

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

En Madrid, a 1 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.N.J., en nombre y representación de Air Liquide Medical, S.L. (AIR LIQUIDE), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de “Suministro de nitrógeno líquido (criopreservación) y suministro y servicio de trazabilidad interna de balas de gases medicinales”, número de expediente: GCASU 2016-1-MAN, del H.U. Puerta de Hierro de Majadahonda, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 de abril, 7 y 10 de mayo de 2016, se publica respectivamente en el DOUE, BOE, BOCM y Perfil de Contratante del Hospital, la convocatoria de licitación del expediente para la adquisición por procedimiento abierto y criterio único, el precio, del suministro indicado. El valor estimado del contrato asciende a 948.322,70 euros.

Segundo.- Con fecha 19 de mayo de 2016 Air Liquide interpuso ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT). El citado recurso había sido anunciado ese mismo día. Por el Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación que envió el expediente y el preceptivo informe el 24 de mayo.

En el recurso se alega en primer lugar que las cláusulas 1.7, 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, que el PCAP (cláusula 3) califica el contrato como un contrato de suministro, cuando en realidad se trata de un contrato mixto en el que preponderan las prestaciones de servicios.

En tercer lugar, se alega que no se ha justificado debidamente la falta de división en lotes, tal y como exige el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24, que consideran tiene aplicación directa.

Finaliza la recurrente 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 25 de mayo de 2016, el Tribunal acordó denegar 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 Air Liquide, 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 la 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 10 de mayo por lo que el recurso interpuesto el día 19 está 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.

Las cláusulas 1.7, 7 y 12 del PCAP disponen como único criterio de adjudicación el precio. Considera la recurrente que *“asumimos que el PCAP está tratando de justificar la aplicabilidad del precio como único criterio de adjudicación al entender que los suministros a contratar en este caso están ‘perfectamente definidos por estar normalizados’, tal y como exige el precepto aludido en la Cláusula parcialmente transcrita, al identificarse los tipos de gases y formatos admisibles en el Anexo I del PPT. Pues bien, como seguidamente argumentamos, en atención a las prestaciones que integran el contrato que se licita y de acuerdo con lo argumentado en el apartado anterior, debe considerarse que dicho Contrato requiere para su adjudicación la toma en consideración de criterios adicionales y no solo el precio. Al no haberse hecho así, el PCAP vulnera frontalmente el art. 150.3 TRLCSP y,*

concretamente, las letras a), d) y f) de dicho precepto, de modo que debe ser anulado”.

Argumenta en este sentido, que de acuerdo con el apartado 1 del PPT, la ejecución del contrato no conlleva solo el suministro de gases medicinales sino que las prestaciones son mucho más amplias, incluyendo el servicio de trazabilidad interna de balas de gases, la asistencia técnica, el mantenimiento integral y las revisiones de los equipos y la formación específica al personal del Hospital (apartado 5 del PPT).

Cita en apoyo de sus alegaciones las Resoluciones de este Tribunal, 82/2015, de 10 de junio y la 170/2015, de 21 de octubre, en la que se señalaba *“la necesidad de justificar adecuadamente en el expediente de contratación la no concurrencia de alguno de los supuestos enumerados como de obligatoria valoración de más de un criterio. Desde luego no encontramos una definición de lo que ha de considerarse ‘tecnología especialmente avanzada’ o ‘cuya ejecución sea particularmente compleja’, pero es evidente que el material de laboratorio no es una tecnología consolidada sino en constante actualización. Tampoco se ha acreditado que los productos estén perfectamente definidos por estar normalizados, cuestión, que si bien fuera posible respecto de los productos a suministrar, es difícil de reconocer sobre todo en el equipamiento o en la automatización global del laboratorio”.*

El órgano de contratación en su informe alega que *“de la lectura del pliego de prescripciones técnicas se observa que los diferentes suministros y concretamente las características y especificaciones contenidas en ellos, están perfectamente definidas siendo ofertadas por la mayoría de las empresas del sector”.* Añade además, que *“para la configuración de los criterios de valoración, no existe ningún precepto que obligue al centro a definir pluralidad de criterios o un único criterio de valoración de las ofertas, motivo por el cual esta dirección ha optado por incluir un único criterio, al entender que este sistema de valoración conlleva una mayor seguridad jurídica, así como un menor riesgo de que se cometan arbitrariedades y equivocaciones en el análisis de las ofertas, pues una vez superada la fase de*

análisis del cumplimiento de las características técnicas previstas en el PPT, no se requiere la valoración de prestaciones añadidas en la calidad de los productos, que no aportan mayor valor a su utilización. Lo que se pretende es comparar ofertas en las que tan solo el precio y no la cantidad o calidad de las prestaciones, marque la diferencia, por ello al redactar las prescripciones técnicas se ha cuidado de describir las prestaciones y el resto de extremos que deban formar parte de la oferta de cada licitador". En cuanto a la formación exigida, expone que "consiste en una simple demostración del funcionamiento de las botellas a los profesionales, tal y como ha realizado hasta ahora la recurrente".

El artículo 150.1 del TRLCSP establece que 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”.

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. Además, en la Resolución 82/2015, de 10 de junio, se ha referido a las condiciones que deben cumplirse para que sea admisible la inclusión como único criterio el precio, señalándose que “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”.

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 este caso, el Anexo I del PPT contiene una suficiente y detallada descripción de las características técnicas del material objeto del suministro, para tenerlo por perfectamente definido, sin embargo se incluyen también dentro de las prescripciones, la realización de prestaciones accesorias que, como indica la recurrente, no pueden considerarse actividades normalizadas, como son la aportación de una herramienta informática de trazabilidad de las botellas (apartado 2.2.3 del PPT), el mantenimiento preventivo-técnico-legal de las instalaciones y las botellas (apartado 3 del PPT) y el Plan de formación del personal sanitario el personal del servicio técnico y para los usuarios (apartado 5 del PPT).

Debe tenerse en cuenta por otro lado, que el PPT exige expresamente al licitador, en distintos apartados, una descripción técnica del funcionamiento del servicio de trazabilidad y de los recursos informáticos de que dispone, una descripción en detalle tanto de la herramienta informática de trazabilidad como de las acciones que se realizarán para garantizar los resultados, y la especificación en su oferta del programa de formación propuesto, con indicación expresa del número de cursos a realizar.

Independientemente de la dificultad de incluir esas descripciones en un procedimiento en el que no existe oferta técnica porque el único criterio es el precio

y no hay más que dos sobres, de documentación administrativa y de la proposición económica, esas exigencias hacen que las ofertas no puedan ser comparables utilizando únicamente el precio, pues se han incluido factores variables en las proposiciones. Es evidente que no es igual un tipo de herramienta de trazabilidad que otra, un 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 lo que implica necesariamente la anulación de los Pliegos y del procedimiento.

Dicha anulación supondría la no procedencia de entrar a analizar los restantes motivos del recurso pero dado que se deben elaborar nuevos Pliegos, parece necesario pronunciarse sobre el resto de motivos a fin de evitar que posibles defectos puedan ser causa de ulteriores recursos.

Sexto.- El segundo motivo de recurso se refiere a la calificación del contrato, que entiende la recurrente debería ser mixto, aplicándose las normas relativas a los servicios ya que las prestaciones de servicios son preponderantes respecto del suministro.

El órgano de contratación en su informe, considera que debe *“tratarse de un contrato de suministro en el que las prestaciones adicionales están reguladas como obligatorias en la normativa de los medicamentos. A su vez se ha considerado la propia configuración del suministro actual, que se factura por el número de unidades suministradas y el precio unitario fijado (m³,...)*” (...) *“Resulta evidente que en el caso que nos ocupa, esta vinculación y complementariedad entre el suministro de los gases y el resto de prestaciones contenidas en el PPT, no pueden considerarse como extraños o ajenos al objeto del contrato, pues son claramente accesorios a los bienes que se entregarán y están remuneradas de forma conjunta con el precio*

unitario que se abonará, ya que en el pliego, se ha delimitado perfectamente el número de balas a entregar con el fin de que cada licitador pueda realizar correctamente su oferta económica, asumiendo que el precio unitario incorpora una parte alícuota del resto de prestaciones. De esta forma los licitadores pueden calcular el precio con todos los costes que tendrán una repercusión directa. Dado que esta dirección entiende que la prestación principal es el suministro, la configuración como contrato mixto en la que la prestación de mayor valor económico es el suministro de los gases, nos conduce a que las normas que deben observarse son las del contrato de suministros, desestimando lo alegado por Air Liquide en relación a la inseguridad jurídica del contrato”.

El Tribunal a la vista del contenido del PCAP y del PPT considera, como el órgano de contratación, que nos encontramos ante un contrato de suministro que conlleva una serie de prestaciones accesorias, necesarias para la ejecución correcta del contrato pero que no desvirtúan la calificación del mismo, que debe ser de suministro. Dichas prestaciones accesorias están incluidas en el precio unitario de los productos y no se ha acreditado que su valor económico sea superior al del producto. Por lo tanto, debe desestimarse este motivo de recurso.

Séptimo.- Por último se alega por la recurrente que *“el órgano de contratación debió justificar, conforme al artículo 46.1 de la Directiva de Contratación, la no división en lotes de las distintas prestaciones del Contrato. El incumplimiento de esta obligación determina la nulidad de los Pliegos del Contrato con base en el artículo 63.1 de la LRJPAC”.*

El órgano de contratación en su informe sostiene que *“la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE, lo que ha pretendido en relación con los lotes, es dar apoyo institucional al emprendimiento y, por lo tanto, a las Pymes, no se comprende la insistencia de la mercantil recurrente en la división en lotes cuando en la actualidad la totalidad de las prestaciones las viene realizando una misma empresa -la*

recurrente-. Por otra parte no se concreta en el texto del recurso, los perjuicios que a su empresa le puede suponer la falta de división en lotes”.

La nueva Directiva de contratación, cuyo plazo de transposición venció el pasado 18 de abril, impone la necesidad de motivar la no división en lotes del contrato. En este caso esa motivación no consta en el expediente, a pesar de que el PPT en su apartado 2 hace referencia a los gases a suministrar, indicando que se encuentran en el Anexo I *“así como su división en lotes”*, división que finalmente no aparece. Por ello sería deseable, ya que han de elaborarse nuevos Pliegos, que se hiciera una referencia a las razones que motivan la licitación conjunta, más allá de la circunstancia de que en este momento se están suministrando de esta forma por la misma empresa.

En este sentido cabe citar la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 218/2016, de 1 de abril en la que, en un supuesto semejante de impugnación de Pliegos de un suministro de gases medicinales, concluye lo siguiente: *“en el supuesto examinado la Administración contratante, en uso de sus facultades discrecionales, ha decidido licitar un contrato único de suministro de gases medicinales; en justificación de cuya no división en lotes, argüía el órgano de contratación en su informe que ‘(...) el producto suministrado es único con independencia de si su entrega se realiza en forma líquida o en forma de gas a presión, por lo que no se entiende que tengamos que realizar una división por lotes de este suministro, ya que en el mercado existe un número suficiente de empresas capacitadas para realizar estos suministros que garanticen la concurrencia y, por ende, la posibilidad de obtener mayores ventajas para la administración. Además de lo anterior, consideramos que una empresa que se dedica a la compra de gas licuado para proceder a su gasificación y reenvasado no ofrece ninguna ventaja comparativa a la administración con respecto a otra que realice todo el proceso, ni técnica, ni cualitativa, ni mucho menos económica; de igual modo, cuando se realiza un suministro de un producto en mayor cantidad a un solo proveedor, es evidente que se pueden obtener mejores precios de suministro que hacerlo por lotes independientes a varios proveedores en cantidades más pequeñas.’ Se trata, por*

consiguiente, como afirma el órgano de contratación y no se contradice por la recurrente, del suministro de unos mismos gases que pueden entregarse en forma líquida o en forma de gas a presión. Esta argumentación justifica suficientemente, a juicio del Tribunal, la decisión discrecional del órgano de contratación de licitar un único contrato de suministro de gases medicinales sin la división en lotes, en línea con el artículo 1 de la LCSP (actual TRLCSP), siendo así que ‘todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación’ (Resolución 188/2011, de 20 de julio)”.

En consecuencia, procede estimar el motivo de recurso, debiendo motivarse expresamente la no división en lotes del contrato.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto doña M.N.J., en nombre y representación de Air Liquide Medical, S.L. (AIR LIQUIDE), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de “Suministro de nitrógeno líquido (criopreservación) y suministro y servicio de trazabilidad interna de balas de gases medicinales”, número de expediente: GCASU 2016-1-MAN, del H.U. Puerta de Hierro de Majadahonda, 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.