

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

En Madrid, 16 de noviembre de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.K., Presidente de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria (FARMAFLUID), contra los pliegos del contrato “Suministro de soluciones parenterales intravenosas del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, número de expediente: P.A. 2016-0-027, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 29 de septiembre de 2016 se publicó la convocatoria para la licitación del contrato de referencia en el BOCM y en el DOUE, por procedimiento abierto, con criterio único precio y con un valor estimado de 1.006.247,96 euros

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que la descripción en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) de los lotes, exige la presentación en frasco para los lotes 1 a 15, incluido y en bolsa para los lotes 16 a 18.

**Segundo.-** El 18 de octubre de 2016 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación

FARMAFLUID en el que solicita que se declare la anulabilidad de todas aquellas cláusulas del PCAP y del PPT que exijan, como característica técnica para los productos que se oferten, una presentación concreta, y que declare la anulabilidad de la cláusula 15 del PCAP donde solo se expresa como criterio de adjudicación la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, en los términos que se expondrán al examinar el fondo de la cuestión debatida.

**Tercero.-** El 26 de octubre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el que indica que *“La exigencia de estas características técnicas para la presentación de productos, mayoritariamente en vidrio, obedece a cuestiones de índole medioambientales, relacionadas con la disponibilidad de este Centro en lo que a la gestión de residuos se refiere.*

*En este sentido, cabe citar que, el Hospital Clínico San Carlos dispone de un sistema de Gestión Ambiental implantado desde el año 2003 y certificado mediante la norma UN EN ISO 14001 y el Reglamento europeo EMAS. (...) Sin embargo, actualmente, se está comenzando a valorar la posibilidad de utilizar sueros en plástico, además de sueros en vidrio, debido a que los sueros envasados en plástico proporcionan otras ventajas, desde el punto de vista de prevención de riesgos, manejo por parte de la enfermería y almacenamiento, todo ello sin incumplir los compromisos ambientales que el Hospital tiene suscritos”.*

En cuanto a la fijación como criterio de adjudicación únicamente del precio señala que *“El recurrente considera discriminatorio que no se valoren otros criterios distintos del precio, sin embargo, en la licitación que nos ocupa, los requisitos técnicos exigidos en el pliego se consideran suficientes para satisfacer el objeto del contrato, sin que resulte relevante su mejora. Asimismo, tampoco hay prestaciones accesorias que deban ser objeto de valoración, lo que impediría incluir el precio como único criterio de adjudicación”.*

## 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.-** El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación activa para la interposición del recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

La legitimación de una asociación para representar los intereses de sus asociados ante los tribunales ha sido reconocida de forma reiterada por la jurisprudencia y por la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, sobre la legitimación activa de las Asociaciones, el artículo 24.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.

El reconocimiento de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella

incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

El suministro de productos de fluidoterapia es una actividad que ejercen los asociados de FARMAFLUID, por lo que éstos ostentan un interés directo en la licitación convocada por el Hospital Clínico San Carlos. FARMAFLUID representa en el ámbito nacional a la industria fabricante y comercializadora de medicamentos y productos sanitarios destinados a fluidoterapia y nutrición parenteral (artículo 10 de los Estatutos de la Asociación), y tiene entre sus fines representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los campos económico, profesional, social, tecnológico y comercial frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos públicos o privados, españoles o extranjeros, a las Administraciones Públicas y las organizaciones profesionales (artículo 7 de sus Estatutos).

La interposición del presente recurso especial en materia de contratación supone el ejercicio por parte de FARMAFLUID de los fines estatutarios de la asociación. En defensa del interés colectivo del sector, puede impugnar unos pliegos de suministro de medicamentos de fluidoterapia sobre la base de considerar algunas de sus cláusulas ilegales y contrarias a los intereses de sus asociados.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso y se ha aportado Acta de la reunión de la Junta Directiva acordando la interposición del recurso.

**Tercero.-** El artículo 44.2.a) del TRLCSP dispone que *“Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”*.

El desarrollo reglamentario contenido en el artículo 19.2 del Reglamento de de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece en cuanto al plazo de recurso contra los pliegos, que *“el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”*. El apartado 1 del citado artículo, relativo al plazo de interposición del recurso contra el anuncio de licitación, indica que el plazo comenzará a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la ley no exija que se difunda por este medio.

En consecuencia, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos es el día en que se haya publicado la convocatoria en el DOUE cuando en ella se indique dónde se pueden obtener los mismos, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios, si se pone a disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos los pliegos y su documentación complementaria. En este caso la convocatoria fue publicada el 29 de septiembre en el DOUE, y los pliegos se pusieron a disposición de los interesados el mismo día por lo que el recurso presentado el 18 de octubre se presentó en plazo.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministro y de sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

**Quinto.-** Son dos los motivos de recurso hechos valer por la recurrente de un lado que los pliegos solo permiten que se ofrezcan medicamentos cuya presentación sea según el lote en frasco de vidrio o en bolsa de plástico, sin que dicha limitación esté

justificada y de otro que en este contrato no es posible establecer un criterio único de valoración (el precio atendiendo a las características del suministro).

En cuanto a la primera de las cuestiones a examinar señala la recurrente que no existe justificación técnica alguna para impedir participar en la licitación a los proveedores de fluidoterapia que comercializan medicamentos en envases en bolsa de plástico, botella de plástico semirrígido o frasco de vidrio. Dicha limitación supone la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia a lo que añade que un cambio tecnológico en los procesos de envase de los medicamentos de fluidoterapia requiere inversiones millonarias y años para su implementación y desarrollo.

Según informa el órgano de contratación, tal y como más arriba se ha indicado, la exigencia relativa a la forma de presentación de los productos en frasco o para tres lotes, en bolsa se debe a razones medioambientales y de políticas de gestión de los residuos del Hospital.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia 14 diciembre 2004, asunto C-434/02 y Sentencia 9 septiembre 2004, asunto C-304/01) en la que se declara la necesidad de respetar el principio de igualdad de trato entre los competidores. En la Sentencia de 3 de marzo 2005, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, en esta línea, se ha declarado que *“el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia (sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 81 y la jurisprudencia que allí se cita)”*.

En su Sentencia de 12 de marzo de 2008, Asunto T-345/03, el Tribunal de Justicia recuerda, con una profusa cita de su jurisprudencia anterior, que los poderes

adjudicadores están obligados a velar, en cada fase del procedimiento, por el respeto de la igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores, y que el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*. El órgano de contratación tiene derecho a determinar el tipo de material que desea utilizar. Como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1996, cuando señala que *“las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre concurrencia (...)”*.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público. El artículo 117.2 del TRLCSP establece que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias

funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de la misma que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando 29 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE: *“Las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios.*

*Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisito de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo (...).”*

Además debe tenerse en consideración lo dispuesto en el anexo VII.1.b) de la Directiva 2014/24/UE, en cuanto al definir qué se entiende por especificación técnica, se refiere a niveles de comportamiento ambiental y climático, de los productos, así como sus condiciones de envasado.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato, manifiesta que éste responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una

competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. En cuanto a la amplitud de la misma, en el apartado 85, señala que *“el hecho de que solo un número reducido de empresas, entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora, pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación concreta, que viene determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación o formato que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada, la más conveniente para satisfacer sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto. Tal como se motiva en la mencionada sentencia Bus Finland, la existencia de pocos productores o que los demás tengan dificultades para cumplir con lo que motivadamente se justifica como necesario para satisfacer las necesidades del órgano de contratación no supone vulneración del principio de igualdad de trato.

En los Pliegos no se menciona una fabricación o procedencia determinada, ni se requieren marcas, aunque sí una presentación concreta estando justificado lo requerido por lo señalado en el informe del órgano de contratación.

Por tanto, este Tribunal considera que la exigencia del requisito de presentación del producto en envase de vidrio o en su caso en bolsa está justificada por las necesidades a satisfacer, por ser considerada la más idónea para el cumplimiento del objeto del contrato, bien se trate de necesidades ambientales o funcionales, y no limita la concurrencia pues a la misma pueden adecuarse los productores si lo desean, respetando lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP.

**Séptimo.-** Finalmente cabe analizar el motivo de recurso referido a la elección como criterio de adjudicación, únicamente del precio.

Aduce la recurrente que las soluciones parenterales intravenosas que pretende adquirir el órgano de contratación no son productos normalizados, siendo posible además ofrecer distintos plazos de entrega y/o de resolución de incidencias que constituyen una parte muy importante del contrato de suministro. Señala asimismo que este Tribunal, en la Resolución 82/2015 de 10 de junio, estableció un criterio restrictivo respecto a la posibilidad de valorar las proposiciones solo mediante el criterio precio, y limitó dicha posibilidad a aquellos casos en los que no quede margen significativo de valoración adicional. Continúa señalando que en el caso que nos ocupa, el PPT se limita a describir las características técnicas del producto, sin especificar en ningún caso el resto de características de la prestación de suministro de productos de fluidoterapia ofertada, no se valora ni definen en ningún momento las condiciones de entrega de los productos, no valorándose por lo tanto elementos tan importantes y relevantes, como plazos máximos de entrega, la garantía de una distribución que asegure el buen estado de conservación del producto, caducidad de los productos, etc.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que en la licitación que nos ocupa, los requisitos técnicos exigidos en el pliego se consideran suficientes para satisfacer el objeto del contrato, sin que resulte relevante su mejora. Asimismo, tampoco hay prestaciones accesorias que deban ser objeto de

valoración, lo que impediría incluir el precio como único criterio de adjudicación. Está en concordancia con el objetivo de control del gasto que proclama el artículo 1 del TRLCSP.

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 (...).*

*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”.*

Por otro lado, 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 82/2015 de 10 de junio, se pronunció sobre un supuesto muy semejante al ahora planteado, argumentando lo siguiente: *“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”.*

El Tribunal, tras el análisis de los Pliegos, constata que, el PPT define pormenorizadamente las características de los productos por lo que debe admitirse que las características técnicas están suficientemente definidas para considerar que se refieren a productos, si no normalizados, al menos homogéneos y normalmente identificables en el tráfico al tratarse de formulaciones químicas, con sus porcentajes de dilución definidos y capacidades de cada presentación.

Por otro lado en el PPT se definen las exigencias que de forma obligatoria, no valorable debe cumplir el suministro de los productos, por ejemplo en relación con la posibilidad de valorar, como aduce la recurrente aspectos como la garantía de una distribución que asegure el buen estado de conservación del producto *“Tanto el embalaje como el sistema de transporte deben asegurar que no se produzca ningún deterioro ni en los medicamentos ni en su envase”*. Asimismo consta como condición mínima: *“El laboratorio tendrá la obligación de sustituir todas las unidades que:*

*Presenten defectos atribuibles a la fabricación.*

*Roturas por transporte.*

*Que caduquen (...).”*

En este caso el órgano de contratación ha considerado que determinados aspectos que eventualmente pudieran ser valorables, sean de exigencia obligatoria, lo que al no haberse impugnado su admisibilidad como tales, no permite su

consideración como criterios de valoración, correspondiendo esta decisión, dentro de los márgenes de la legalidad vigente, que consideramos que en este caso no se conculcan, al órgano de contratación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 don S.K., Presidente de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria (FARMAFLUID), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato mixto de suministro para la adquisición de productos de fluidoterapia y de servicios para la gestión integral de su aprovisionamiento en el Hospital 12 de Octubre, número de expte: P.A. 2016-0-121.

**Segundo.-** 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 TRLCSP.