

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

En Madrid, a 10 de junio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.E.A., en nombre y representación de CAREFUSION IBERICA 308, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento abierto, adquisición de diverso material fungible de infusión para bombas volumétricas y de jeringa y sistemas por gravedad para los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste, del Tajo y Fuenlabrada, tramitado por la Empresa Pública Hospital de Vallecas (Hospital Universitario Infanta Leonor), nº de expediente: 3/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8, 9 y 11 de mayo de 2015, se publica respectivamente en el BOE, DOUE y BOCM, la convocatoria de licitación del expediente para la adquisición por procedimiento abierto y criterio único, el precio, del suministro de diverso material fungible de infusión para bombas volumétricas y de jeringa y sistemas por gravedad para los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta

Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste, del Tajo y Fuenlabrada, dividido en cuatro lotes. El valor estimado del contrato asciende a 2.699.920 euros.

Segundo.- Con fecha 28 de mayo de 2015 CAREFUSION IBERICA 308, S.L. interpuso ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). El citado recurso había sido previamente anunciado el día 25 de mayo. Por el Tribunal se dio traslado del mismo al órgano de contratación que envió el expediente y el preceptivo informe el 1 de junio.

En el recurso se alega en primer lugar que las cláusulas 1.7 y 12 del PCAP, en cuanto establecen que el contrato se adjudicará atendiendo a un único criterio de adjudicación, incurren en infracción del artículo 150.3 TRLCSP.

En segundo lugar el PPT, impone al contratista la obligación de entregar -además de determinados bienes fungibles para bombas volumétricas y de jeringa- la puesta a disposición y mantenimiento de dichos equipos y sus soportes, sin proporcionar a los licitadores información suficiente al respecto. Desconociendo la cantidad de bombas y soportes que habrán de suministrarse y mantenerse, se incumple lo establecido por los artículos 86 y 87 del TRLCSP.

Igualmente respecto de los soportes de las bombas, se indica que pasarán a ser propiedad del hospital una vez finalice el contrato, lo que consideran un pago aplazado contrario al artículo 87.7 del TRLCSP o la donación de dichos soportes que requeriría un negocio jurídico específico, en virtud del artículo 4.1.p) del TRLCSP.

Finaliza solicitando que se acuerde la anulación de los pliegos impugnados y la realización de una nueva convocatoria con unos Pliegos que se adecúen al ordenamiento jurídico. También solicita la suspensión del procedimiento de licitación impugnado.

Tercero.- Con fecha 3 de junio de 2015, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de CAREFUSION IBERICA 308, S.L., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) en cuanto que se trata de una potencial licitadora.

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

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, ya que los Pliegos fueron puestos a disposición de los interesados el día 11 de mayo por lo que el recurso interpuesto el día 28 estaba en plazo.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP y contra el PPT que han de regir el procedimiento abierto correspondientes a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Se alega en primer lugar infracción del artículo 150.3 del TRLCSP.

La cláusula 1.7 y 12 del PCAP dispone como único criterio de adjudicación el precio.

La Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en el considerando 46, explica que la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Continúa diciendo dicho considerando que cuando los poderes adjudicadores opten por adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. La regulación positiva del artículo 53 de la citada Directiva también se expresa en términos alternativos para la elección de los criterios de adjudicación: bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa.

El artículo 150 del TRLCSP en la transposición que hace de la citada Directiva introduce en la legislación nacional el criterio oferta económicamente más ventajosa. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 150, el órgano de contratación puede utilizar como criterios para la adjudicación del contrato o bien el precio más bajo o diversos criterios, facultad discrecional del órgano de contratación.

Seguidamente el apartado 3 del citado artículo 150, enumera una serie de supuestos en los que procederá la valoración de más de un criterio en la adjudicación.

“3. La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...).

d) Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

(...).

f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados 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 este mismo sentido, el artículo 67.2 de la Directiva 2014 /24/UE, establece que *“La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate”.*

Considera la recurrente que en los contratos de suministro, con carácter general debe aplicarse más de un criterio, salvo que los productos a adquirir estén normalizados, no sea posible variar los plazos de entrega o introducir modificaciones. Asimismo, será preciso emplear criterios adicionales en aquellos casos en los que la ejecución de las prestaciones contractuales sea compleja, o se requiera el empleo de tecnología avanzada.

Señala que: *“el TRLCSP emplea el término “procederá” y no una locución del tipo “podrán admitirse criterios adicionales”, de modo que resulta evidente que el legislador ha considerado necesario el empleo de más de un criterio en determinados casos en los que, en atención a las prestaciones a contratar y para la identificación de la mejor oferta, resulta preciso valorar otras características de las ofertas conforme al resto de criterios -además del precio- señalados en el artículo 150.1 TRLCSP”.*

Cita en este sentido la Resolución 22/2012 de 29 de febrero de 2012, de este Tribunal en la que se decía: *“Por tanto este apartado 3 [se refiere al 150.3 TRLCSP]*

viene a restringir la inicial discrecionalidad del órgano de contratación y, en los supuestos que enumera, obliga a utilizar más de un criterio para la adjudicación. El carácter imperativo se deriva de la expresión “procederá” en la acepción de mandato o conformidad a derecho”.

Igualmente, cita la Resolución 132/2013 de 5 de abril del Tribunal Central de Recursos Contractuales que se pronuncia en igual sentido.

En definitiva, considera que, entre otros, en los supuestos contemplados en los apartados d) y f) del artículo 150.3 TRLCSP resulta preceptivo el empleo de, al menos, un criterio de valoración de las ofertas adicional al precio.

Se alega por el órgano de contratación que el equipamiento al que se hace referencia en los Pliegos, se trata de una tecnología normalizada y de uso común en todos los hospitales y que *“dado que quedan definidos todos los requisitos técnicos que, como mínimo, deben cumplir los productos a suministrar, no siendo necesaria la incursión de otros criterios técnicos de valoración adicionales para adjudicar el contrato al proveedor que cumpla todas las exigencias y su precio sea el más económico para la administración, por lo que queda justificado la utilización del precio como único criterio de valoración de las ofertas”.*

Este Tribunal en su Resolución 56/2012, de 13 de junio, señaló que la expresión “normalizar” del artículo 150.3.f) del TRLCP debe ser entendida como *“tipificar, es decir ajustarse a un tipo o norma”*, y concluía que en tal supuesto podía entenderse que existía esa normalización toda vez que en aquel PPT y, particularmente, en sus anexos se establecían, de una manera exhaustiva, extensa y prolija las especificaciones técnicas “detalladas” de los distintos productos a suministrar.

La regulación legal refleja la idea de circunscribir el uso de la valoración de las proposiciones sólo mediante el criterio precio en los casos en que el objeto del

contrato tenga un nivel de definición técnica y funcional prácticamente normalizado en el mercado, de manera que no queda margen significativo de valoración adicional tal como concretamente señala el informe del órgano de contratación ocurre en este supuesto. Cuando el apartado f) del artículo 150.3 hace referencia a la imposibilidad de “introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato” se está refiriendo a la imposibilidad de ofrecer alternativas o mejoras respecto de los requisitos técnicos o funcionales establecidos en el PPT.

Se trata en definitiva de comparar ofertas prácticamente idénticas en las que tan solo el precio y no la cantidad o calidad de las prestaciones, marque la diferencia entre ellas. Esto supone que el órgano de contratación al redactar el PPT debe ser extremadamente cuidadoso y describir exhaustivamente las prestaciones, el equipo técnico y humano, las calidades y cuantos extremos deban formar parte de la oferta pues solo en ese caso, la adjudicación a la proposición de inferior precio será la oferta económicamente más ventajosa que impone el art 150 del TRLCSP.

En el PPT se contiene una suficiente y detallada descripción de las características técnicas del material fungible objeto del suministro, para tenerlo por perfectamente definido, sin embargo se incluyen dentro de las prescripciones la realización de prestaciones accesorias que, como indica la recurrente, no pueden considerarse actividades normalizadas, como son el mantenimiento, preventivo y correctivo y la formación del personal sanitario.

Debe tenerse en cuenta que la prescripción técnica tercera, establece 10 actividades accesorias al suministro, a realizar por el o los adjudicatarios de los lotes que pueden y deben ser objeto de valoración mediante criterios distintos al precio. Entre ellas, los mantenimientos que hemos indicado, la formación y el suministro de determinada documentación, etc.

Esto hace que las ofertas no puedan ser comparables utilizando únicamente el criterio precio pues se han incluido factores variables en las proposiciones, es

evidente que no es igual un tipo de mantenimiento que otro o un Plan de formación que otro. Como ya ha mantenido este Tribunal en otras ocasiones, estas actividades accesorias influyen necesariamente en el precio del contrato y por lo tanto deben valorarse adecuadamente mediante la utilización de criterios distintos al precio que permitan considerar las ofertas en su conjunto y de forma análoga.

En consecuencia, procede estimar el recurso por este motivo.

Sexto.- En cuanto a la indefinición del PPT, alegada por la recurrente, sobre el número de bombas aproximadas a suministrar el órgano de contratación considera que *“el pliego indica que será cada Hospital el que solicite las unidades necesarias, los datos de la asistencia son proporcionales y las casas comerciales tienen calculado los ratios de necesidades, porque son éstas las que nos han asesorado en multitud de ocasiones”*.

Añade que no obstante, se va a proceder a publicar en el Portal de Contratación la información disponible sobre el número de equipos y el parque de bombas existente como documentación adicional a los Pliegos

Teniendo en cuenta que la estimación del número de equipos que vayan a necesitarse es esencial para el cálculo de la proposición económica, entendemos que esa información sobre las previsiones de demanda debe incluirse en los Pliegos.

Así lo consideró este Tribunal en su Resolución 165/2013 de 21 de octubre, citada por la recurrente, en un caso análogo al ahora analizado.

De lo contrario estaríamos provocando una indefinición sobre el propio objeto del contrato, dejando al arbitrio de una de las partes la determinación del contenido de la prestación. No olvidemos que aunque el artículo 9.3. a) del TRLCSP permite que en el contrato de suministro la cuantía total no se defina con exactitud, sí que

debe establecerse algún parámetro de referencia, por lo que el recurso debe también estimarse por este motivo.

Séptimo.- Se alega por la recurrente que la obligación de entregar junto con las bombas cedidas los soportes de las mismas, *“que pasarán a ser propiedad del hospital a la expiración del contrato”* constituye una infracción del artículo 87.7 del TRLCSP en cuanto que supone un pago aplazado o en su caso una donación.

El órgano de contratación en su informe sostiene que *“es práctica habitual en la asistencia sanitaria, la entrega gratuita de los palos soporte donde se colocan las citadas bombas, por lo que siempre han sido incluidos en el precio”*. Y añade, *“esta prestación se encuentra comprendida en el precio del contrato, pues son claramente accesorios del bien que principalmente los integra (los sistemas de infusión), lo que es práctica habitual en el ámbito sanitario”*.

Analizando el texto del PPT vemos que para el Lote 1.1 *“Sistemas para bomba estándar”*, se establece que se deben ceder las bombas necesarias compatibles con el fungible descrito *“...las bombas estarán soportadas en sus correspondientes soportes...”* de igual modo se dispone para el número de orden 1.2. *“Sistemas de infusión estándar para bomba de infusión de doble canal y presión variable”*.

En estos casos debe entenderse que se ceden las bombas y su correspondiente soporte, manteniéndose la propiedad de las mismas en la empresa suministradora que las retirará cuando finalice el contrato.

Respecto del lote 1.5 *“Productos fungibles para bombas de jeringa de determinados modelos”*, cuya propiedad es del Hospital Infanta Sofía. Aquí se dice textualmente: *“las bombas descritas estarán soportadas en sus correspondientes soportes ...”*.

Sin embargo, en este caso lo que se suministra no son las bombas, que ya las posee el Hospital sino determinados fungibles, por lo que no parece correcto incluir los soportes. Si se considera que éstos son necesarios para las bombas existentes, deben ser objeto del contrato, indicándose el número necesario y el precio y formando parte de un lote específico. La redacción actual es confusa puesto que nada se indica sobre que esos soportes deban cederse y en cualquier caso al no suministrarse las bombas, no pueden considerarse los soportes como accesorios necesarios y deben tener el tratamiento de un producto independiente.

En cuanto al Lote 2. Adquisición de diverso material fungible de infusión para bombas volumétricas y de jeringa por gravedad, Orden 2.2 Sistema de sangre para bomba de infusión estándar. En este apartado se incluye que los adjudicatarios de los órdenes 2.1-2.3 deberán ceder al hospital los soportes que pasarán a ser propiedad del Hospital y las bombas necesarias.

Consideramos que si los soportes de las bombas se consideran un accesorio de las mismas deben tener el mismo tratamiento jurídico, es decir, deben ser cedidos y la propiedad de los mismos como las de las propias bombas a las que sirven, es de la empresa suministradora. La entrega sin contraprestación de un producto supone el enriquecimiento injusto de la parte que la recibe, vulnerando los principios de la contratación pública.

No podemos olvidar que el artículo 293 TRLCSP consagra el derecho del contratista a cobrar un precio cierto por los bienes que suministre. Sin embargo, no se fija para estos productos un precio: el contratista no puede facturar precio alguno por ellos.

La afirmación del órgano de contratación de que el precio de los soportes está incluido en el precio de los fungibles, carece de cualquier soporte documental o probatorio en el expediente administrativo. El hecho de que pueda haber sido una práctica habitual en el sector, no significa que en este caso se cumplan los requisitos

necesarios para apreciar que el coste de los soportes ha sido incluido en el precio de los fungibles.

Finalmente, debemos referirnos a la prescripción tercera del PPT. Especificaciones técnicas comunes para todos los lotes y números de orden:

“5. Cada bomba de infusión debe ser soportada por un soporte con ruedas que entregará sin coste alguno la empresa adjudicataria”.

Aquí se advierte una clara contradicción con lo establecido anteriormente, en cada lote o número de orden se contemplan situaciones diversas, sin embargo en la prescripción tercera se dispone la entrega de los soportes en propiedad en todos los casos.

En definitiva, debemos concluir que el contenido del Pliego es confuso en cuanto a la obligación de cesión de elementos accesorios que en cualquier caso no deben pasar a ser propiedad del Hospital, salvo que se considere necesaria su adquisición y en ese caso pasen a formar parte del objeto del contrato y de la licitación, con todos los requisitos necesarios, número de unidades aproximadas y precio de cada unidad.

En consecuencia, procede estimar la pretensión de la recurrente, anulando la previsión del PPT por la que se impone al adjudicatario la obligación de suministrar los soportes sin coste alguno para el órgano de contratación, que deberá sustituirse, si se considera necesario, por la obligación de suministrar los soportes que sean precisos, estableciendo un precio unitario por cada uno que se entregue o bien que se trate de una cesión junto con las de las bombas que se entreguen, permaneciendo la propiedad del suministrador sobre los dos productos.

En consecuencia, procede la anulación del PCAP, del PPT y del procedimiento de adjudicación que deberá iniciarse de nuevo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto don J.E.A., en nombre y representación de CAREFUSION IBERICA 308, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento abierto, adquisición de diverso material fungible de infusión para bombas volumétricas y de jeringa y sistemas por gravedad para los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste, del Tajo y Fuenlabrada, tramitado por la Empresa Pública Hospital de Vallecas (Hospital Universitario Infanta Leonor) nº de expediente: 3/2015, anulando el PCAP y el de PPT y el procedimiento de licitación que deberá iniciarse de nuevo, si se considera necesario, elaborando unos nuevos pliegos que contengan las consideraciones expuestas en los fundamentos de derecho de esta Resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.