

Recurso nº 531/2021
Resolución nº 548/2021

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal dela Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parental Hospitalaria, contra los Pliegos de Condiciones Particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de productos de fluidoterapia para el Hospital Universitario de Getafe” número de expediente FAR PACU 2021-1-45, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 28 de octubre, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y dividido en cinco lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 792.266,24 euros y su plazo de duración será de dos años prorrogables por otros dos años más.

Segundo.- 18 de noviembre de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parental Hospitalaria (en adelante Farmafluid) en el que solicita la anulación de los pliegos de condiciones por considerar como criterio único de adjudicación el precio.

Tercero.- El 24 de noviembre de 2021, 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).

Cuarto.- Solicitado por el recurrente la adopción de medidas provisionales tendentes a obtener la suspensión del procedimiento, no procede manifestarse sobre ellas al entrar este Tribunal directamente en la resolución del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una asociación representativa de intereses sociales y de las empresas dedicadas al suministro de los

bienes objeto del contrato, tal y como acredita con los estatutos y acuerdos sociales que acompaña, y por ende “cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los interesados el 28 de octubre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 18 de noviembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación de un contrato de suministro 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurrente alega como primer motivo que la selección de un único criterio de adjudicación del contrato, el precio, es contraria a Derecho por no haberse justificado debidamente. Así lo establece la cláusula 1.8 del Pliego Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), que se refiere a los “criterios de adjudicación del contrato” y que señala como criterio único el precio, otorgándole una ponderación de 100 puntos.

A este respecto, señala que no existe en los pliegos, ni en ningún otro documento que haya sido publicado en el expediente de contratación, la más mínima justificación acerca de por qué se ha elegido un único criterio de adjudicación. La única referencia adicional que se efectúa al respecto es la que figura en la cláusula 7 del PCAP, en la que se hace constar que: “*El contrato se adjudicará por procedimiento abierto mediante criterio único, en aplicación de los artículos 131.2, 146.1 y 156.1 de la LCSP, conforme a los términos y requisitos establecidos en dicho texto legal*”. Como puede observarse, se trata de una remisión simple y llana a determinados preceptos de la LCSP que no aporta nada ni permite apreciar cuál ha sido el razonamiento

concreto del órgano de contratación. A su juicio, esta forma de proceder atenta contra los principios básicos que rigen la contratación pública en nuestro ordenamiento y la finalidad que persigue la vigente LCSP de conseguir una mejor relación calidad-precio en los procesos de compra.

Considera que la LCSP, en sus artículos 131.2 y 145.1, establece como regla general la obligación para los órganos de contratación de incluir múltiples criterios de adjudicación que permitan valorar, por un lado, la calidad de la prestación objeto de oferta y, por otro, el precio o coste de la misma, para establecer una relación entre ambas. Siendo esta la regla general, la única salvaguardia posible para una finalidad primordial de la contratación pública como es la búsqueda de la mejor relación calidad-precio, es también lógico entender que cuando la Administración decida apartarse de ella, está obligada a justificarlo debidamente en el expediente de contratación, incluyendo una motivación suficiente al respecto.

Por otro lado, alega que no concurren los requisitos para que pueda adoptarse el criterio único del precio en un contrato de suministro. Los productos no están perfectamente definidos y las ofertas admiten variaciones susceptibles de valoración. Los pliegos son contrarios a la LCSP y a las normas europeas en materia de contratación pública.

A su juicio, los productos de fluidoterapia (material para el suministro de sueros) que pretende adquirir el órgano de contratación no son productos normalizados o estandarizados en el mercado. Tienen características funcionales distintas, que los distinguen unos de otros, siendo además perfectamente posible establecer en el contrato de suministro condiciones relativas a los plazos de entrega y otras susceptibles de valoración. Los productos de fluidoterapia que se pueden ofrecer tienen características cualitativas y funcionales distintas como consecuencia de la heterogeneidad de los envases de sus distintas presentaciones. Existen envases de vidrio, envases de plástico rígido, otros de plásticos semirrígidos o flexibles y las bolsas. Algunos envases tienen una sola toma de entrada o puerto de inyección mientras que otros tienen dos tomas de entrada o puertos de inyección. La

configuración del envase y sus tomas de entrada incide en la facilidad de apertura y penetración del punzón, lo que, junto al tamaño y accesibilidad del colgador y la facilidad de acceso a los puntos de inyección, redunda en beneficio de la actividad asistencial a la que están destinados. La ausencia de látex, de DEHP, PVC, el porcentaje de material reciclado en el envase, son factores ambientales que también deben tomarse en consideración (tal como exigen los artículos 1.3, 35.1.c), 122.2, 124 y 145.2 de la LCSP). Además, cada uno de estos diferentes tipos de envase tiene distintos comportamientos físicos y ergonómicos, lo que se traduce en diferencias en la gestión logística y almacenamiento del producto por parte del hospital, en diferencias en manejabilidad de los productos, etc.

Señala que la identificación de los distintos productos de fluidoterapia a través de su etiquetado es diferente entre unos productos y otros, que puede contener más o menos información, instrucciones de uso, códigos identificativos o de barras que faciliten la gestión logística.

También es perfectamente posible establecer en el contrato de suministro determinadas condiciones relativas a los plazos de entrega para pedidos ordinarios o plazos de entrega para pedidos urgentes.

A su juicio, el PPT contiene una descripción de los productos que se pretende adquirir y una mención a ciertas características técnicas de los mismos. No obstante, se trata de una descripción de mínimos, insuficiente por sí misma. Se mencionan ciertas características técnicas de los productos pero no se hace, ni mucho menos, de forma exhaustiva o pormenorizada como hemos visto que sería preceptivo. Pese a definirse determinados requisitos que deben reunir los productos a suministrar, se omiten otras muchas condiciones que pueden concurrir en éstos para terminar de configurarlos. Se dejan diversas cuestiones al arbitrio de los licitadores. Cuestiones que, por incidir en la calidad del producto suministrado y en la facilidad de su uso por parte de los profesionales sanitarios, implican la existencia de un margen de mejora de las ofertas. Se trata de cuestiones como:

- Número de tomas de entrada o puertos de inyección.
- Facilidad de apertura y grado de penetración del punzón.
- Si la presentación debe hacerse en envase estéril.
- Tamaño, accesibilidad y capacidad de rotación del colgador.
- Ausencia de DEHP.

En cuanto al etiquetado de los productos, señala una serie de características que pueden mejorar la actividad asistencia, como Instrucciones de uso, códigos identificativos y código de barras.

Así mismo, destaca una cuestión que se menciona en los pliegos dejando un gran margen de actuación a los licitadores y a la que, sorprendentemente, no se atribuye puntuación alguna (por haberse asignado toda puntuación posible al precio). Se refiere a obligaciones y requisitos que podríamos denominar “*medioambientales*”, cuyo cumplimiento es exigido en los pliegos, sin que se establezca cómo debe efectuarse y qué valoración hará el órgano de contratación de las distintas formas alternativas de cumplimiento. Se exige que en el envasado y embalado de los productos se tenga en cuenta el impacto ambiental del mismo, el cartonaje y su eliminación.

Finalmente, alega que, en lo que concierne a las condiciones y plazos de entrega, existe también un amplio margen de mejora de las ofertas por parte de los licitadores. Los pliegos no incorporan ningún tipo de prescripción acerca del suministro de los productos. No regulan aspectos como, por ejemplo, plazos máximos de entrega para pedido ordinarios y para pedidos urgentes, o la exigencia de un mínimo y concreto periodo de caducidad del producto suministrado, etc.

Por su parte, el órgano de contratación alega que en las especificaciones técnicas se describen todas las necesidades que deben cumplir los productos a evaluar. Entre ellas se especifica que sean medicamentos registrados en España, lo que garantiza la calidad de los mismos en todos los aspectos. No se consideró necesario incluir las especificaciones técnicas como un criterio de adjudicación del

contrato, puesto que los productos que no cumplan todas las especificaciones técnicas, no cumplirán con las condiciones para ser adjudicados.

A su juicio, la argumentación realizada en el recurso respecto a que no está debidamente definido el producto no es cierta, ya que es amplia y suficiente para que los licitadores tengan la información precisa para realizar sus ofertas y por ello, si cumplen los requisitos, con el criterio precio se obtendrá el medicamento necesario al menor coste posible, no vulnerando en ningún momento la LCSP. No se requiere, a juicio de la Jefe de Servicio de Farmacia, valorar ningún otro criterio relacionado con la calidad, se necesita concretamente lo que se solicita.

Invoca la normativa vigente al respecto de la producción y envasado de los productos objeto de suministro y que recuerda deben cumplirse con independencia de los términos de los pliegos de condiciones.

No efectúa alegación alguna sobre los aspectos medioambientales.

Finalmente señala que la adjudicación por criterio único, el precio, está contemplado en múltiples expedientes de contratación siempre que quede perfectamente definido el objeto del contrato, sin necesidad de valorar otros criterios que no mejoran la calidad del producto y que además están regulados en los Pliegos Administrativos, como los plazos de entrega.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar si el criterio de adjudicación que consta en el PCAP es ajustado a derecho.

El artículo 131.2 de la LCSP establece: “*La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento*”.

Por su parte, el artículo 145 de la misma ley establece “*Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato*”:

1. *La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.*

Previa justificación en el expediente, 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.

2. *La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.*

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes (...).

3. *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”.*

Finalmente, para completar el marco normativo que nos interesa para la resolución del recurso, procede traer a colación el artículo 116.4 de la LCSP, que establece:

“4. *En el expediente se justificará adecuadamente:*

c) *Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”.*

Del análisis de la citada normativa se pueden extraer dos conclusiones: primera, en el contrato de suministros la regla general es la aplicación de más de un criterio de adjudicación y segunda que los criterios que se tendrán en cuenta para la

adjudicación del contrato debe quedar justificados adecuadamente en el expediente de contratación.

Procede, tal y como se estableció en la Resolución 73/2021 de 11 de marzo: “*analizar el expediente de contratación para determinar si consta dicha justificación y si ésta es suficiente*”.

En la memoria justificativa del contrato se hace constar:

“4. Justificación del procedimiento y criterios de adjudicación (Art. 131.2 y 156 LCSP):

Persiguiendo obtener la oferta con mejor relación calidad precio, se propone como más conveniente y adecuado, el sistema de adjudicación: PROCEDIMIENTO ABIERTO CRITERIO ÚNICO para la selección del contratista, debido a que se trata de la adquisición de productos completamente normalizados y con el fin de garantizar que la contratación del presente expediente se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de publicidad y transparencia, y de garantizar la no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, con la salvaguarda del cumplimiento de condiciones especiales de formación de personal y las orientaciones medioambientales con el objetivo de realizar una eficiente utilización de los recursos económicos, salvaguardar la libre competencia y garantizar la elección de la oferta con mejor precio”.

La excepcionalidad de la utilización del precio como criterio único de adjudicación queda acreditada en el expediente al considerar que se tratan de productos totalmente normalizados, considerándose suficiente esta justificación para admitir las posibles alteraciones que cada fabricante pueda efectuar en sus productos, siempre que respeten los requisitos técnicos exigidos en el Pliego Prescripciones Técnicas Particulares.

Se de recordar que el artículo 99 de la LCSP establece en su apartado 1 “*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”.

Respecto al caso que nos ocupa, procede traer a colación la Resolución 468/2019, de 11 de mayo del TACRC señala “*El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.*

(...)

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. (...)

En el mismo sentido, la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos manifiesta lo siguiente: “*Sobre la disconformidad con los requisitos, especificaciones y características técnicas detalladas en la cláusula tercera del PPT, hemos de principiar señalando que este Tribunal, en su Resolución 688/2015, señaló que: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”. Criterio reiterado valiendo por todas la reciente resolución 1355/2021, de 7 de octubre.*

En el presente caso, por lo que resulta del expediente, el órgano de contratación ha fijado en los PPT, de un modo claro y razonable, las necesidad a satisfacer y en uso de la discrecionalidad que legalmente se le reconoce y de la experiencia acumulada, ha diseñado las característica técnica que considera más idóneas para la satisfacción el interés público , definiendo el objeto del contrato con precisión, a fin de garantizar que los bienes a suministrar sean adecuadamente utilizados por sus destinatarios, personal técnico, conocedores de una tecnología determinada y que redunda en una mayor calidad y seguridad en la prestación del servicio.

Todo ello, lleva a considerar a este Tribunal que se han cumplido las previsiones recogidas en los artículos 124, 125 y 126 de la LCSP respecto a las prescripciones técnicas del presente contrato.

Por todo ello se desestima el recurso interpuesto en todos sus fundamentos.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal dela Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parental Hospitalaria, contra los Pliegos de Condiciones Particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de productos de fluidoterapia para el Hospital Universitario de Getafe” número de expediente FAR PACU 2021-1-45.

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.