

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

En Madrid, a 7 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de Fresenius Kabi España, S.A.U., contra los pliegos del contrato de “Suministro de nutrición enteral y suplementos nutricionales para el Hospital Clínico San Carlos”, número de expediente: PA 2015-0-022, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 26 de agosto de 2015, se publicó en el DOUE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 496.562,43 euros, dividido en 24 lotes a adjudicar mediante procedimiento abierto y criterio único precio. Si bien respecto de este último se establece que: *“En caso de empate de ofertas económicas entre los licitadores que cumplan con la encuesta técnica se designará un Comité de Expertos que valore cual es la oferta con mejores prescripciones técnicas”*.

Debe también destacarse que el PPT al regular las prescripciones técnicas específicas señala que *“se valorarán económicamente las dietas que superen los 18 puntos en la valoración técnica”*.

Segundo.- El 25 de septiembre de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante (TRLCSPP), Fresenius Kabi España, S.A.U., presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación.

Aduce la recurrente a tal efecto que la configuración de las especificaciones técnicas específicas correspondientes a los lotes 6, 7, 8, 14, 15, 16 y 17 resultan restrictivas para la libre concurrencia de licitadores y que el pliego impugnado adolece de falta de claridad y de contradicción en cuanto al carácter “mínimo y excluyente” o “recomendado y valorable” de las prescripciones técnicas y el establecimiento de una puntuación técnica mínima aparentemente para pasar a la segunda fase de valoración. En consecuencia, solicita que se anulen los pliegos por los que ha de regirse el contrato, y que por este Tribunal se inste a la Administración “adjudicante” a fin de que las próximas prescripciones técnicas se fijen en el PPT cumpliendo con las necesidades funcionales del producto pero permitiendo la concurrencia de varios licitadores, y para que aclare el contenido del pliego respecto del carácter mínimo y excluyente, y por tanto, no puntuable de las especificaciones técnicas o bien el carácter solo recomendado y, por lo tanto, puntuable de las mismas.

Comunicada la interposición del recurso al órgano de contratación y requerido el envío del expediente administrativo y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSPP, dicho requerimiento ha sido atendido con fecha 2 de octubre de 2015. En el informe remitido se indica que: *“A la vista de lo aducido por el recurrente en su escrito, y en virtud del informe emitido por el Jefe de Servicio de Endocrinología y Nutrición, se estima que la precisión excesiva en el detalle de las especificaciones técnicas contenidas en algunos de los lotes, pudiera dificultar la libre concurrencia de licitadores. Por ello, se propone valorar favorablemente las pretensiones del recurrente. Para el caso de que fuera estimado el recurso, se propone licitar un nuevo procedimiento sujeto a prescripciones técnicas que tengan*

en cuenta las condiciones actuales del mercado, permitiendo la mayor concurrencia posible”.

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 Fresenius Kabi España, S.A.U., 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) pues se trata de empresa potencial licitadora a la vista de su objeto social.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PPT de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 496.562,43 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos, previa su publicación en el DOUE el 26 de agosto, fueron puestos a disposición de los interesados el 9 de septiembre mediante su publicación en el perfil de contratante e interpuesto el recurso el 25 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El recurso sostiene que la licitación convocada en los términos en que el PPT describe determinadas prescripciones técnicas es lesiva de la libre concurrencia y que su contenido en cuanto indica que *“Se valorarán*

económicamente las dietas que superen los 18 puntos en la valoración técnica”, supone una falta de claridad y una contradicción al no ser valorable más que el precio de la oferta.

Son dos, por tanto, las cuestiones a examinar, de un lado la relativa a la vulneración de la libre concurrencia derivada de la definición de las prescripciones técnicas de los lotes 6, 7, 8, 14, 15, 16 y 17, y de otro la aducida falta de claridad y contradicción en el PPT. El órgano de contratación en su informe está de acuerdo con la apreciación de la recurrente por lo que se refiere a las exigencias de los productos a suministrar, si bien no se pronuncia expresamente sobre la contradicción interna del propio pliego.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el artículo 116 del TRLCSP relativo a los pliegos de prescripciones técnicas dispone que el órgano de contratación aprobará los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la ley. Por tanto, las prescripciones técnicas son el instrumento que define las calidades de las prestaciones, correspondiendo al Órgano de contratación la competencia para determinar el objeto del contrato, al efecto de satisfacer sus necesidades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP.

Por otro lado, 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”.*

El artículo 117.8 dispone que, salvo que el objeto del contrato lo justifique, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

En cuanto al concreto contenido de las exigencias de las prescripciones técnicas para cada lote, a la vista del informe y comprobados los documentos obrantes en el expediente administrativo y los aportados con el recurso, este Tribunal considera que el PPT adolece de los defectos que le imputa la recurrente y por lo tanto procede estimar el recurso y anular el PPT, por este motivo, debiendo redactarse aquéllas en los términos del artículo 117 del TRLCSP, con objeto de preservar el principio de igualdad y libre concurrencia.

Respecto de la segunda cuestión planteada este Tribunal comprueba que existe dicha discrepancia entre ambos pliegos puesto que mientras el PCAP solo contempla la valoración económica del precio como criterio objetivo, sin perjuicio del sistema de desempate previsto, el PPT parece contar con una primera fase de evaluación técnica cuando afirma que *“se valorarán económicamente las dietas que superen los 18 puntos en la valoración técnica”*. Ante esa discordancia generadora de oscuridad en los pliegos debe procederse a corregir la misma anulando los pliegos por este motivo en el sentido de suprimir en el PPT, la expresión *“se valorarán económicamente las dietas que superen los 18 puntos en la valoración técnica”*, cuya inclusión parece obedecer a un error. En cuanto al criterio de desempate constituido por la valoración por un comité de expertos de los productos, el establecimiento de tal sistema en cuanto implica la utilización de criterios de valoración distintos del precio debería definirlos en el propio PCAP, con respeto de los principios generales de la contratación pública, en concreto deberán objetivos, aplicables a todas las ofertas, relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora (Sentencia de 4 de diciembre de 2003 del TJUE, Asunto C-448/01, EVN y Wienstrom).

Cabe también optar por otro sistema de desempate en los nuevos pliegos.

A lo anterior cabe añadir que el artículo 68 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), al regular el contenido de los pliegos de prescripciones técnicas particulares, señala en su apartado 3 que *“En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*, que de acuerdo con el artículo 67.2.f) e i) del mismo texto legal, es el que debe regular tanto el procedimiento y forma de adjudicación del contrato, como establecer los criterios de adjudicación y su ponderación.

Por lo tanto, en los nuevos pliegos que se redacten deberá tenerse asimismo en cuenta el contenido propio de cada uno de ellos según lo más arriba señalado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Estimar el recurso especial interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de Fresenius Kabi España, S.A.U., contra los pliegos del contrato de “Suministro de nutrición enteral y suplementos nutricionales para el Hospital Clínico San Carlos”, número de expediente: PA 2015-0-022, anulando el PPT en cuanto a las prescripciones de los lotes 6, 7, 8, 14, 15, 16 y 17, y el PCAP en los términos más arriba indicados.

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 49 del TRLCSP.