

Expediente nº 2019-0-012: contrato de suministro de adquisición de productos de fluidoterapia, irrigación e inyección y sueros para el Hospital Universitario Infanta Leonor, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

D. CRISTIAN OSTROWSKI, mayor de edad, con N.I.E. nº Y2380421G, en su condición de APODERADO de BAXTER, S.L., con C.I.F. B-46012696, y con facultades para ello según Escritura de Apoderamiento del Notario D. Santiago Madrudejos Fernández, de Madrid, del 28 de enero de 2019, con nº 116 de su protocolo, e inscrita en el Registro Mercantil de la provincia de Valencia, en el tomo 10047, libro 7329, folio 102, hoja nº V-8526, inscripción 278, y con domicilio efectos de notificaciones en Parque Empresarial San Fernando, Avenida de Castilla, 2- 28830, San Fernando de Henares (Madrid) y en la dirección de correo electrónico contratacion_es@baxter.com, según consta acreditado en la copia de la escritura de poder que se acompaña al presente escrito como **Documento nº 1**, comparece y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO

- I. Que, en fecha 14 de junio de 2019, se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, “PCAP”) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en lo sucesivo, “PPT”), correspondientes al contrato de suministro de “*adquisición de productos de fluidoterapia, irrigación e inyección y sueros para el Hospital Universitario Infanta Leonor*” (expdte. nº 2019-0-012).
- II. Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”), y dentro del plazo conferido al efecto, mediante el presente escrito, vengo a **INTERPONER RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra el PCAP y el PPT referidos. Y ello, por considerar que los mismos son contrarios al ordenamiento jurídico y lesivos para los intereses de mi representada, con base en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LOS PRECIOS MÁXIMOS FIJADOS EN LA DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL PARA LOS PRODUCTOS QUE DEBEN SER OBJETO DE SUMINISTRO SON MUY INFERIORES A LOS PRECIOS DE MERCADO

Que los precios de las licitaciones públicas deben ser adecuados al mercado es una cuestión que esta parte considera que no debería ser objeto de controversia alguna, pues tanto la normativa como la jurisprudencia son, a este respecto, lo suficientemente claras.

En efecto, el artículo 102.3 de la LCSP dispone que “*los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados*” (en el mismo sentido, los artículos 100.2 y 101.7 de la LCSP, relativos al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato, respectivamente).

A la vista de los anteriores preceptos, la adecuación del precio del contrato al “*precio general de mercado*” no es una cuestión potestativa para los órganos de contratación (y, en concreto, para el órgano de contratación del expediente de referencia) ni tampoco una mera recomendación. Antes al contrario, se trata de un mandato legal que debe cumplirse estrictamente en todos los contratos del Sector Público. Y así lo han interpretado los

órganos competentes en materia de contratación, que han aplicado los anteriores preceptos en los siguientes términos:

- En primer lugar, ha de partirse de la doctrina establecida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en lo sucesivo, “TACRC”), que en su Resolución nº 238/2018, de 12 de marzo (LA LEY 23904/2018), declaró taxativamente que “este Tribunal tiene reiteradamente declarado (entre otras, en las resoluciones 10/2011, 19/2011, 63/2013, 117/2015 y 726/2015) que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, por así exigirlo el artículo 87 TRLCSP, antes citado [actual artículo 102 de la LCSP]”.
- En relación con lo anterior, debe ponerse de manifiesto que no es en absoluto extraño que los tribunales en materia de contratación pública anulen una licitación por apartarse radicalmente del precio del mercado. Así, por ejemplo, las Resoluciones del TACRC, de 3 de octubre de 2014 (LA LEY 141293/2014), o de 27 de mayo de 2016 (LA LEY 61047/2016). En esta última resolución, en particular, **el TACRC estimó parcialmente el recurso especial interpuesto y confirmó la anulación de unos pliegos por fijar un precio que no era acorde a las circunstancias de mercado** (lo mismo que sucede en el presente supuesto, según se acreditará). En concreto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la “primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. [...]

Por lo tanto, y considerando correctos los cálculos realizados por la entidad recurrente -cálculos que, insistimos, no han sido rebatidos por el órgano de contratación, que nada ha alegado acerca de su corrección, el método empleado para efectuar los mismos, los conceptos tenidos en cuenta, o los importes manejados-, hemos de concluir que, en el supuesto analizado, la estimación del precio ha sido incorrecta, no siendo la misma adecuada “para el efectivo cumplimiento del contrato”, como prescribe el artículo 87 del TRLCSP, ni “salvaguarda la libre competencia”, principio fundamental de la contratación pública recogido en el artículo 1 del TRLCSP. [...]

*En consecuencia, **el presente recurso debe ser estimado en este punto, anulando los pliegos rectores de la licitación a fin de que pueda fijarse un nuevo presupuesto de licitación acorde con los valores del mercado.**”*

- En el mismo sentido, y poniendo el acento en la necesidad de preservar el equilibrio de las prestaciones contractuales, cabe citar otra Resolución del TACRC, la nº 776/2018,

de 7 de septiembre (LA LEY 186939/2018), que nuevamente declaró que “*la exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa*” y que “*en general, lo fundamental, en suma, es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido*” (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, o 292/2012, de 5 de diciembre”).

- Sobre la garantía de la viabilidad del propio contrato como una de los fundamentos de la exigencia de adecuación del precio contractual a los precios de mercado cabe citar la Resolución nº 79/2018, de 26 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (LA LEY 42524/2018, y citada con el máximo respeto a ese Tribunal al que tengo el honor de dirigirme), que declaró que “*el órgano de contratación debe velar por que el precio sea adecuado para el cumplimiento del contrato realizando una estimación realista del coste del contrato. Ahora bien, eso no significa que no deba buscar el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo la ejecución contractual*”.

En definitiva, a la vista de la normativa citada y de las resoluciones transcritas, puede afirmarse con rotundidad **que los precios de los contratos del Sector Público han ser acordes con las circunstancias de mercado y que ha de evitarse la aplicación de condiciones económicas poco realistas que puedan romper el equilibrio contractual y generar un enriquecimiento injusto de la Administración, poniendo en riesgo, en última instancia, la propia viabilidad de los contratos.**

Pues bien, en el caso que nos ocupa, sucede que los precios de licitación establecidos en la documentación contractual (en concreto, en el Anexo XI del PCAP y en el Anexo I del PPT) son considerablemente inferiores a los precios de mercado.

Para acreditar lo anterior, mi mandante ha preparado una tabla en la que se refleja la diferencia entre:

- (i) Un precio real de mercado, como es el Precio Venta Laboratorio o “PVL”, que es el término empleado para definir el importe que los laboratorios aplican para los medicamentos que venden a los distribuidores;
- (ii) Los precios de licitación de dos expedientes de licitación anteriores, muy similares, y convocados por la misma Administración (el Servicio Madrileño de Salud). Nos referimos, en concreto, (i) al expediente nº 15/2015, relativo a la “*contratación del suministro de adquisición de fluidoterapia, para los Hospitales Universitarios: Infanta Leonor, Infanta Sofía, Sureste, del Henares, Infanta Cristina, del Tajo y Fuenlabrada*” (se acompaña, como **Documento nº 2**, el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación referida, en cuyo Anexo I constan los precios de licitación); y (ii) al expediente nº 2018000012, relativo al “*suministro de fluidoterapia y de servicio de gestión integral para el Hospital Universitario “Ramón y Cajal”*” (se acompaña, como **Documento nº 3**, el Anexo al Pliego de este expediente, con los precios de licitación)
- (iii) Los precios de licitación del expediente de referencia.

La mencionada tabla es la siguiente:

Lote	Nº Orden	Medicamento	PVL	Precio unitario exp. 15/2015	% descuento del precio unitario exp. 15/2015 sobre el PVL	Precio unitario exp. 2018000012	% descuento del precio unitario exp. 2018000012 sobre el PVL	Precio unitario exp. 2019-0-012	% descuento del precio unitario exp. 2019-0-012 sobre el PVL
3	3.1	Cloruro Sódico 3L Irrigación	3,0000 €	2,1600 €	28,0%	N/A	N/A	1,8500 €	38,3%
7	7.1	Glicina 1,5% 3L Irrigación	4,0000 €	2,0600 €	48,5%	N/A	N/A	2,1700 €	45,8%
10	10.1	Agua 3L Irrigación	4,0000 €	N/A	N/A	N/A	N/A	2,8000 €	30,0%
13	13.1	Cloruro Sódico 0,9% 50ml	0,8568 €	0,5200 €	39,3%	0,5000 €	41,6%	0,3700 €	56,8%
	13.2	Cloruro Sódico 0,9% 100ml	0,8798 €	0,5500 €	37,5%	0,5000 €	43,2%	0,3900 €	55,7%
	13.3	Cloruro Sódico 0,9% 250ml	1,0700 €	0,6800 €	36,4%	0,6799 €	36,5%	0,4700 €	56,1%
	13.4	Cloruro Sódico 0,9% 500ml	1,1200 €	0,7300 €	34,8%	0,7000 €	37,5%	0,5300 €	52,7%
	13.5	Cloruro Sódico 0,9% 1000ml	1,3400 €	0,8300 €	38,1%	0,8097 €	39,6%	0,6900 €	48,5%
14	14.1	Glucosa 5% 100ml.	0,8798 €	0,5500 €	37,5%	0,5500 €	37,5%	0,4100 €	53,4%
	14.2	Glucosa 5% 250ml.	1,0787 €	0,6900 €	36,0%	0,6799 €	37,0%	0,5200 €	51,8%
	14.3	Glucosa 5% 500ml.	1,1350 €	0,7400 €	34,8%	0,7000 €	38,3%	0,5900 €	48,0%
15	15.1	Glucosalino 1/3 500ml	1,1440 €	0,7600 €	33,6%	N/A	N/A	0,7500 €	34,4%
16	16.1	Ringer Lactato 500ml	1,2420 €	0,6800 €	45,2%	0,8174 €	34,2%	0,5700 €	54,1%

Como puede apreciarse, **basta con comparar los precios que se reflejan en la tabla anterior para corroborar que los precios de licitación del expediente de referencia son sustancialmente inferiores y nada tienen que ver con la realidad del mercado (PVL).**

Pues bien, las diferencias apreciadas hacen innecesarios muchos más comentarios: los precios de licitación del expediente de referencia correspondientes a los lotes indicados suponen una sustancial rebaja respecto de los precios de mercado de estos productos farmacéuticos (PVL). En concreto, **las reducciones oscilan entre un 30 % y un 56,8 %, superando el 50 % de rebaja sobre el PVL en 7 de los lotes señalados (lotes 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 14.1, 14.2 y 16.1).**

Nótese que, en promedio, en los lotes señalados estamos hablando de un promedio de rebaja de nada menos que del 48 % sobre los PVL (esto es, prácticamente la mitad del precio de mercado).

En otras palabras, **lo que está intentando el Servicio Madrileño de Salud es comprar un 48 % más barato respecto de los importes de referencia de mercado (los PVL).** Debemos insistir en la cifra para que este Tribunal compruebe que la denuncia que aquí se realiza no es un capricho de mi representada: para lo que vale 100 en el mercado, el Servicio Madrileño de Salud pretende pagar, como mucho, 52. La diferencia no requiere muchos más comentarios.

Como se convendrá, este planteamiento del Servicio Madrileño de Salud ni es “realista” ni es “acorde al mercado” y lo único que provocaría es un evidente enriquecimiento injusto a favor de dicha Administración. Todo ello, por no mencionar que difícilmente un contratista podría garantizar la correcta ejecución del contrato en estas condiciones económicas.

La denuncia que aquí se formula deviene aún más flagrante, si cabe, cuando se comparan los precios de licitación del expediente de referencia con los precios que el propio Servicio Madrileño de Salud fijó respecto de los mismos productos en dos expedientes de licitación muy similares, esto es, los más arriba citados expedientes nº 15/2015 y nº 2018000012 (de hecho, en caso del expediente nº 15/2015, el órgano de contratación era el mismo Hospital Universitario Infanta Leonor).

Y es que resulta sencillamente inexplicable que, tras haber licitado en los años 2015 y 2018 el suministro de unos determinados productos farmacéuticos a unos precios de licitación que, ya de por sí, suponían importantes rebajas respecto del precio de mercado (de entre un 28 % y un 48,5 %), la misma Administración venga ahora, en 2019, a licitar los mismos productos con unos precios de licitación aún más bajos y, en concreto, **con rebajas que, respecto de un mismo producto, oscilan en muchos casos entre 15 y 20 puntos porcentuales de reducción adicional** (i.e. lotes 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 14.1, 14.2 y 14.3).

Como se convendrá, desde la anterior licitación los precios de mercado de estos productos no se han visto precisamente reducidos sino que, antes al contrario, han sufrido el

incremento corriente y habitual que soportan los precios de los bienes y servicios en una economía de mercado moderna (i.e. el IPC). Ello no obstante, el Servicio Madrileño de Salud ha tenido a bien reducir aún más unos precios de licitación que, de por sí, ya incorporaban rebajas muy significativas respecto del PVL (de entre un 28 % y un 48,5 %).

Pues bien, en vista de todo lo hasta aquí expuesto, no puede sino concluirse que **los precios de licitación aquí denunciados (los correspondientes a los lotes 3.1, 7.1, 10.1, 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 14.1, 14.2, 14.3, 15.1 y 16.1) se sitúan claramente fuera de mercado** y que, en consecuencia, **son contrarios a Derecho, al vulnerar la normativa y la doctrina contenida en las resoluciones de los tribunales administrativos de contratación antes expuestas.**

SEGUNDO.- EL PCAP VULNERA LA NORMATIVA APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO, YA QUE, EN PURIDAD, SÓLO APLICA UN CRITERIO DE ADJUDICACIÓN (EL PRECIO)

Sin perjuicio de que lo expuesto en el fundamento precedente debería bastar, *per se*, para anular los Pliegos que rigen el expediente de licitación de referencia, a continuación se argumentará que el PCAP también es contrario a Derecho, al vulnerar la normativa que exige que, en un contrato de suministro como el que nos ocupa, procede aplicar más de un criterio de adjudicación (y no sólo el precio). Veámoslo en detalle.

Tradicionalmente, las Directivas comunitarias y los Tribunales europeos se han venido mostrando abiertamente favorables a que se valoren criterios adicionales a los meramente económicos para la adjudicación de los contratos del Sector Público. Y ello porque entienden que, con carácter general, para la selección de la oferta que mejor responda a las necesidades que se han de satisfacer por el poder adjudicador, se ha de atender no solo al “*menor coste económico*”, sino también a factores cualitativos. A este respecto, a título indicativo cabría destacar los siguientes pronunciamientos judiciales (que si bien se refieren a contratos de obras, contienen reflexiones que, como veremos, posteriormente la normativa básica estatal ha extendido a otras tipologías de contratos, como el de suministro):

- Sentencia, de 7 de octubre de 2004, del TJUE, dictada en el asunto C-247/02, “*Sintesi Spa contra Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*”, en la que el Tribunal declaró su oposición a la utilización general y abstracta del criterio del precio como único criterio. En concreto, el TJUE se pronunció en los siguientes términos:

“La determinación por el legislador nacional de un criterio único de adjudicación de contratos públicos de obras, de manera general y abstracta, priva a las entidades adjudicadoras de la posibilidad de tomar en consideración la naturaleza y las particularidades de tales contratos, aisladamente considerados, eligiendo para cada uno de ellos el criterio más idóneo para asegurar la libre competencia y garantizar de esta forma que se seleccione la mejor oferta”.

- Sentencia, de 17 de septiembre de 2002, del TJUE, dictada en el asunto C-513/99, “*Concordia Bus Finland*”, en la que el Tribunal consideró que la identificación de la oferta económicamente más ventajosa no debe hacerse, necesariamente, sobre la base de criterios meramente económicos. En particular, el TJUE declaró, en relación con la Directiva que se encontraba entonces vigente, que:

“En segundo lugar, el referido artículo 36, apartado 1, letra a), no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta

económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica (...)".

- Sentencia, 25 de febrero de 2003, del Tribunal de Primera Instancia, dictada en el asunto T-4/01, "Renco SpA" en la que, en la misma línea que la Sentencia a la que acabamos de referirnos, dicho Tribunal consideró que:

"Se desprende de lo anterior, que el artículo 30, apartado 1, letra b) de la Directiva 93/37 no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de atribución aplicados por el Consejo con el objeto de identificar la oferta más ventajosa económicamente deba ser necesariamente de naturaleza cuantitativa o está exclusivamente relacionados con los precios o tarifas del presupuesto recapitulativo. En efecto, diversos factores que no son meramente cuantitativos pueden influir en la ejecución de las obras y por consiguiente, en el valor económico de la oferta. Así, la experiencia y capacidad técnica de un licitador y de su equipo, la frecuencia en la realización de proyectos del mismo tipo que el del contrato en cuestión y la calidad de los subcontratistas propuestos son todos ellos elementos cualitativos que, en caso de no alcanzar el nivel requerido por el contrato, pueden provocar retrasos en la ejecución de las obras o que sean necesarias obras complementarias".

Como consecuencia de lo anterior, la regulación básica estatal precedente en materia de contratación pública –esto es, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre– ya preveía expresamente la utilización obligatoria de más de un criterio de adjudicación para determinados contratos (en los que no se podía acudir de manera exclusiva al criterio económico o de coste).

Posteriormente, en línea con lo establecido en la Directiva 2014/24, la LCSP renueva y depura la regulación heredada del TRLCSP y fomenta la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación que orienten la contratación pública hacia un resultado de calidad que, a su vez, venga acompañado de un criterio relacionado con los costes.

En concreto, y por lo que a los contratos de suministro se refiere, el artículo 145 de la LCSP, relativo a los "requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato", prevé, en su apartado 3.f), que "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".

Por tanto, no concurriendo en este caso ninguna de las excepciones establecidas en el artículo 3.f (se trataría, en todo caso, de una cuestión que correspondería acreditar al órgano de contratación), **hemos de partir de la premisa de que los Pliegos del expediente de licitación que nos ocupa han de aplicar, al menos, dos criterios de adjudicación diferentes.**

Si nos atenemos al apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP, pudiera parecer que, en efecto, se aplica más de un criterio de adjudicación:

1.- *Criterios relacionados con los costes:*

Precio:

Ponderación

Hasta 70 puntos.

2.- Criterios cualitativos:

2.a) Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: Hasta 30 puntos.

Nº LOTE	DESCRIPCIÓN DEL CRITERIO	PONDERACION (En puntos)
COMÚN A TODOS LOS LOTES	CERTIFICACIÓN EN LA NORMA ISO 14001	Hasta 10 puntos
	Se puntuará con 10 puntos a aquellos licitadores que tenga en vigor la certificación en la norma ISO 14001, y con cero puntos a los que no lo tengan.	Hasta 10 puntos

Nº LOTE	DESCRIPCIÓN DEL CRITERIO	PONDERACION (En puntos)
COMÚN A TODOS LOS LOTES	PLAZO DE ENTREGA ORDINARIO	Hasta 10 puntos
	Se valorará la reducción del plazo de entrega ordinario:	Hasta 10 puntos
	Con 10 puntos a aquellas ofertas que presenten un compromiso de plazo de entrega de 1 día.	
	Con 5 puntos a las que presenten un compromiso de plazo de entrega de 2 días.	
Con cero puntos al resto.		

Nº LOTE	DESCRIPCIÓN DEL CRITERIO	PONDERACIÓN (En puntos)
COMÚN A TODOS LOS LOTES	PLAZO DE ENTREGA PEDIDOS URGENTES	Hasta 10 puntos
	Se valorará la reducción del plazo de entrega de pedidos urgentes: Con un máximo de 10 puntos a aquellas ofertas que presenten un compromiso de plazo inferior a 48 horas y el resto se repartirán proporcionalmente, en comparación con la mayor reducción de plazos entre las presentadas.	Hasta 10 puntos

2.b) Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: No procede.

TOTAL Criterios objetivos de adjudicación del contrato. 100 PUNTOS.

No obstante, como se expondrá a continuación, en puridad, sólo se está aplicando un único criterio de adjudicación –el precio– pues los criterios que el PCAP denomina “cualitativos”, en realidad, no son tal, sino que se trata de meros criterios de solvencia técnica o condiciones de ejecución del contrato que, a juicio de esta representación, han sido trasladados artificialmente por el órgano de contratación al apartado de criterios de adjudicación, a pesar de que no revistan tal carácter.

- **Por lo que respecta al criterio relativo a la “Certificación en la Norma ISO 14001”,** ha de señalarse que, de acuerdo con la LCSP y la jurisprudencia del TACRC, resulta claro que se trata de un mero criterio de solvencia técnica (y no de un criterio de adjudicación).

En efecto, el artículo 89 de la LCSP, relativo a la solvencia técnica en los contratos de suministro, se refiere expresamente, entre los distintos medios para la acreditación de la misma, a los a los “*Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la*

conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas técnicas”.

A mayor abundamiento, ha de traerse a colación la jurisprudencia del TACRC que ha declarado taxativamente que, certificados como la Norma ISO 14001 mencionada en el PCAP, no pueden ser aplicados como criterios de adjudicación ya que, como defiende esta representación, en puridad no constituyen sino medios de acreditación de la capacidad técnica de la propia empresa para concurrir a la licitación (y no atributos de su oferta). Así, cabe citar las siguientes resoluciones:

- Resolución n° 389/2019, de 17 de abril de 2019 (rec. 153/2019), del TACRC. En este caso, de gran similitud al supuesto que nos ocupa, el TACRC declaró la nulidad de un criterio de adjudicación previsto en los Pliegos, consistente en disponer de sistemas de gestión medioambiental acreditados mediante normas medioambientales como la ISO 14001. Así, en palabras del Tribunal:

“La valoración de certificados de gestión ambiental como la norma EMAS o la ISO 14001 [precisamente la referida en el PCAP] citadas en la cláusula impugnada se predicen de las empresas (requisitos del contratista) y no de las ofertas. Así lo ha matizado recientemente este Tribunal en la Resolución n° 405/2018, de 23 de abril: «Al respecto, y como bien apunta el recurrente, habremos de estar a la consolidada doctrina de este Tribunal acerca de la improcedencia de configurar los certificados de calidad y de cumplimiento de normas de gestión ambiental como criterio de adjudicación de los contratos. Así, en la Resolución n° 476/2016, de 17 de junio, razonábamos sobre este particular lo siguiente: "A estos efectos, debe recordarse que este Tribunal ha elaborado una ya consolidada doctrina sobre la improcedencia de configurar los certificados de calidad como criterio de adjudicación de los contratos. Así, en la Resolución 628/2015 se ha dicho sobre este particular: «Siguiendo en este punto las Resoluciones 255/2015, de 23 de marzo, y 906/2014, de 12 de diciembre, "el Tribunal ha reiterado (cfr.: Resoluciones 143/2012, 223/2012, 461/2013, 113/2014, 129/2014 y 782/2014), en consonancia con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 29/2010), que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los que se refieren los artículos 80 y 81 TRLCSP son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas (cfr.: Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 – asunto C-315/01-, 24 de enero de 2008 – asunto C-532/06- y 12 de noviembre de 2009 – asunto C-199/07-; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 – asunto C-641/13-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012, 220/2012, 290/2012, 189/2014 y 295/2014). [...] En la medida de que el PCAP valora como criterio de adjudicación la acreditación por las empresas licitadoras de determinadas normas ISO, las cuales, conforme a lo indicado, han de operar como criterio de acreditación de la solvencia en la fase previa de selección, se ha de concluir que el Pliego resulta en este punto contrario a la doctrina y a la jurisprudencia expuestas».

- Resolución n° 321/2018, de 3 de abril (rec. 169/2018), del TACRC. En el mismo sentido, en este supuesto el TACRC declaró contundentemente que “la doctrina de este Tribunal ha sido constante y unánime en el sentido de que los certificados de calidad solo pueden ser configurados como criterios de adjudicación del contrato cuando hacen referencia a características propias del producto o

servicio que constituye el objeto del contrato pero no en el caso de aquellos certificados que, como ocurre con el 9001:2015 y el 14001:2015, hacen referencia exclusivamente a características propias de las empresas, pues en tales casos deben configurarse como criterios de solvencia”.

- En relación a los criterios que aluden al “plazo de entrega ordinario” y al “plazo de entrega de pedidos urgentes”, esta parte considera que el PCAP se ha limitado a incluir unos criterios neutros y asépticos que tampoco constituyen verdaderos criterios de adjudicación, sino más bien condiciones mínimas de ejecución del contrato.

Si se atiende al contenido concreto de ambos criterios, se observa que, en puridad, se están regulando unos plazos de entrega (24/48 horas para pedidos ordinarios y menos de 48 horas para pedidos urgentes) que están estandarizados en el mercado y que son de muy fácil cumplimiento, en la práctica, para cualquier licitador. Lógicamente, si los hitos fijados en estos criterios pueden ser fácilmente cumplidos por cualquier licitador, todos obtendrán la máxima puntuación.

Por lo tanto, puede afirmarse que estos criterios, así configurados, son ficticios, carecen de virtualidad y no son susceptibles de generar una auténtica competencia entre licitadores que pueda conducir al resultado que se persigue, en última instancia, con los criterios de adjudicación (esto es, “la mejor relación calidad-precio”, según el tenor literal del artículo 145.1 de la LCSP).

Sin perjuicio de lo anterior, incluso si se admitiese, a los meros efectos dialécticos, que estos criterios permiten cierta competencia entre los licitadores (*quod non*), la misma sería insignificante, tal y como demuestra el hecho de que, por ejemplo, la puntuación sólo se reduzca de 10 a 5 puntos si se aumenta el compromiso de entrega de 1 día a 2 días.

Lo que sucede en realidad es que, de facto, el PCAP no está articulando criterios de adjudicación, sino meras condiciones de ejecución o requisitos mínimos e imprescindibles del propio suministro objeto del contrato, como es la entrega de los pedidos en un determinado plazo. Otra cosa diferente hubiera sido si se hubiera optado, por ejemplo, por fijar un plazo máximo de entrega para los pedidos, tanto ordinarios como urgentes, al que se atribuya una determinada puntuación y que, posteriormente, se otorgara una mayor puntuación –hasta un máximo predeterminado- a aquellos licitadores que comprometieran plazos de entrega inferiores.

En definitiva, si bien esta representación no pretende discutir que los plazos de entrega deban ser objeto de valoración por el órgano de contratación, entendemos que las cláusulas que aquí se denuncian no han sido articuladas adecuadamente, en los términos expuestos.

A la luz de cuanto antecede, esta representación considera que ha quedado fehacientemente acreditado que lo que el PCAP denomina, en su cláusula 1.8, “*criterios cualitativos*”, en realidad no son tal. En consecuencia, tal y como se viene sosteniendo en el presente recurso, sucede que, en puridad, el PCAP se está limitando a aplicar un único criterio de adjudicación: el precio. Y ello, como se ha expuesto al inicio del presente fundamento, resulta manifiestamente contrario a Derecho, pues vulnera frontalmente el artículo 145.3.f) de la LCSP, el cual exige que, en un contrato de suministro como el que nos ocupa, se aplique más de un criterio de adjudicación (y no sólo el precio).

TERCERO.- EL PCAP TAMBIÉN ES CONTRARIO A DERECHO PORQUE INCORPORA UN CRITERIO DE SOLVENCIA TÉCNICA COMO UN CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

Como se ha expuesto en el fundamento precedente, el PCAP ha incorporado, como criterio de adjudicación, la certificación en la Norma ISO 14001, a la que otorga 10 puntos. Pues bien, el artículo 89 de la LCSP establece que este tipo de certificaciones son medios de acreditación de la solvencia técnica de los licitadores y, consecuentemente, el TACRC ha declarado que las mismas no pueden incluirse como criterios de adjudicación, procediendo a la anulación de aquellos pliegos que no respeten esta regla, en los términos antes expuestos.

Por lo tanto, el PCAP del expediente de licitación de referencia también incurre en vicio de nulidad y debe reputarse contrario a Derecho, por vulneración de la normativa y jurisprudencia referidas.

En su virtud,

SOLICITO que, teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlos y se tenga por interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación frente al PCAP y el PPT correspondientes al contrato de suministro de *“adquisición de productos de fluidoterapia, irrigación e inyección y sueros para el Hospital Universitario Infanta Leonor”* (expdte. nº 2019-0-12), y, en su virtud, se proceda a su anulación y a su nueva publicación, con subsanación de los precios de licitación y de los criterios de adjudicación, en los términos señalados en el presente recurso.

OTROSÍ DIGO PRIMERO que, en este caso, concurren los requisitos establecidos en el artículo 49 de la LCSP para otorgar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación con número de expediente nº 2019-0-012 hasta que se resuelva el presente recurso especial. Y ello, esencialmente, en la medida en que de la adopción de la tutela cautelar que se solicita no se derivarían perjuicios para el interés general, más allá de la mera demora del procedimiento de contratación. En cambio, la no adopción de la medida cautelar que solicitada sí podría producir evidentes perjuicios para el interés general (si el recurso prosperara, la anulación del expediente de contratación obligaría al órgano de contratación a reiniciar todo el procedimiento e incluso podrían tener que abonarse indemnizaciones a costa de erario público y, a mayor abundamiento, con unos precios de licitación tan inferiores a los de mercado, difícilmente un contratista podría garantizar la correcta ejecución del contrato en tales condiciones económicas).

DE NUEVO SOLICITO que, en virtud de lo expuesto, se acuerde la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva el presente recurso especial.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO que, como Documento nº 4, se acompaña el justificante de presentación ante el órgano de contratación del correspondiente anuncio de interposición del presente recurso especial.

DE NUEVO SOLICITO que se tenga por acompañado el documento señalado.

En San Fernando de Henares, a 5 de julio de 2019.

Fdo.: **Cristian Ostrowski**