

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

En Madrid, a 14 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.G.G., en nombre y representación 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 “Adquisición de fluidoterapia para los Hospitales Universitarios Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste y del Tajo”, tramitado por la Empresa Pública Hospital de Vallecas, número de expediente: 15/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 3 y de septiembre de 2015, se publicó en el DOUE y en el BOE respectivamente, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 4.438.929,09 euros, dividido en lotes a adjudicar mediante procedimiento abierto y criterio único precio.

Interesa destacar en relación con las pretensiones del recurso que el apartado 13 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP)

establece que “(...) este contrato se somete a condición resolutoria de manera que, si se adjudicara un Acuerdo Marco o Contrato Centralizado para la adquisición centralizada de los mismos productos objeto de este contrato, en cuyo ámbito de aplicación se encontrasen los centros que lo promueven, éste contrato individual, en relación con el lote o lotes afectados, quedaría resuelto desde la entrada en vigor del procedimiento referenciado, siempre que las condiciones de adjudicación de Acuerdo Marco o Contrato Centralizado sean más favorables para estos centros”.

Por otro lado, la descripción del lote 1 en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) contempla: “cloruro sódico 0,9% para irrigación (bolsa) Composición 9 g de cloruro sódico en agua para inyección cs para 1000 ml. Presentación en bolsa de plástico flexible con etiqueta que identifique adecuadamente el contenido antes y durante la administración. Con sobrebolsa protectora para mantener la esterilidad/asepsia de la superficie externa. Preparado para irrigación.

- Orden 1.1: Bolsa de 3 litros
- Orden 1.2: Bolsa de 5 litros”.

Segundo.- El 24 de septiembre de 2015, FARMAFLUID presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación.

Aduce la recurrente que los Pliegos impugnados atentan contra los principios de no discriminación e igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia -en relación al Lote 1- en cuanto se solicita en el mismo lote para el producto cloruro sódico 0,9% para irrigación, dos envases de bolsa de 3 litros y bolsa de 5 litros, y que además el establecimiento de una causa de resolución del contrato consistente en la prerrogativa de la Administración de resolver el contrato sin incumplimiento alguno del adjudicatario, es contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado

por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante (TRLCSPP), el 29 de septiembre tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación solicitada. En el informe remitido se explican las razones de la exigencia en el mismo lote de dos envases de distinta capacidad para el mismo producto indicando además que no se trata de un lote exclusivo, ya que son numerosos los laboratorios que comercializan este producto en envases de diferente volumen, por lo que no obstaculiza la libre competencia. Respecto de la posibilidad de resolución del contrato se considera una cláusula contractual que no vulnera ninguno de los derechos alegados por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSPP 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 FARMAFLUID, 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 TRLCSPP) en su condición de asociación representativa de los intereses colectivos del sector de laboratorios farmacéuticos de fluidoterapia y nutrición parenteral, tal y como se establece en sus Estatutos aportados por la recurrente el 6 de octubre, en trámite de subsanación.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 4.438.929,09 euros, por tanto sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSPP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos, previa su publicación en el DOUE el 3 de septiembre, fueron puestos a disposición de los interesados el 7 de septiembre mediante su publicación en el perfil de contratante e interpuesto el recurso el 24 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El recurso sostiene, como más arriba se ha indicado, que la descripción de las prescripciones técnicas del PPT por lo que respecta al lote 1 es contraria a la libre concurrencia, puesto que la exigencia en un solo lote del producto cloruro sódico 0,9% para irrigación, con dos envases de distintas capacidades 3 litros y 5 litros solo puede ser atendida por una empresa. También se impugna el PCAP por lo que se refiere a la condición resolutoria establecida en el mismo.

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 del lote 1 en cuanto a la exigencia de la capacidad de las bolsas de cloruro sódico a suministrar, y de otro la procedencia del establecimiento de una condición resolutoria en el PCAP en los términos más arriba recogidos.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el reproche se realiza en relación con la exigencia de dos bolsas de distintas capacidades señalando la recurrente que *“Los Pliegos conceden injustificadamente una posición de ventaja a aquellos licitadores que sí dispongan de cloruro sódico 0,9% para irrigación en bolsa de 3 litros y en bolsa de 5 litros, frente a aquellos otros que no tengan los dos envases de cloruro sódico 0,9%”*.

Por su parte el órgano de contratación justifica dicha exigencia conjunta en razones de seguridad puesto que *“La homogeneidad o uniformidad, en el aspecto físico, de un producto de la misma composición pero con diferentes volúmenes, permite un correcto almacenamiento, distribución y una rápida identificación, evitando que se puedan confundir productos para administración intravenosa, con productos de irrigación o con productos de uso tópico o intralesional.”* Añadiendo

que además *“No se trata de un lote exclusivo, ya que son numerosos los laboratorios que comercializan este producto en envases de diferente volumen, por lo que no obstaculiza la libre competencia”*.

Con carácter previo cabe señalar que 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”*. Corresponde por tanto al órgano de contratación determinar las características del producto que desea adquirir. Como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de igualdad de trato y apertura de los contratos públicos a la competencia, 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 es uno de los 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 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.

El apartado 3 del mismo artículo establece una serie de formas a través de las cuales pueden definirse las prescripciones técnicas, en cuyo subapartado b) figura *“En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, (...)”*. Las especificaciones técnicas pueden establecerse en términos de rendimiento o exigencias funcionales, que tampoco pueden constituir un obstáculo a la libre competencia. De modo que las exigencias deben ser objetivas y neutras para no favorecer determinadas marcas en perjuicio de otras y expresadas en términos suficientemente precisos para permitir a los licitadores la determinación técnica del objeto del contrato.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre competencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando, 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que a su vez se pronuncia en el mismo sentido que el considerando 29 de su predecesora: *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que 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 las soluciones técnicas (...). Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico (...).”*

La ley no permite ninguna práctica restrictiva de la competencia ya que una de sus finalidades es, como hemos visto, asegurar la libertad de competencia de las empresas y la selección de la mejor oferta.

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 este 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”*.

Como ha señalado este Tribunal de forma reiterada, valga por todas la Resolución 90/2011, 28 de diciembre, 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, 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 que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a 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 y con la capacidad exigida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de presentar el mismo producto con dos envases de distinta capacidad en el mismo lote, y habiendo justificado el órgano de contratación la exigencia de bolsas de ambas capacidades en motivos de seguridad, este Tribunal entiende que no se trata de medidas restrictivas de la libre concurrencia por lo que procede desestimar el recurso por este motivo.

Respecto de la segunda cuestión planteada dado que los contratos son generadores de obligaciones (cumplimiento) y de derechos (fundamentalmente el pago del precio) para los contratistas, la ley restringe la posibilidad de resolución de los mismos a los casos previstos en el artículo 223 con carácter general y 299 para el contrato de suministro, con los efectos que taxativamente se establecen en los artículos 225 y 300 respectivamente.

Sin embargo, el PCAP no está obviando, el régimen de resolución de los contratos, sino que establece un supuesto concreto de resolución del mismo. Así debe entenderse que aplicando a la resolución del contrato que nos ocupa el régimen de resolución de los contratos derivados del mismo, cabría considerar que la causa de resolución contemplada en el PCAP, se inserta en el apartado h) o g) del artículo 223 del TRLCSP *“Las establecidas expresamente en el contrato”, o “la posibilidad cierta de la producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato”.*

Así en este caso, nada obsta para dejar sin efecto el contrato en los términos señalados en el PCAP, procediendo en su caso su resolución en los términos y con los efectos de la normativa aplicable antes señalada.

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.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don J.G.G., en nombre y representación 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 “Adquisición de fluidoterapia para los Hospitales Universitarios Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Henares, Infanta Cristina, del Sureste y del Tajo”, tramitado por la Empresa Pública Hospital de Vallecas, número de expediente: 15/2015.

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.