

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

En Madrid, a 11 de marzo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria, contra los Pliegos del contrato de “Suministro de sueros para elaboración de tratamientos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, expediente 2020000043, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con fecha 27 de enero de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con un único criterio de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 119.046,97 euros, con un plazo de ejecución de 12 meses.

Segundo.- El 17 de febrero de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria, contra los Pliegos del contrato de referencia.

Tercero.- El de 2 de marzo del 2021, el Órgano de contratación remitió al expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de 4 de marzo de 2021.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron publicados el 27 de enero de 2021, interponiéndose el recurso el 17 de febrero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de suministros, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

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

A este respecto, señala que no existe en los pliegos, ni en ningún otro documento que haya sido publicado en el expediente de contratación, la más mínima justificación acerca de por qué se ha elegido un único criterio de adjudicación. La única referencia adicional que se efectúa al respecto es la que figura en la cláusula 7 del PCAP, en la que se hace constar que: “*El contrato se adjudicará por procedimiento abierto mediante criterio único, en aplicación de los artículos 131.2, 146.1 y 156.1 de la LCSP, conforme a los términos y requisitos establecidos en dicho texto legal*”. Como puede observarse, se trata de una remisión simple y llana a determinados preceptos de la LCSP que no aporta nada ni permite apreciar cuál ha sido el razonamiento concreto del órgano de contratación. A su juicio, esta forma de proceder atenta contra los principios básicos que rigen la contratación pública en nuestro ordenamiento y la finalidad que persigue la vigente LCSP de conseguir una mejor relación calidad-precio en los procesos de compra.

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

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

A su juicio, los productos de fluidoterapia (material para el suministro de sueros) que pretende adquirir el órgano de contratación no son productos normalizados o estandarizados en el mercado. Tienen características funcionales distintas, que los distinguen unos de otros, siendo además perfectamente posible establecer en el contrato de suministro condiciones relativas a los plazos de entrega y otras susceptibles de valoración. Los productos de fluidoterapia que se pueden ofrecer tienen características cualitativas y funcionales distintas como consecuencia de la heterogeneidad de los envases de sus distintas presentaciones. Existen envases de vidrio, envases de plástico rígido, otros de plástico semirrígido o flexibles y las bolsas. Algunos envases tienen una sola toma de entrada o puerto de inyección mientras que otros tienen dos tomas de entrada o puertos de inyección. La configuración del envase y sus tomas de entrada incide en la facilidad de apertura y penetración del punzón, lo que, junto al tamaño y accesibilidad del colgador y la facilidad de acceso a los puntos de inyección, redundan en beneficio de la actividad asistencial a la que están destinados. La ausencia de látex, de DEHP, PVC, el

porcentaje de material reciclado en el envase, son factores ambientales que también deben tomarse en consideración (tal como exigen los artículos 1.3, 35.1.c), 122.2, 124 y 145.2 de la LCSP). Además, cada uno de estos diferentes tipos de envase tienen distintos comportamientos físicos y ergonómicos, lo que se traduce en diferencias en la gestión logística y almacenamiento del producto por parte del hospital, en diferencias en manejabilidad de los productos, etc.

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

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

Considera que del análisis de los pliegos se comprueba que el órgano de contratación pretende adquirir el suministro de sueros que contengan cloruro sódico en una concentración del 0,9% y glucosa al 5%, en presentaciones del 50 ml, 100 ml, 250 ml y 500 ml., que los envases deben ser de plástico flexible, exentos de PVC y que deben incorporar un sistema “Luer-Lock” y una válvula de seguridad anti-derrames.

A su juicio, el PPT contiene una descripción de los productos que se pretende adquirir y una mención a ciertas características técnicas de los mismos. No obstante, se trata de una descripción de mínimos, insuficiente por sí misma. Se mencionan ciertas características técnicas de los productos pero no se hace, ni mucho menos, de forma exhaustiva o pormenorizada como hemos visto que sería preceptivo. Pese a definirse determinados requisitos que deben reunir los productos a suministrar, se omiten otras muchas condiciones que pueden concurrir en éstos para terminar de configurarlos. Se dejan diversas cuestiones al arbitrio de los licitadores. Cuestiones

que, por incidir en la calidad del producto suministrado y en la facilidad de su uso por parte de los profesionales sanitarios, implican la existencia de un margen de mejora de las ofertas. Se trata de cuestiones como:

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

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

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

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

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

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

Añade que, en la *“Justificación de la necesidad”* se indica: La adquisición de sueros específicos para la elaboración de este tipo de preparados es necesaria puesto que ofrecen prestaciones de seguridad, como son la válvula antigoteo, que asegura la protección del manipulador porque reduce al mínimo el riesgo de exposición a este tipo de fármacos biopeligrosos y la conexión Luer-Lock que facilita enormemente el proceso de elaboración por disminuir la fuerza que hay que ejercer a la hora de conectar el sistema de infusión.

Respecto a tener en cuenta aspectos medioambientales, señala que no se detectó ninguna necesidad específica puesto que los sueros se reciben en cajas de cartón que son debidamente destruidas, bien en una trituradora disponible para el Servicio de Farmacia, bien por los circuitos de destrucción de materiales establecidos por el Servicio de Asuntos Generales del Hospital, que dispone de su correspondiente certificación de Calidad.

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

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

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

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

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

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

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

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

3. 3. *La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:*

f) *Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.*

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

“4. En el expediente se justificará adecuadamente:

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

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

Procede, por tanto, analizar el expediente de contratación para determinar si consta dicha justificación y si ésta es suficiente.

En la memoria justificativa del contrato se hace constar: *“Elección del procedimiento de licitación: de acuerdo con el artículo 156 de la LCSP:*

- *Tramitación: ordinaria*
- *Procedimiento: abierto*
- *Criterios de Adjudicación del contrato: criterio único (precio)”.*

Por su parte, el PCAP, en cláusula 7. *“Procedimiento de adjudicación.*

El contrato se adjudicará por procedimiento abierto mediante criterio único, en aplicación de los artículos 131.2, 146.1 y 156.1 de la LCSP, conforme a los términos y requisitos establecidos en dicho texto legal”.

A pesar de la excepcionalidad de la utilización del precio como criterio único de adjudicación, en el expediente ni se especifica ni se motiva si concurre alguno de los supuestos excepcionales contemplados por la norma para el uso de dicho criterio, de conformidad con el artículo 145.3.f) de la LCSP.

En definitiva, el órgano de contratación no ha motivado la elección de un criterio único para la adjudicación del contrato, en cuanto a acreditar que nos encontramos ante un producto estandarizado o perfectamente definido, que no sea posible la variación de plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato.

En este sentido procede traer a colación la STS de 30 de mayo de 2019, resolviendo un recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid, confirmando la sentencia del TSJM. En lo que a nosotros nos interesa, por lo que se refiere al criterio del precio, la Comunidad Madrid consideraba que está suficientemente justificado la decisión de adoptar el precio como único criterio de adjudicación, pues se trata de *“favorecer la concurrencia y competencia entre los licitadores en aras de conseguir el mayor ahorro posible sin detrimento de la calidad”*.

El TS no comparte esta interpretación, afirmando que, dadas las características del contrato en cuestión, el *precio “ni podría ser el único criterio de adjudicación, y desde luego, la justificación del precio como único criterio, en la genérica justificación antes mentada y en un suministro que, por sus características, exige valorar más de un criterio, ex artículo 150,3,f) T.R.L.C.S.P. antes citado, no es admisible”*.

Por todo lo anterior, debe concluirse que se ha producido una infracción del 116.4 c) de la LCSP, pues si ya exige una justificación de los criterios de adjudicación, debe entenderse que esta justificación debe ser mucho más reforzada cuando se utiliza un procedimiento excepcional como en el caso que nos ocupa.

Por todo ello, debe estimarse el recurso especial con la consiguiente anulación de los Pliegos que rigen la licitación.

No obstante, respecto al segundo motivo del recurso, referido a la no justificación de la división en lotes, hay que señalar que la justificación aportada en el expediente se limita a afirmar Cláusula 1.1 *“División en lotes: NO (LOTE ÚNICO). Justificación: Por tratarse de un contrato que para su ejecución se requiere que sea a un solo adjudicatario, Art. 99.3 LCSP”*.

Hay que recordar que el objeto del contrato consiste en la adquisición de dos tipos de sueros en distintos volúmenes de presentación: cloruro sódico al 0,9% y glucosa al 5%. Por ello, en el supuesto que decida iniciar una nueva licitación con ese objeto, deberá justificar en el expediente la no división en lotes, conforme a lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Española DE Laboratorios Farmacéuticos DE Fluidoterapia Y Nutrición Parenteral Hospitalaria, contra los Pliegos del contrato de “Suministro de sueros para elaboración de tratamientos con destino al Servicio de

Farmacia del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, expediente 2020000043, declarando la nulidad de los pliegos y consiguientemente el procedimiento de licitación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en 4 de marzo de 2021.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.