

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

En Madrid, a 10 de marzo de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación presentado por Baxter, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “*suministro de material necesario para la realización de terapias de Hemodiálisis y Hemodiafiltración on line con destino a la Unidad de Hemodiálisis del Hospital Universitario 12 de Octubre*”, expediente PA 2022-0-26, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y del Prescripciones Técnicas se publican en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 31 de enero de 2022. El valor estimado es de 2.812.700,00 euros.

**Segundo.-** En fecha 21 de febrero de 2022 se presenta el recurso especial en materia de contratación, fundado en:

- 1º Incorrecta calificación jurídica del contrato. Vulneración de los artículos 18 y 122 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). Es un contrato mixto, no un contrato de suministro. No existe una unidad funcional que justifique la agrupación de prestaciones y no se define cuál es la prestación principal en el expediente.

- 2º Incorrecta justificación de la no división en lotes del expediente de licitación. Vulneración del artículo 99.3 de la LCSP.
- 3º Ausencia de desglose del presupuesto base de licitación. Vulneración del artículo 100.2 de la LCSP.
- 4º Vulneración del artículo 102 de la LCSP: inexistencia de precio cierto.
- 5º Criterios de adjudicación: falta de justificación y determinación. Vulneración de los artículos 116, 145 y 146 de la LCSP.
- 6º Condición especial de ejecución. Falta de relación con el objeto del contrato. vulneración artículo 202 de la LCSP.
- 7º Infracción del artículo 149.2 b) LCSP relativo a las ofertas anormalmente bajas.
- 8º Se solicita la nulidad del procedimiento de licitación y su suspensión.

**Tercero.-** En 7 de marzo de 2022 se remite el expediente e informe del órgano de contratación, en cumplimiento del trámite del artículo 56. 2 de la LCSP.

## **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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Segundo.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos de reformados fueron publicados el 31 de enero de 2021, e interpuesto el recurso el 21 de febrero de 2022 , dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Tercero.-** El recurso se interpuso contra los Pliegos de condiciones de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del recurrente.

**Cuarto.-** La empresa se encuentra legitimada, a tenor del artículo 48 de la LCSP, como eventual licitadora, comprendiendo su objeto el que lo es del contrato.

**Quinto.-** Baxter, S.L. alega múltiples motivos.

El primero que el contrato no está correctamente definido, es un contrato mixto con varias prestaciones, no especificándose cuál es la principal. Son prestaciones que no se pueden agrupar porque no constituyen una unidad funcional. Contesta el órgano de contratación que el contrato consta de una prestación principal, el suministro de kits para la realización de sesiones de hemodiálisis y hemodiafiltración online, y unas prestaciones accesorias: cesión de equipo, incluida la instalación, y el software necesario para su funcionamiento y mantenimiento, necesarias para la prestación principal del contrato. Acompaña el informe técnico que explica la conjunción de las diversas prestaciones que constituyen el contrato.

En este sentido es obligada la referencia a la Resolución nº 577/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, acogida por resoluciones más recientes, entre otras, la Resolución nº 180/2020 del mismo Tribunal y la Resolución nº 71/2022 del TAPC de la Comunidad de Madrid.

Según afirma la cláusula primera del PCAP el *“contrato tiene por objeto el Suministro de kits de hemodiálisis con o sin dializador, así como la cesión e instalación de los equipos descritos en el presente Pliego de Prescripciones Técnicas necesarios para la realización de las sesiones de hemodiálisis en el Hospital Universitario 12 de Octubre, así como la formación, sin coste alguno para el Centro, si es preciso, del personal usuario y/o manipulador de los equipos, entregándose manuales funcionales y técnicos del sistema, así como el conjunto de documentación generada durante el proyecto el material docente necesario para la formación”*.

La relación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato se contiene en el propio enunciado del mismo: suministro de los kits de hemodialisis, cesión de los equipos para la realización de las sesiones de hemodialisis con esos fungibles, formación del personal en la utilización de esos equipos, constituyendo una unidad funcional, y dando cumplimiento al artículo 34.2 de la LCSP: *“2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”*. Y entre las mismas, el suministro de los kits aparece como la principal, que califica el contrato.

Esta agrupación de prestaciones ha sido admitida ya por la doctrina contractual. Dice la Resolución 577/2018, de 12 de junio, del TACRC:

*“(…) Sexto. FENIN advierte que la configuración de las distintas prestaciones del contrato, de las cuales sólo será objeto de retribución el suministro de material fungible para realizar las pruebas de diálisis, es contrario a los artículos 2 y 87.1 del TRLCSP.*

*Las prestaciones del contrato comprenden tanto un suministro de material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis, como la cesión de los*

*equipos necesarios para su realización, el mantenimiento de los equipos y la formación de los usuarios, estas últimas serán sin coste para la Administración, que únicamente abonará los suministros necesarios para las pruebas.*

*El recurso funda esta pretensión en los fundamentos de la Resolución 133/2014, de 21 de febrero y la Resolución 48/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. El artículo 87 del TRLCSP, dispone que: “1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. 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 de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

*2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”. El apartado 2 del anexo de Características del Pliego define el objeto del contrato diciendo: “suministro de material fungible necesario para la realización de las sesiones diálisis (hemodiafiltración on line/hemodiálisis expandida, hemodiálisis de alto flujo, hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con heparina y hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con citrato) en el Hospital La Fe”, así como, la cesión de los equipos necesarios para su realización, su mantenimiento y la formación de los usuarios, sin coste para la Administración.”*

*El PCAP contiene, a diferencia de lo que ocurría en la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos de Andalucía, todas las prestaciones que son objeto del contrato, y advierte que algunas de estas, no llevan coste para la Administración, configurando la retribución en consideración a los usos que de los equipos pueda*

*hacerse, considerando que este uso está directamente relacionado con la prestación principal del contrato que no es otra que el suministro del material necesario. Esta fórmula que configura la retribución del contratista resulta contraria al artículo 87 del TRLCSP que permite fijar el precio en consideración a parte de las prestaciones del contrato y considerando precios unitarios referidos a los componentes de la prestación. En definitiva, sin perjuicio de la incorrecta determinación del precio, en consideración con el número de sesiones de diálisis que realice el hospital, no se aprecia infracción alguna cuando el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación que permite reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así, si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello. De manera que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones cual es el suministro de los elementos necesarios para las pruebas de diálisis, toda vez que este suministro tiene una relación que revela la utilización de los equipos que se suministran y el mantenimiento de estos. La formación en el uso de los equipos será una prestación accesoria necesaria en todo contrato que comprende la cesión de una maquinaria técnica.*

*La configuración de los precios de la forma prevista en el PCAP no resulta contraria al carácter oneroso del contrato, que requiere que la contraprestación de una parte lo sea en consideración con la prestación de la otra.*

*A juicio del Tribunal, el PCAP permite a los licitadores hacer un cálculo del precio del suministro a ofertar en consideración al conjunto de prestaciones que conforman el objeto del contrato. En consecuencia, este argumento debe ser rechazado”.*

Procede la desestimación del primer motivo del recurso.

Se impugna en segundo lugar la justificación de la no división en lotes del contrato. La misma se contiene en la cláusula primera del PCAP: *“Se justifica la no división en lotes del presente contrato por la utilización de la misma máquina de diálisis para la realización de las 5 terapias descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Un equipamiento único incide en la obtención de una mayor eficiencia; dicha eficiencia debe ser entendida en un doble sentido, por un lado, técnica garantizando la adecuada trazabilidad y la obtención de los resultados perseguidos, y por otro, de recursos humanos al conseguir una optimización del personal y su familiarización con los equipos a utilizar”.*

El lote único del contrato comprende 5 terapias o números de orden. Según el PPT se proporcionan cinco tipos de sesiones, con sus correspondientes kits y dializadores. Según el mismo Pliego el equipamiento comprende 40 monitores, 18 para la unidad de agudos y 22 para crónicos.

Nº Lote	Nº Orden	CONCEPTO	Nº DE SESIONES/. AÑO
1	1.1	KIT PARA SESIÓN DE HEMODIÁLISIS ALTA PERMEABILIDAD	1.250
	1.2	KIR PARA SESION HDF ON LINE (dializador de superficie $\geq 2\text{m}^2$ )	6.500
	1.3	KIT PARA SESION DE HEMODIALISIS EN UNIDAD DE AGUDOS CON DIALIZADOR DE CUF SUPERIOR A 30 ml/hr/mmHg	2.500
	1.4	KITA PARA SESIÓN DE HEMODIÁLISIS BAJA PERMEABILIDAD EN UNIDAD DE AGUDOS CON DIALIZADOR DE CUF INFERIOR A 20 ml/hr/mmHg	500
	1.5	KIT PARA SESIÓN DE HAD CONVENCIONAL O HEMODIAFILTRACIÓN ON LINE SIN DIALIZADOR	2.250

Según Baxter, S.L., en primer lugar, no se entiende cuando dispone que el hecho de usar una sola máquina permite asegurar una mayor eficiencia, entendiéndolo como una mejor técnica garantizando la adecuada trazabilidad y la obtención de resultados obtenidos. Efectivamente, tanto la adecuada trazabilidad como la obtención de resultados son dos objetivos que se garantizan con cualquier monitor del mercado, los cuales se encuentran adaptados para hacer todas las técnicas objeto del contrato.

En segundo lugar, tampoco entiende Baxter, S.L. la justificación del órgano de contratación de la no división en lotes, indicando que el hecho de usar un solo tipo de máquina permite asegurar una mayor eficiencia, entendiéndolo como una eficiencia en recursos humanos, permitiendo conseguir una optimización del personal y su familiarización con los equipos a utilizar. En este sentido, cabe destacar que el personal de enfermería está acostumbrado a trabajar con más de un monitor, y es necesario recordar que esto es algo que se suele hacer en el 98 por ciento de los hospitales públicos de España.

Cabe destacar también que el utilizar más de un monitor puede considerarse una garantía, en caso de problema técnico con uno de los monitores, por ejemplo, de continuidad de administración del tratamiento con otro monitor.

Por último, considera Baxter, S.L., que, dividiendo el contrato en lotes, los órganos de contratación pueden adjudicar una prestación del proyecto distinta por cada lote, siempre que esté, por supuesto, incluida dentro del objeto del contrato, y que esto es lo que se podría haber hecho en el caso del expediente de licitación objeto de este recurso.

Afirma el informe técnico que el hecho de tener una única plataforma tecnológica simplifica los procesos para el personal sanitario, minimiza el número de referencias y, en consecuencia, optimiza la gestión del almacenaje del fungible necesario. La licitación en 5 lotes haría necesario la adquisición de monitores,

central de ósmosis y resto de equipo para cada uno de los lotes de fungible incrementando el gasto de forma innecesaria. Incrementando además la necesidad de formación del personal, que tendría que hacerse con sistemas diferentes, aumentando el margen de error, en perjuicio del paciente. El hecho de que haya un único adjudicatario garantiza además el almacenamiento y gestión de toda la información relacionada con la actividad contratada en una única plataforma digital, con las ventajas que ello supone en términos de trazabilidad y seguridad de los datos.

A tenor del artículo 99 de la LCSP:

*“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.*

*(...)*

*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:*

*a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de*

*defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*

*b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.*

Como se ha señalado reiteradamente por este Tribunal corresponde al órgano de contratación la configuración del objeto del contrato, motivando su decisión de no dividir en lotes el contrato.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 46 prevé la división en lotes de los contratos y la necesidad de justificar la no división no concreta los criterios para la misma, si bien en su exposición de motivos número 78 se afirma que esta división para favorecer la concurrencia de las PYMES puede hacerse tanto conforme a criterios cuantitativos como cualitativos: *“esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos”.*

La división que propone Baxter, S.L., refiere, no a la separación de las diversas prestaciones, suministro de kits, equipos, formación, sino a los cinco tipos de terapias o sesiones de hemodialis.

El órgano de contratación no ha justificado adecuadamente en los Pliegos la no división de la licitación en ejercicio de su discrecionalidad técnica, tal y como recoge el artículo 46 de la Directiva citada:

*“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes.*

*Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84”.*

La motivación no encuentra encaje en el supuesto habilitante para la no división del artículo 99.3.b) de la LCSP antes transcrito. No existen razones técnicas que imposibiliten o hagan muy gravosa la división en lotes, tal y como reconoce el informe técnico, que refiere a razones de almacenaje de los fungibles y formación del personal.

No se entiende la razón por la que el uso de diversos dializadores o monitores dificulta la trazabilidad de los resultados o hace más difícil el trabajo de los sanitarios que operen con los mismos, que son las razones recogidas para la no división en los Pliegos, únicas que se revisan.

Atendiendo a las razones del informe técnico, la adquisición de monitores, central de ósmosis y resto de equipo para cada uno de los lotes de fungible, es una situación a contemplar en otra redacción de los Pliegos, al igual que en estos donde los kits llevan anejos el suministro de los equipos y la formación del personal, para todos los números de orden que comprenden el único lote. Basta con poner esas obligaciones a cargo de quienes sean adjudicatarios de cada lote.

Frente al principio a favor de la división en lotes no se oponen motivos de entidad suficiente para no verificar la división en lotes.

No es ajeno a todo ello, la consideración de recientes licitaciones sobre la materia, todas con división en lotes (Plataforma de Contratación del Sector Público): Fundación Alcorcón; Hospital la Fé de Valencia (*“Suministro de artículos para sesiones de diálisis hospitalaria en el Departamento de Salud Valencia La Fe, perteneciente a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública”*: 5 lotes igual que sesiones en esta licitación; publicado 2 de marzo de 2022); Hospital Universitario del Henares. O el Miguel Servet de Zaragoza, con los 5 lotes (PLACE 31/8/2021).

Procede estimar el segundo motivo del recurso, lo que conlleva la anulación de los Pliegos para nueva licitación, si así se estima necesario, con división en lotes. No es un problema de falta de motivación, o de insuficiencia de motivación, sino de invalidez de los motivos esgrimidos en los Pliegos, y de los que se vierten en el escrito de contestación al recurso, pudiendo entrar en el fondo del asunto disponiendo la división en lotes de la licitación, en la forma que estime procedente de forma motivada el órgano de contratación.

Afirma Baxter, S.L., que no está desglosado el presupuesto de licitación, vulnerando el artículo 100.2 de la LCSP. El artículo 100.2 de la LCSP dispone que *“(…) 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”*.

De esta forma, en el PCAP el órgano de contratación no ha justificado, tal y como se exige en el artículo 100 de la LCSP, el razonamiento que ha determinado que los precios establecidos sean los adecuados a mercado, mediante la referencia

a los costes directos e indirectos que se contemplan en él, y teniendo en cuenta todas las prestaciones adicionales exigibles al contratista.

Si tenemos en cuenta que el contrato incluye multitud de prestaciones, no solo habría que considerar el coste de cada kit para la estimación del presupuesto de licitación, sino también el de la cesión de monitores y de demás equipamiento, de la instalación de la planta de agua, de la integración informática, del servicio de formación, etc.

Contesta el órgano de contratación que, el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación –el kit para la sesión correspondiente- incluyendo lógicamente dicho precio el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato (instalación y uso del equipo, formación y mantenimiento), objeto que está perfectamente delimitado en el Pliego, por lo que no puede hablarse de indeterminación ni de incumplimiento del artículo 102 LCSP, ni mucho menos de “*entregas gratuitas*” como quiere hacer ver la recurrente.

Este Tribunal ha señalado reiteradamente que no es necesario un desglose de costes directos e indirectos en un contrato de suministros.

Tal y como consta en la memoria, el precio incluye todos los gastos y se establece en base a precios unitarios por unidades de entrega de los suministros, según fija el artículo 102.4 de la LCSP. No siendo posible una desagregación entre costes directos e indirectos, que el órgano proponente desconoce.

Tal y como acuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 84/2019, de 1 de febrero, precio del contrato y desglose del presupuesto son dos conceptos asociados, no siendo exigible en el contrato de suministro el desglose de costes propio de un contrato de servicios:

*“El segundo de los fundamentos del recurso estima que el apartado 4.3 del PCAP infringe el artículo 100.2 de la LCSP, toda vez que no toma en consideración*

*todos los costes directos, indirectos y otros gastos que lleva aparejada la ejecución de las prestaciones impuestas al contratista. Abbott estima que el PCAP debería desglosar los costes” El artículo 100.2 de la LCSP prevé que: “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. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.*

*El PCAP no ha realizado este desglose, indicando que el Presupuesto “no es susceptible de desglose”, y que el mismo se ha realizado en base a los precios fijados por los mismos fabricantes. Es cierto que como hemos dicho en resoluciones pasadas (1153/2018), el artículo 100.2 de la LCSP no distingue, a efectos de exigir el desglose de los costes directos, indirectos y otros gastos, en función del tipo de contrato de que se trate, pero no es menos cierto que dicho artículo, relativo al presupuesto base de licitación, debe ponerse en conexión con el artículo 102 que se refiere al precio del contrato; precio que debe resultar de un presupuesto base de licitación suficiente, por ajustarse a l Pues bien, poniendo en conexión estos artículos, que son las dos caras de la misma moneda, resulta que el mencionado desglose puede tener sentido en los contratos de servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales (artículo 102.3. párrafo segundo), de modo que sea posible verificar que el presupuesto es suficiente para cubrir los mencionados costes laborales, y otros necesarios para la correcta prestación del servicio.*

*En cambio, no se considera que este desglose sea necesario en los contratos de suministro, en los que el precio de mercado debe determinarse en función de los precios que los bienes muebles a adquirir suelen tener en el mercado, ni en los contratos de obras, en los que existe un proyecto que debe contener, por exigirlo así*

*el artículo 233.1.d) de la LCSP, “un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración”. Tampoco en los contratos de concesión de servicios, en los que debe existir un específico estudio de viabilidad, o de viabilidad económico-financiera (artículo 285.2 de la LCSP)”.*

En el caso, el presupuesto se ha establecido por precios unitarios del suministro, que comprenden todas las prestaciones antes enumeradas, conforme al artículo 102.4 de la LCSP y por las unidades que comprende: *“4. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato”.*

Procede desestimar el tercer motivo del recurso.

Afirma Baxter, S.L. que se vulnera el principio de precio cierto. El contrato comprende una multiplicidad de prestaciones antes enunciadas, que deberá facturar el contratista, desconociéndose a priori el importe de las mismas, y vulnerándose el artículo 102 de la LCSP, que establece que *“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado”.*

Contesta el órgano de contratación que es un contrato de suministro de tracto sucesivo comprensivo de todas esas prestaciones adicionales, en el que no se puede determinar el número de kits que se van a necesitar, y amparado en el artículo 16.3.a) de la LCSP:

*“3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:*

*a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con*

*exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”.*

Procede desestimar este motivo que es además redundante sobre los anteriores, desde una perspectiva diferente. El principio de precio cierto no se altera por la indeterminación inicial del número final de suministros. *“La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”* (artículo 1273 Código civil).

El número quinto impugna que no están determinados y justificados los criterios de adjudicación.

El empleo de los criterios de adjudicación no está justificado en el expediente. Además, los criterios de la cláusula 8.2.2. son indeterminados. Así, por ejemplo, *“facilidad de colocación del fungible asociado al funcionamiento del monitor”*, ¿cómo va a valorarse?

En el informe técnico, al que remite el órgano de contratación, se afirma que el informe de justificación del expediente permite entender las razones y finalidad de la fórmula de adjudicación elegida, pudiendo además conocerse su finalidad por su exhaustiva descripción en los Pliegos, están perfectamente definidos, además de ser los impugnados de juicio de valor.

Comprueba este Tribunal que, en el informe justificativo del expediente colgado en el Portal de Contratación, el epígrafe 9 se dedica a la justificación de los criterios de adjudicación. El 6% de la puntuación son de juicios de valor, constituyendo cuatro puntos con una puntuación de 1,5 cada uno. Los tres son una valoración subjetiva, pero no indeterminada o indeterminable. Cabe una concreción en función de parámetros que establezcan los técnicos.

Procede desestimar el motivo del recurso.

Impugna Baxter, S.L., que la condición especial de ejecución no guarda relación con el objeto del contrato. Se da al adjudicatario la opción de escoger una condición social entre cinco propuestas, y las medioambientales tienen carácter obligatorio.

Se vulnera el artículo 202 de la LCSP: *“Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos”.*

Afirma el órgano de contratación que las condiciones sociales son solo orientativas y las medioambientales son perfectamente exigibles a cualquier empresa proveedora de un suministro de esta naturaleza.

A juicio de este Tribunal las condiciones medioambientales, relativas a retirada de residuos o certificaciones medioambientales, entre otras, tiene una relación directa con el objeto del contrato, siendo exigibles al adjudicatario.

En cuanto a las condiciones sociales, dada la acepción amplia del artículo 145.6 de la LCSP sobre el entendimiento del concepto *“relación con el contrato”*, las enunciadas por el Pliego no se entienden excluidas del mismo. Porque se entiende que existe vinculación con el objeto del contrato *“cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida”*. Amén de que solo se requiera al adjudicatario escoger una entre las propuestas.

Procede desestimar este motivo.

Se afirma, por último, la infracción del artículo 149.2 b) LCSP relativo a las ofertas anormalmente bajas.

Se señala que, dada la pluralidad de criterios de adjudicación, los criterios de baja desproporcionada deben girar sobre la totalidad de ellos y no únicamente sobre el criterio precio.

Se afirma por el órgano de contratación:

*“Se toma en consideración sólo el criterio precio, a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición incorpora valores anormales o desproporcionados, con la finalidad de fijar mediante un criterio perfectamente objetivo y esencial, como es el precio, la toma en consideración de apreciar o no la oferta desproporcionada o con valores anormales, ya que ésta puede producir la exclusión del proceso de licitación. Al valorar sólo este criterio se robustece la decisión de apreciar en su caso la oferta desproporcionada. Por otra parte, los criterios cualitativos evaluables mediante fórmulas, vienen parametrizados por sus valores máximos y mínimos, por lo que estando en estos parámetros se protege la integridad esencial de la oferta, y respecto a los dependientes de un juicio de valor, por el peso que tienen en el total de la oferta, y su propia regulación, se concluye que no queda tampoco afectada la citada integridad de la oferta.*

*Sin perjuicio de lo anterior, y analizado de nuevo el expediente, se constata que, por error, no se ha incluido la justificación, en los términos arriba descritos, que explica la decisión de éste órgano de considerar únicamente el criterio precio a la hora de valorar si las ofertas incurren en baja anormal, por lo que se deberá recoger dicha justificación en un informe para su incorporación al expediente“.*

A tenor del artículo 149.2. b) de la LCSP:

*“ b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.*

Este precepto debe ponerse en relación con el resto del precepto del que forma parte, el artículo 149:

*“1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.*

*2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*

*La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:*

*a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.*

*b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.*

El establecimiento de parámetros para determinar las ofertas incursas en valores anormales se encuentra en relación con la exclusión de las mismas de la licitación. Es necesario el establecimiento de esos parámetros, si la oferta sobre esos criterios de adjudicación puede ser desproporcionada, dando origen a causa de exclusión de la licitación. No en otro caso, si no son objeto de exclusión de la licitación.

En el caso, el criterio precio supone 50 puntos. Existen además 44 puntos de criterios automáticos, desglosados en 11 ítems, calificados de 0 ó 3 (sí tiene, no tiene), de 0 ó 4 (igual) y de 0 ó 5 puntos (lo mismo), todos son mejoras y ninguno es susceptible de ser sobreofertado, y, por ende, motivo de exclusión. Y 6 puntos de criterios sujetos a juicio de valor, subdividido en 4 ítems que evalúan de 0 a 1,5 puntos. Todos estos criterios están perfectamente parametrizados y no son susceptibles de ser ofertados desproporcionadamente y con ello ser causa de exclusión. Se tiene o no se tiene, no se posee de más o menos.

El único criterio de adjudicación donde cabe una oferta de baja desproporcionada es el precio, sobre el que se establece el criterio de baja temeraria, los parámetros para determinarla.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 el recurso especial en materia de contratación presentado por Baxter, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “*suministro de material necesario para la realización de terapias de Hemodiálisis y Hemodiafiltración on line con destino a la Unidad de Hemodiálisis del Hospital Universitario 12 de Octubre*”, expediente PA 2022-0-26, anulándolos con retroacción de actuaciones debiendo proceder en la forma prevista en el fundamento quinto de esta resolución en la estimación del motivo sobre los lotes.

**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 59.1 de la LCSP.