

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

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación legal de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria contra el anuncio de licitación, Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de productos de fluidoterapia para el Hospital Universitario de Getafe, expediente de PACU 2020-01-91., este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 5 de noviembre de 2020, se publica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el anuncio y Pliegos del contrato referido. El 9 de noviembre en el DOUE. Y el 19 en el BOCM. El valor estimado de los ocho lotes es de 1.376.659,86 euros. El plazo de presentación de proposiciones vence el 7 de diciembre.

Segundo.- Con fecha 26 de noviembre de 2020, se interpone el recurso especial en materia de contratación por la entidad citada, fundado en la no contemplación de otro

criterio de adjudicación que el precio y contra el criterio de adjudicación de los lotes. Impugna en concreto las siguientes cláusulas del Pliego:

Sobre los lotes, el punto 1 de la cláusula primera:

“Los licitadores deberán ofertar todos los códigos incluidos en un lote, salvo que por su composición se considere que la oferta no precisa alguno de los artículos incluidos en dichos lotes”.

Sobre los criterios de adjudicación:

“Método para la evaluación de los costes facilitados:

Por cada lote y proveedor, se calculará la oferta total mediante la siguiente fórmula:

OF TOT= (cantidad 1 X precio 1) + (cantidad 2 X precio 2)+.... (Cantidad n X precio n)”.

Las especificaciones técnicas son ciertamente complejas.

El lote 1 tiene viene definido como *“fluidoterapia en vidrio/plástico rígido ecológico y 10 códigos definidos por los parámetros de principio activo, porcentaje en la composición del mismo y capacidad del envase”.*

El lote 2 como *“fluidoterapia en plástico flexible”* y sus nueve códigos son similares a los del lote 1.

El 3 es de *“glucosa concentrada”*, al 10% en los 5 códigos que comprende.

El 4 de *“ringer lactato”*, que es el principio activo de los 2 códigos que comprende.

El 5 de *“cloruro sódico 9% irrigación”*, que es el principio activo de los 3 códigos que comprende.

El 6 de *“cloruro sódico 0,9% irrigación bolsa plástico flexible 3000 ml”*, con un solo código.

El 7 de “agua destilada para irrigación”, con un código.

El 8 de “cloruro potásico diluido” con 6 códigos.

El punto 2 del PPT refiere a la “composición” de cada código del lote, y refiere al principio o principios activos de cada código y el peso o porcentaje del mismo en el producto a suministrar. Así en el lote 10, cuatro códigos tienen la misma composición, pero la capacidad de los envases es distinta. Otros tres coinciden en otra composición con distintas presentaciones. Y otros tres otra composición con 3 volúmenes de envases distintos.

El día 3 de diciembre se publica en el Portal de Contratación nota aclaratoria ante las dudas suscitadas y señala expresamente:

“3. Se deberá presentar oferta para todos los números de orden incluidos en cada lote. Este criterio aplica a todos los lotes sin excepción para adjudicar el lote completo a un único proveedor”.

Esta respuesta contesta a una consulta de BAXTER en la que pregunta expresamente a qué lotes es necesario ofertar a todos los códigos y en cuales no, afirmando que en licitaciones precedentes de permitió concurrir de forma diferenciada a los diversos códigos de cada lote.

“III. En la cláusula 1 ‘Características del contrato’ del PCAP se establece que ‘Los licitadores deberán ofertar todos los códigos incluidos en un lote, salvo que por su composición se considere que la oferta no precisa alguno de los artículos incluidos en dichos lotes’.

Por otra parte, en la Orden de inicio se justifica la división en lotes en que se aglutinan productos homogéneos de utilización complementaria entre ellos.

Sin embargo, y dado que en algunos casos se ha detectado que existe una falta de complementariedad en los productos incluidos en un mismo lote, no queda claro en qué lotes se permitirá la presentación de oferta a algunos códigos y no a la totalidad del lote, dejando al arbitrio del órgano de contratación su determinación, causando una evidente indefensión a los licitadores ya que no conocen en un principio el alcance

de su oferta.

Por todo ello, solicitamos que se indique para qué lotes habría que presentar oferta al lote completo y para cuáles podría presentarse oferta solamente a algunos de los productos incluidos en un lote.

Específicamente, en el caso del lote 1, se aprecia que el producto del orden 8, Glucosa 3,3% y cloruro sódico 0,3% no es complementario con los demás productos que conforman el lote, por lo que se estima que debería permitirse en este lote la presentación de una oferta por órdenes.

Es más, en el expediente de contratación adjudicado anteriormente (número PACP 2017-1-32) se permitía la presentación de oferta a los productos de manera diferenciada”.

Tercero.- Con fecha 2 de diciembre de 2020, se remite el informe del órgano de contratación que reenvía a los que adjunta del Servicio de Farmacia del Hospital y del servicio jurídico, conforme al artículo 56. 2 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).

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 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.- Cabe el recurso interpuesto contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones de un contrato de suministros con valor estimado superior a 100.000 euros de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se plantea en tiempo y forma, publicados los pliegos el 5 de noviembre el recurso se presenta en el Registro de la Consejería de Hacienda y Función Pública el día 26 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 51.1. b) de la LCSP.

Quinto.- El recurso tienen dos motivos: el primero, no contemplar en los Pliegos otro criterio de adjudicación que el precio. Afirma que vulnera el principio de adjudicación al licitador que oferte mejor conforme al binomio relación calidad/precio. A tales efectos cita y transcribe la exposición de motivos de la LCSP, sus artículos 1, 131 y 145. Señala que los productos de fluidoterapia no son funcionalmente uniformes, siendo perfectamente posible establecer en los pliegos otros criterios de adjudicación relativos a plazos de entrega y otros elementos de valoración. Las diferentes características cualitativas de los productos de fluidoterapia que se pueden ofrecer en la licitación son bastantes y diversas: relativas al etiquetado del envase, la presencia de código de barras, el tipo de envase, la facilidad de apertura y penetración del punzón, el tamaño y accesibilidad del colgador, la facilidad de acceso a los puntos de inyección, la ausencia de látex, de DEHP, PVC, el porcentaje de material reciclado en el envase, la presentación en bolsa estéril protegida, etc. 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.

Como prueba de ello cita diversas contrataciones de estos productos: Las Plataformas Logísticas Sanitarias de Sevilla y Granada, el Hospital Infanta Leonor, el Servicio Andaluz de salud.

Cita resolución de este Tribunal nº 82/2015, de 10 de junio de 2015 que *“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”*.

Afirma igualmente que contraviene la normativa de contratación pública a nivel europeo.

Impugna también la cláusula primera del PCAP que establece una excepción a la obligación de licitar a todos los productos de cada lote. La cláusula descrita empieza estableciendo como norma general que los licitadores deben ofertar todos los códigos relativos a un mismo lote, para después establecer una excepción a esa regla: *“salvo que por su composición se considere que la oferta no precise algunos de los artículos incluidos en dichos lotes”*. Dicha salvedad es totalmente confusa y errónea y no permite saber a los licitadores que vayan a concurrir a la licitación en qué lotes podrán presentar su oferta sin incluir todos los códigos de producto relativos al lote. La única referencia para poder saber si han de presentar o no todos los códigos es que por su composición se considere que no es preciso alguno de los artículos del lote. Dicha referencia no solo es ineficaz para resolver el dilema (oferta con todos los códigos u oferta sin todos los códigos) sino que además deja al arbitrio del órgano de contratación su determinación causando una evidente indefensión a los licitadores ya que no conocen en principio como deben presentar oferta. El establecimiento de dicha prerrogativa a la Administración es contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución.

Solicita la nulidad de esas cláusulas del pliego y la suspensión del procedimiento.

Respecto del primer punto, el informe del servicio jurídico del Hospital argumenta en base al artículo 145.3. f) de la LCSP, el 146 y el 67.2 de la Directiva 2014/24/CE.

En cuanto al Servicio de Farmacia del Hospital explica por extenso que todas las posibles variables a considerar están contempladas en la definición de los lotes. Siendo exhaustiva la descripción de los lotes y de sus características no es preciso establecer distinto criterio de adjudicación que el precio. Desarrolla por extenso su argumentación.

La regulación de la LCSP no exige que exista necesariamente una pluralidad de criterios de adjudicación, sino que determina precisamente aquéllos contratos en que necesariamente debe existir tal pluralidad en su artículo 145.3 (*“La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos (...)”*), como desarrollo de la previsión de utilizar normalmente la pluralidad de criterios:

“2. La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio” (artículo 131.2). El propio artículo realiza una excepción en cuanto a los suministros que requieren pluralidad de criterios en su letra f): *“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”*.

Este es precisamente el supuesto: que los productos de cada lote están prolijamente definidos, tal y como se constata en el antecedente segundo. Y sobre ellos, no cabe variación ni modificación alguna. Esas variaciones que refiere el recurrente están contempladas en la descripción de cada lote y en los códigos del mismo, razón por la cual del órgano de contratación ha estimado innecesario dentro de sus atribuciones establecer otros criterios de adjudicación distintos al precio.

Esta actuación no vulnera ni la exposición de motivos ni el artículo 1 de la LCSP ni el binomio calidad/precio establecido como criterio rector de la adjudicación. El criterio de calidad viene en el caso definido por las propias prescripciones técnicas del procedimiento.

Tampoco nuestra resolución afirma estrictamente lo que se dice. Afirma 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”.

La resolución en cualquier caso es previa a la LCSP, que es la norma aplicar.

Y las Directivas Comunitarias solo vinculan en lo que es un mandato inequívoco. Una vez traspuestas solo tienen un alcance interpretativo de la norma de transposición.

Procede la desestimación del primer motivo del recurso.

En cuanto al segundo afirma el Servicio Jurídico del Hospital que:

“Según la LCSP, podrás dividirse en lotes la licitación. En el caso que nos ocupa, los lotes obedecen a la agrupación de los distintos principios activos y los números de orden dentro de cada uno de los lotes a las distintas presentaciones de los mismos. Se argumenta por la recurrente que este es un procedimiento donde la discrecionalidad de la Administración excede de sus facultades; pues bien, más al contrario, la separación por lotes de los principios activos favorece la presentación de ofertas respecto de licitadores que pueden disponer o no de todos los productos solicitados a cada lote, lo que permitiría la adjudicación de unos lotes sí y otros no. Si se siguiera la propuesta de la recurrente, se limitaría la presentación de ofertas a los licitadores que obligatoriamente dispusieran en sus catálogos de todos los productos solicitados.

Por otro lado, la separación en número de orden es inevitable ya que las necesidades hospitalarias hacen solicitar distintas presentaciones del mismo principio activo y eso es lo que se solicita en los pliegos ahora recurridos”.

El informe es de fecha 30 de noviembre y no puede tener en cuenta que en fecha posterior, el 3 de diciembre, se publica que los licitadores tenían que ofertar a todos los números de orden de cada lote, para adjudicar cada lote a un único proveedor.

El artículo 99.1 de la LCSP señala que el objeto del contrato debe ser determinado y el 99.3 que *“siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta”.*

En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato (artículo 99.7):

“7. En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato”.

En la nota aclaratoria publicada el 3 de diciembre se establece expresamente que los licitadores debían proponer a todos los códigos de cada lote, siendo adjudicatarios de todo el, precisamente a una consulta sobre la posibilidad de licitar solo a parte de los códigos del lote, que trae causa de la cláusula transcrita en el antecedente segundo, que hace la salvedad respecto de esta obligación *“salvo que por su composición se considere que la oferta no precise algunos de los artículos incluidos en dichos lotes”*.

Hay que entender que esta salvedad está rectificada por la aclaración del día 3 de diciembre: ya no es posible que el licitador considere que por su composición no es necesario licitar a algún número de orden del lote. Ni tampoco que la Administración admita una oferta incompleta porque entienda que la composición del número de orden del lote permite prescindir de algún código.

Como se ha recogido en antecedentes la *“composición”* es el peso o porcentaje del principio activo en el producto, variando los códigos según las presentaciones, la capacidad del envase o su forma.

La cláusula que permite soslayar la licitación a todos los códigos del lote cuando su composición es la misma, es efectivamente ilegal porque deja al arbitrio de la Administración determinar cuándo se debe licitar o no a todos los códigos del lote, cuando admitirá o no ofertas que no incluyan todos los códigos de cada lote.

Si el único elemento determinante de la adjudicación es la *“composición”* del producto, lo que debió verificar el órgano de contratación es prescindir de la diferenciación de códigos según envases o presentaciones, en vez de admitir la posibilidad de licitar prescindiendo de algunos de los códigos que tengan la misma composición.

Procede estimar este punto del recurso en el mismo sentido de la aclaración publicada por el órgano de contratación: es preciso licitar a todos los códigos de cada

lote, solo puede existir un adjudicatario por lote y la Administración solo puede adjudicar al licitador que cumpla con esas condiciones.

La que el órgano de contratación denomina aclaración, no es tal pues contradice la literalidad de la cláusula del punto 1 de la cláusula primera que excepciona en los lotes con códigos de igual composición la obligación de presentar oferta a todos los códigos. BAXTER no pide aclaración sobre su significado sino sobre los lotes en que es de aplicación, aquellos en los que no es necesario licitar a todos los códigos.

La resolución adoptada es la propia de una modificación del Pliego, no una aclaración al mismo, debiendo procederse en la forma determinada en los artículos 122.1, 134 y 126.3 de la LCSP, con retroacción de actuaciones, y anulación del inciso *“salvo que por su composición se considere que la oferta no precise algunos de los artículos incluidos en dichos lotes”*, del punto 1 de la cláusula primera.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria, contra el anuncio de licitación, Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de productos de fluidoterapia para el Hospital Universitario de Getafe”, expediente de PACU 2020-01-91, anulando el punto 1 de la cláusula primera con retroacción de actuaciones y ampliación del plazo para licitar.

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 TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.