieren los artículos 80 y 81 TRLCSP son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas (cfr.: Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 – asunto C-315/01-, 24 de enero de 2008 –asunto C-532/06-y 12 de noviembre de 2009 – asunto C-199/07-; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 –asunto C-641/13-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012, 220/2012, 290/2012, 189/2014 y 295/2014). Ello es consecuencia de la existencia de dos fases diferenciadas en el procedimiento de licitación, cada una sometida a reglas propias (cfr.: artículos 160.1 y 165.1 TRLCSP y 44.1 Directiva 2004/18/CE; Sentencias TJCE de 20 de septiembre de 1988 –asunto C-31/87-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012 y 220/2012): en la primera, se trata de comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que estos pueden ejecutar la prestación objeto de contrato (Sentencias TJCE de 2 de diciembre de 1999 –asunto C-176/98-y TJUE de 18 de octubre de 2012 –asunto C-218/11); en la segunda, lo único relevante es la oferta que los admitidos presentan, no las condiciones subjetivas de quien la presenta y que no guarden relación con la prestación objeto del contrato (cfr: Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 –asunto C-19/00-, de 27 de octubre de 2005 –asunto C-234/03; Resoluciones de este Tribunal 264/2012 y 189/2014). Solo cabe atender a estos extremos subjetivos de la empresa cuando puedan redundar en mejor provecho de

la oferta, tal y como sucede, por ejemplo, con una mayor adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato que los reputados imprescindibles (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 264/2012, 514/2013, 644/2013, 10/2014 y 198/2014).

En este mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 855/2018, admitió la posibilidad de emplear como criterio de adjudicación la capacidad de las empresas para asegurar de manera fiable y constante el abastecimiento de un determinado estupefaciente (...). *“En la medida de que el PCAP valora como criterio de adjudicación la acreditación por las empresas licitadoras de determinadas normas ISO, las cuales, conforme a lo indicado, han de operar como criterio de acreditación de la solvencia en la fase previa de selección, se ha de concluir que el Pliego resulta en este punto contrario a la doctrina y a la jurisprudencia expuestas. (...). El Tribunal no comparte la argumentación sostenida por el órgano de contratación en cuanto a que la nueva LCSP haya variado el régimen anterior permitiendo ahora utilizar los certificados de calidad como criterios de adjudicación. Según el órgano de contratación, el hecho de que se haya introducido en el artículo 145.2 de la LCSP la calidad como criterio de adjudicación avalaría referir los criterios de adjudicación a certificados de calidad que se encuentren vinculados con el objeto del contrato y no con las características de los licitadores. Se remite el órgano de contratación al Informe 56/04, de 12 de noviembre de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Pues bien, el informe de la Junta Consultiva es anterior a la doctrina mantenida por este Tribunal, por lo que no introduce ningún elemento nuevo que no hubiera sido tenido en cuenta con anterioridad. Por otro lado, la nueva LCSP no introduce ninguna novedad en la regulación de los criterios de adjudicación en lo referente a la admisión como tal de estar en posesión de determinados certificados de calidad o de gestión ambiental, la cual, sin embargo, podría haber aprovechado la ocasión para introducir la posibilidad que se invoca expresamente. Frente a ello, hay que tener en cuenta que la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ya se refería a la calidad*

como criterio de valoración en su artículo 53, como no podía ser de otra forma el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES Expte. TACRC – 855/2018 9 manera; y en similares términos lo hizo la Ley de Contratos del 2007, así como el texto refundido de 2011, en su artículo 150.1. En definitiva, al introducirse en el PCAP como criterio de adjudicación la aportación de certificados de cumplimiento de normas de calidad y de gestión ambiental se infringe la doctrina establecida al efecto en la interpretación de la normativa de aplicación, por lo que debe estimarse este punto del recurso”.

En contra de lo expuesto por el recurrente, el requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia. Efectivamente, los certificados transcritos no determinan a priori cómo va a ser ejecutada la prestación por el adjudicatario, sino su cualificación técnica para llevarla a cabo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros), declaró que *“se excluyen como “criterios de adjudicación” aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”.*

De acuerdo con lo anterior, es doctrina unánime de los Tribunales administrativos de recursos contractuales que los certificados de aseguramiento de la calidad no pueden utilizarse como criterios de adjudicación, aunque pueden exigirse como requisito de solvencia técnica (baste citar, las Resoluciones 65/2013, 29/2015 y 30/2015 de este Tribunal, la Resolución 40/2011, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el

Acuerdo 84/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución 105/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, las Resoluciones 906/2014, de 12 de diciembre, y 255/2015, de 23 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Resolución 76/2015, de 15 de julio, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Por lo que respecta a este Tribunal se pronunció, entre otras, en Resoluciones 40/2011 de 11 de julio y 20/2011 de 15 de junio.

La LCSP no introduce criterios distintos, cuando expresamente incluye en el artículo 90.1 dentro de la solvencia técnica y profesional en los contratos de servicios como medios de acreditarla:

“c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de este, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.”

El control de calidad conforme a parámetros determinados fijado por organismos certificadores forma parte de la cualificación técnica de la empresa, no de las prestaciones a que se encuentra obligada en virtud del contrato.

Por estas razones extensamente expuestas procede la estimación del recurso respecto de este motivo. La certificación en la Norma ISO 14001, que es una certificación medioambiental, es una condición de aptitud de la empresa que lícita, pero no atañe a las condiciones en que se va a efectuar el suministro.

Procede anular los Pliegos, porque la supresión del criterio amplía la concurrencia.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.O., actuando en nombre y representación de la empresa Baxter S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de suministro “Adquisición de productos de fluidoterapia, irrigación e inyección y sueros” para el Hospital Universitario Infanta Leonor, expediente nº 2019.0.012, anulando los criterios de adjudicación (punto 8 de la cláusula primera) la calificación de encontrarse en posesión de la certificación Norma ISO 14001, haciendo nuevos Pliegos.

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.