

Recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen el procedimiento de Suministro de guantes estériles y no estériles de uso sanitario para todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud, 11 lotes.

Número de referencia: AM PA SUM 05/2018"

En Barcelona, a 9 de julio de 2019

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

Don **Juan Parés Lucini**, con DNI Nº 38524169C, actuando en nombre y representación de la empresa **BARNA IMPORT MEDICA, S.A.**, con C.I.F. Nº A-58001686 y con domicilio social en la Avda. Barcelona Nº 225, Molins de Rei (08750), cuya representación acredito mediante copia de la escritura de poder que se adjunta como **Documento Nº 1**, conforme proceda en derecho y con arreglo a lo previsto en el artículo 44 y siguientes **de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, interpone mediante el presente escrito,

**RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

Contra la publicación en el DOUE de 18 de junio de 2019 de la convocatoria de licitación del procedimiento de Guantes estériles y no estériles de uso sanitario, AMPA SUM 05/2018 del Servicio Madrileño de Salud (**Documento Anexo 2**).

El objeto del contrato es el Suministro de guantes estériles y no estériles de uso sanitario para todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud, 11 lotes. El Número de referencia es AM PA SUM 05/2018.

I REQUISITOS

PRIMERO. - REQUISITOS SUBJETIVOS

1. Órgano competente

El presente recurso especial se interpone ante el **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y Racionalización del Sector Público.

2. Legitimación

De acuerdo con el **artículo 48** de la **Ley de Contratos del Sector Público**,

"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica 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".

La empresa **BARNA IMPORT MÉDICA, S.A.** está legitimada para recurrir los pliegos del acuerdo marco al ser empresa interesada en licitar porque comercializa el objeto que se licita.

Que ostento legitimación para interponer recursos en materia de contratación en nombre de la empresa.

SEGUNDO. - REQUISITOS OBJETIVOS

2.1 Acto impugnado

El artículo 44.1 establece que:

"Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos”

El valor estimado del contrato es de 22.462. 539, 14 EUR de conformidad con el apartado II.1.5 del anuncio de licitación.

A su vez, el Artículo 44.2, de la LCSP, establece que:

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.”

TERCERO. - REQUISITOS FORMALES

3.1 Plazo

De conformidad con el artículo 50, apartado 1) de la LCSP, el plazo legalmente establecido para interponer un recurso contra los pliegos es de quince días hábiles:

" 1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

Los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores el día 19 de junio de 2019 a las 13:32 horas.

(http://www.madrid.org/cs/Satellite?pagename=ICMFramework/Comunes/Logica/ICM_WrapperGetion&op=PCON_&language=es&c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354778495371&nombreVb=pliegos&other=2)

Que, por el presente ESCRITO, y conforme a lo previsto en los artículos 50 y siguientes de la LCSP, dentro del plazo de 15 días legalmente establecidos al

efecto, interponemos Recurso especial en materia de contratación en tiempo y forma contra los pliegos que rigen el procedimiento de suministro de Suministro de guantes estériles y no estériles de uso sanitario para todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud, 11 lotes. Número de referencia es AM PA SUM 05/2018 con base en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA: SOBRE EL APARTADO DE CONSIDERACIONES GENERALES.

Única) El pliego de prescripciones técnicas para la adquisición centralizada, mediante acuerdo marco, de 11 lotes de guantes estériles y no estériles de uso sanitario para todos los centros dependientes del **SERMAS (DOCUMENTO 3)** establece en su apartado 4 de Consideraciones Generales que:

"Las presentaciones objeto de este contrato estarán en perfectas condiciones de uso y se ajustarán a las condiciones técnicas y de calidad exigidas.

Toda la documentación se presentará en castellano o traducción jurada del mismo en formato papel y electrónico:

(...)

4. Fotocopia compulsada de la autorización para su comercialización de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios."

De este modo, y teniendo en cuenta que los productos objeto del presente concurso están clasificados como productos sanitarios Clase I (lotes 1,3), Clase I estéril (Lotes 2 y 11) y Clase IIa (4,5,6,7,8,9 y 10) les resultarían de aplicación las comunicaciones contempladas en los artículos 22 y 24 y no ninguna Autorización emitida por la AEMPS.

Pues bien, en la actualidad no existe una "Autorización para la comercialización" de los guantes sanitarios.

Lo que legalmente se pide es una "comunicación" a la Agencia Española del Medicamento. No se pide que esta Agencia proceda a la Autorización, ya que solo se comunica a efectos de trazabilidad.

Así el artículo 22 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, establece que:

"Artículo 22. Comunicación de comercialización y puesta en servicio y registros de trazabilidad.

1. Cualquier persona física o jurídica que ponga por primera vez a disposición, para su distribución y/o utilización en territorio español, un producto de la clase IIa, IIb o III, efectuará una comunicación a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en el momento en que haga efectiva dicha puesta a disposición.

2. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios mantendrá actualizado un registro con todas las comunicaciones a que se refiere el apartado anterior."

Así mismo, el artículo 24 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, establece que:

"1. Todo fabricante establecido en España que ponga en el mercado productos de la clase I, así como productos a medida, o que realice las actividades contempladas en el artículo 14, efectuará una comunicación a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para que sea incluido en el Registro de Responsables de la puesta en el mercado que mantiene la misma, donde constará la dirección de su domicilio social y la descripción de los productos de que se trate. Esta obligación se hará extensiva al representante autorizado cuando se encuentre establecido en España".

SE SOLICITA: Por lo tanto, habida cuenta de que la autorización del producto no es un requisito susceptible de ser requerido para los guantes sanitarios, debería anularse y eliminarse de los pliegos esta petición número 4 de documentación, ya que lo que se debe efectuar es una comunicación.

SEGUNDA: SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS PRODUCTOS.

A) En el Punto primero Normativa del **DOCUMENTO 3**, se exige el cumplimiento del Real Decreto 773/1997 de 30 de mayo sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

Este Real Decreto establece "las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la elección, utilización por los trabajadores en el trabajo y mantenimiento de los equipos de protección individual", de conformidad con el artículo 1 del Real Decreto, determinando las obligaciones de los

empresarios y trabajadores relacionadas con los equipos de protección individual y en relación con las condiciones de trabajo.

En ningún caso resulta de aplicación a las empresas comercializadoras de los equipos ni de los licitadores al concurso, tal y como se extrae claramente del artículo 3 del Real Decreto ya que esta norma trata de las obligaciones del empresario en relación con sus trabajadores en el uso de medidas de protección individual en su lugar de trabajo, así como de las obligaciones en materia de formación e información y de la participación de los trabajadores.

Es decir, se trata de un Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y que, de acuerdo con ello, tiene como objeto regular las relaciones entre el empresario empleador y sus trabajadores, en el marco del derecho a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, consagrado en la Constitución Española.

No puede pretenderse, por tanto, que este deber general de protección que el empresario adquiere respecto de sus trabajadores sea trasladado a las empresas comercializadoras, en este caso, de productos sanitarios.

SE SOLICITA: En conclusión, este apartado debe de ser anulado, al no ser aplicable a las empresas licitadoras como tales en relación con el producto que es objeto del concurso con independencia de si los productos que presentan a la licitación pueden ser catalogados como Equipos de protección individual o no.

B) En el Punto primero Normativa del mismo **DOCUMENTO 3**, se solicita el cumplimiento de la Directiva 89/686/EEC, normativa que en el momento actual no es vigente y ha sido sustituida por el REGLAMENTO (UE) 2016/425 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016 relativo a los equipos de protección individual y **por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo**, que ya ha entrado en vigor y que es mencionado, de pasada, en los pliegos.

SE SOLICITA: Que se anule la exigencia de la Directiva 89/686/EEC y se adecúe a la norma vigente, en concreto al citado Reglamento UE 2016/425.

C) En el mismo punto primero Normativa del mismo **DOCUMENTO 3**, exigible a todos los guantes menos al Lote 11, se solicita la normativa UNE 455-2 versión 2001 que es obsoleta, y debe solicitarse la normativa UNE 455-2 versión 2015.

Así mismo, se exige para todos los guantes, menos para el Lote 11, la normativa 455-3 versión 2007 que es obsoleta, ya que debería solicitarse la normativa 455-3 versión 2015.

SE SOLICITA: Que se anulen la exigencia para todos los guantes, menos para el Lote 11, de las normativas UNE 455-2 versión 2001 y de la normativa UNE 455-3 versión 2007, con tal de adaptarlas a las vigentes normas.

D) Sobre la exigencia de la normativa ASTM D6978.

I. El mismo punto de Normativa del **DOCUMENTO 3** exige para todos los guantes, menos para el lote 11, el cumplimiento de la normativa ASTM D6978, y así podemos ver cómo se puntúa atendiendo a cada lote en los PPT (**DOCUMENTO 3**) (págs. 14 y siguientes).

Pues bien, la exigencia del cumplimiento de la normativa ASTM D6978 05-2013 para todos los guantes, excepto para el lote 11, es de complicado encaje legal.

En primer lugar, porque, de conformidad con el artículo 125.2 LCSP, la «Norma» se define como “una especificación técnica aprobada por un organismo de normalización reconocido para una aplicación repetida o continuada cuyo cumplimiento no sea obligatorio y que esté incluida en una de las categorías siguientes (...)”.

En segundo lugar, la ASTM D6978 es una normativa de EEUU referida al “Standard Practice for Assessment of Resistance of Medical Gloves to Permeation by Chemotherapy Drugs”.

Sobre esto hay que decir que, en primer lugar, **dicha normativa no aparece en los listados de normas armonizadas publicados por la UE para el cumplimiento de la Legislación de Productos Sanitarios** (Directiva 93/42/EEC) ni en los listados de normas armonizadas para el Reglamento UE2016/425 que regula los equipos de protección individual, tal y como puede comprobar el Tribunal, al que tengo el honor de dirigirme. Se trata, pues, de una incorporación *in totum*, por remisión, no prevista en la normativa europea.

Es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, con tal de disfrutar de la libertad de circulación y no poner barreras de entrada, se deban permitir otros medios de ensayos técnicamente válidos siempre que la normativa no lo prohíba (**Apartado 4 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court — Irlanda) — James Elliott**

Construction Limited/Irish Asphalt Limited (Asunto C-613/14)), como es el caso, ya que no hay normativa normalizada en Europa sobre la resistencia de los guantes a productos citostáticos. De ahí el ya citado artículo 125.2 de la LCSP y el artículo 126.7 LCSP, que permiten medios complementarios, así como la exigencia de inclusión en los pliegos del término “o equivalente” ante la remisión a referencias concretas.

En efecto, no debe ignorarse que el propio artículo 126.8 LCSP establece que, para aquellos casos en los que se recurra a especificaciones técnicas basadas en normas internacionales, deberán aceptarse también aquellas ofertas en las que el licitador demuestre “*por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en el artículo 128, **que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos exigidos en las correspondientes prescripciones técnicas***”.

II. En segundo lugar, se trata de una normativa que mide la resistencia de los guantes a productos citostáticos usados en Quimioterapia.

Resulta cuando menos injustificado **que todos los guantes del concurso desde el lote 1 al lote 10, requieran el cumplimiento de esta normativa**, con el encarecimiento para la Administración Pública, y por ende para todos los ciudadanos, que aplicar esta norma técnica a todos los productos supone, ya que el uso de los guantes para usos citostáticos es nimio en relación con el uso total de guantes debería ser objeto de un lote específico.

III. Puede afirmarse que se ha sobrepasado la discrecionalidad técnica en la configuración del expediente que nos ocupa, pues no se respetan los principios básicos de la contratación pública al incluir en todos los lotes unas prescripciones que tan solo encuentran justificación en atención a la necesidad del contrato en uno de los lotes, circunstancia que no solo revierte en un encarecimiento de los productos (**Resolución 124/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**) sino que, en cualquier caso, representa una **limitación injustificada a la concurrencia** y una desnaturalización del principio establecido en la Directiva Europea 24/2014/CE (y recogido en el artículo 99 de la LCSP) en la que se establece la prevalencia de la división en lotes.

Dicho de otro modo, queda desvirtuada la necesaria y obligatoria división en lotes desde el momento en el que las prescripciones técnicas propias y exclusivas de uno solo de los lotes se hacen extensivas al resto, y de facto se impide la concurrencia a todo el concurso respecto de aquellos licitadores que

no estuvieran en condiciones de presentar oferta a ese lote específico reservado, en este caso, a los guantes con protección quimioterápica.

En este sentido, permítasenos añadir que no consta memoria del contrato en la que se explique el porqué de esta distribución de lotes. La LCSP no obliga a justificar cuando se divide en lotes, pero a la vista del objeto del contrato y de las exigencias o prescripciones que realmente se solicita a los productos - en los que el objeto del contrato se convierte en suministro de guantes de protección contra quimioterápicos- **no queda justificada la actual extensión de la solicitud de los requerimientos técnicos específicos de un solo lote a todos lotes**, lo que contraviene, como venimos apuntando, los principios que rigen la nueva normativa en materia de contratación pública basados en una división en lotes efectiva que permita en acercamiento a las pymes y en todo caso se garantice la mayor concurrencia posible en los procedimientos de selección de contratistas del Sector Público.

No debe quedar inadvertido para este Tribunal que, si pese a la existencia de lotes bien diferenciados, los requerimientos de acceso más rigurosos justificados para un lote específico se extienden a todos, queda desnaturalizada la división y se vulnera frontalmente el principio de libre concurrencia y el derecho de acceso a las licitaciones.

IV. El contrato no es idóneo. Vulneración del artículo 28.1 LCSP, como consecuencia de la desvirtuación del objeto del contrato en que se incurre al exigir la normativa ASTM D6978.

A raíz de lo expuesto en la presente Alegación Segunda (**apartado D**), el Tribunal estará de acuerdo en que:

- o bien el objeto del contrato es el suministro de guantes para tratar en procedimientos que incluyan fármacos quimioterápicos, excepto el lote 11, y que por tanto debería ser parte y estar establecido en el objeto del contrato de conformidad con el artículo 99.1 LCSP,
- o bien, que es lo más lógico, este contacto con quimioterápicos sólo se va a producir de manera ocasional, con lo que ni el objeto del contrato ni la exigencia técnica de la normativa ASTM D6978 en cada uno de los lotes sería racional.

Por tanto, si se produce esta última casualidad, se deberá atender a si lo solicitado es acorde con el objeto del contrato (entre otras, **Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 –asunto C-19/00-, de 27 de octubre de 2005 –asunto C-234/03).**

Esta concreción del objeto no es necesaria solo en el ordenamiento jurídico interno, sino que en Derecho Público Internacional también se da. Sirva como ejemplo los **artículos 10 y siguientes de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Contratación Pública, publicada en 2011.**

Lo racional sería que un lote, ya que el objeto del contrato es el suministro en general de guantes estériles y no estériles de uso sanitario, fuese el relativo a las necesidades de guantes quimioterápicos y no la totalidad, ya que es un coste innecesario para los ciudadanos. El personal sanitario no tiene mayor protección específica debido al cumplimiento de esta normativa si no tratan con dichos productos quimioterápicos. Y es más lógico que haya un lote separado si tenemos en cuenta que los lotes no se han configurado por hospitales.

En definitiva: O el suministro de guantes con protección quimioterápica es relevante, o no lo es, circunstancia que, por cierto, no queda nada clara a la vista de las diferencias entre los guantes que se utilizan en la realidad con esta protección y la puntuación objetiva que se le otorga – siendo en algunos casos muy alta (hasta 33 puntos).

Si esta protección es relevante en la prestación, debería estar incluido en el objeto del contrato y si no lo es, no se aporta ningún criterio de discrecionalidad técnica que así aconseje su distribución actual en lotes.

En definitiva, **la idoneidad del contrato, consagrada en el artículo 28 de nuestra Ley, se ve quebrantada en este caso al concurrir los mismos elementos que son objeto de examen en la Resolución 62/2016** de este Tribunal al que respetuosamente nos dirigimos:

"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 a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de la misma que excluyan a*

*todas las demás **capaces de cumplir igual función**, según viene declarando este Tribunal en sus Resoluciones.*

En efecto, al referirse a la "igual función", este Tribunal nos recuerda que esta funcionalidad debe presidir la definición del objeto del contrato y, en el presente caso, **si éste se viera desnaturalizado por exigir requerimientos técnicos específicos para unos guantes asociados a un uso determinado cuando el objeto del contrato lo componen los guantes estériles y no estériles, se estaría atentando contra la idoneidad del contrato.**

V. Finalmente, e efectos de poner de manifiesto que la forma en la que se ha llevado a cabo la configuración de los distintos lotes es a todas luces irracional, sirva como referencia el «Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a Agentes Citostáticos», aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, disponible en:

https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/Agentescitos_taticos.pdf

En el referido documento, en su página 67, se establece que "Se deben utilizar guantes estériles quirúrgicos de látex" por lo que, según esta recomendación, **la solicitud del pliego en relación con la ASTM D6978 debería estar limitada a los guantes estériles quirúrgicos de látex, es decir solamente al lote 4.**

A todos los anteriores efectos, **la Resolución 283/2018 de TACP de la Comunidad de Madrid** fundamenta que "De lo anterior se concluye que formalmente se ha cumplido con la obligación de dividir el contrato en lotes, sin embargo, no existe una motivación adecuada y razonable del número de lotes y su distribución. Cabe recordar que el diseño del contrato en la detección de las necesidades a cubrir, la forma de hacerlo, las exigencias a imponer a los adjudicatarios y demás elementos que conforman la relación contractual, corresponde al órgano de contratación y se basa en el principio de libertad de pactos, conforme a lo establecido en los artículos 28 y 34 de la LCSP. Estas potestades deben cohererse con las necesidades de promoción de la libre competencia y del acceso de las PYMES a la contratación pública, eliminando aquellos requerimientos que supongan barreras injustificadas. La nueva normativa sobre lotes establecida en el cuarto paquete de directivas de contratación pública no obliga a los poderes adjudicadores a dividir necesariamente los contratos en lotes, sino a su toma en consideración motivada y expuesta en el expediente, en función de las posibilidades técnicas que en cada contrato permitan tal división.

Efectivamente la Directiva 2014/24/UE, en el Considerando 59, advierte que la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y proteger la transparencia, la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME. Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos.

La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que "el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial". Lo que no excluye la de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia."

A la vista de todo lo señalado en este apartado D correspondiente a la Alegación Segunda, se significa que:

- I. La exigencia del cumplimiento de la normativa ASTM D6978 05-2013 para todos los guantes **no tiene justificación legal**.
- II. Además, no solo no está justificada su exigencia para los lotes 1 a 10, sino que **difícilmente podría ser objeto de justificación**, ya que la norma referenciada mide la resistencia de los guantes a productos citostáticos usados en Quimioterapia, lo cual no es objeto de dichos lotes.
- III. **La división en lotes**, exigible por aplicación de la LCSP, queda **desvirtuada** desde el momento en el que, sin justificación alguna, se extiende a todos los lotes la exigencia que tan solo cabría admitir de uno de los lotes.
- IV. Se **conculca el principio de idoneidad del contrato y eficiencia de la contratación**, en tanto que existe una evidente incongruencia entre la necesidad del contrato y la definición de su objeto, y lo que realmente se solicita como condición necesaria para acceder a la licitación.

En definitiva, **se imponen barreras de entradas dada la redacción de los pliegos**, barreras contrarias a la normativa comunitaria de manera patente e inequívoca de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. Estas barreras se producen por una alta puntuación a un criterio que no proporciona ninguna mejora global en el objeto del contrato salvo en el uso de productos citostáticos, que es un uso menor.

Por todo ello,

SE SOLICITA: Que se declare por este Tribunal la nulidad, o subsidiariamente anulabilidad, de la exigencia de la "Norma específica ASTM D6978 - 05(2013) Resistencia de guantes médicos a la permeación por fármacos quimioterápicos."

Que, o bien se anule la actual configuración de los lotes con tal de que ésta se efectúe de conformidad con el verdadero objeto del contrato que se manifiesta en los pliegos, o bien que, si el Tribunal considera que los guantes con esta especial protección sí que es lo esencial de la prestación del contrato – excepto en el lote 11-, se declare la nulidad del contrato debido a inconcreción del objeto del contrato.

E) Sobre la exigencia de la mitomicina en relación con la normativa ASTM D6978-05(2013).

I. La petición de esta norma técnica ASTM D6978-05(2013) causa aun más confusión en cuanto que literalmente, los pliegos exigen en su punto número 2.3 (**DOCUMENTO 3**- página 5) que *"Todos los guantes de los lotes del 1 al 10 deberán presentar certificación de compatibilidad con mitomicina según procedimiento de la norma ASTM D6978 - 05(2013) Resistencia de guantes médicos a la permeación por fármacos quimioterápicos."*

La norma pide nueve citostáticos, de los cuales siete son obligatorios y otros dos son voluntarios.

Entre los voluntarios, se encuentra la mitomicina que ni si quiera es obligatoria según la norma. La elección de la mitomicina no parece obedecer a una necesidad real en el uso de guantes en los hospitales ya que es un fármaco de uso minoritario y la norma ASTM D 6978-05 no lo configura como obligatorio sino voluntario. Así lo atestigua la Guía de Manejo de Medicamentos Citostáticos.

Cabe añadir que hay muchas otras sustancias citostáticas de uso más frecuente como se puede apreciar mediante el examen del siguiente enlace:

<https://www.sefh.es/libro/Wyeth/pdf/libro.pdf>

Lo expuesto evidencia que la elección de la mitomicina resulta a todas luces discrecional de manera no justificada en los términos legalmente previstos.

II. En este sentido, el pliego pide nueve citostáticos más la mitomicina y además asigna puntuación adicional por contar con más citostáticos, circunstancia a la que cabe añadir que, si no se supera el umbral de 50 puntos en la valoración, no se accede a la siguiente fase del concurso.

Resulta por tanto crucial la vinculación entre la circunstancia expuesta y el objeto del contrato, toda vez que, si no consigues al menos la mitad de puntos por citostáticos no pasas a la siguiente fase: Esto significa que los citostáticos se convierten de nuevo en prescripción técnica obligatoria con lo que queda alterado el objeto del contrato tal y como decíamos anteriormente en el punto E de esta Alegación Segunda, ya que lo relevante del concurso pasa a ser el *suministro de guantes estériles y no estériles para manipulación de citostáticos* y no simplemente "guantes estériles y no estériles de uso sanitario".

Es por ello que, dada la configuración del contrato, en el que el interés público a satisfacer es el suministro de guantes estériles y no estériles, y debido a que la desmedida e injustificada petición de citostáticos - que se convierte en una prescripción técnica obligatoria-altera el objeto del contrato,

SE SOLICITA: Se anule la exigencia de que *"Todos los guantes de los lotes del 1 al 10 deberán presentar certificación de compatibilidad con mitomicina según procedimiento de la norma ASTM D6978 - 05(2013) Resistencia de guantes médicos a la permeación por fármacos quimioterápicos."*

TERCERA: SOBRE EL APARTADO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS.

A) En el apartado prescripciones técnicas por lotes (a partir de la página 9 del **DOCUMENTO 3**), para los Lotes 1 a 3, se solicita *"elongación de rotura después del envejecimiento mínimo: 400%"*.

Pues bien, se trata de un parámetro no contemplado en ninguna de las normativas solicitadas en el pliego, ni se contempla en ninguna Normativa Europea de guantes, tal y como puede comprobar el Tribunal al que tengo el honor de dirigirme.

A los efectos pertinente, y según la RAE (<https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=elongaci%C3%B3n>), la elongación es el "Alargamiento de una pieza sometida a tracción".

No existe una norma europea armonizada que establezca el parámetro con el que se puede medir esta cualidad. Es decir, la elongación podrá ser mayor o menor dependiendo de la fuerza que imprimas.

Se trata de una condición no objetiva e imposible de medir en términos de igualdad si no se establecen con antelación los criterios objetivos por los cuales se medirá; cosa que, como hemos dicho, no está contemplado en la normativa.

Debido a lo anterior, se solicita

SE SOLICITA: Que se anule de las prescripciones técnicas para los lotes 1 a 3, la exigencia de "elongación de rotura después del envejecimiento mínimo: 400%", al ser contraria al principio de igualdad.

B) En el apartado prescripciones técnicas por lotes, para los Lotes 1 y 2, se solicita un "Peso sobre talla mediana de $3,5\text{gr} \pm 0,2\text{gr}$ ".

No es el peso una característica necesaria para el cumplimiento de ninguna de las normativas de estos productos, ni es un parámetro crítico para la prestación del producto.

El artículo 126 LCSP establece que:

"1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este."

De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto,

lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten. (En este sentido, **Resolución OAR PV 136/2015**).

Conforme a lo citado anteriormente, *"si las necesidades que se pretenden satisfacer por el contrato lo requieren y así se justifica en el expediente, el órgano de contratación puede configurar un pliego con prescripciones técnicas tan estrictas como lo requiera la finalidad que persigue con la consecución del contrato. El límite sería el de que su exigencia no sea arbitraria, es decir, que se halle justificada, y que dicha finalidad no se pueda satisfacer mediante la configuración de otras prescripciones que supongan una mayor apertura al mercado"* (**Resolución OAR PV 136/2015**, ya citada).

Pues bien, se desconoce a qué finalidad obedece esta exigencia ya que el peso no es un requisito funcional de los guantes ni se sabe a qué objetivo obedece, cuestión básica que lleva a concluir que nos hallamos ante una exigencia caprichosa y no necesaria.

Es por ello que se solicita,

SE SOLICITA: Que se anule el requisito técnico, para los Lotes 1 y 2, por el que se exige un "Peso sobre talla mediana de 3,5gr±0,2gr".

C) La misma fundamentación anterior cabe reiterar respecto al apartado prescripciones técnicas para el lote 3, guante ambidiestro nitrilo puño largo estéril en el que se solicita *"envasado externo de material impermeable"*, siendo una característica limitativa de la concurrencia y no necesaria para la funcionalidad del producto por lo expuesto anteriormente.

Es por ello que,

SE SOLICITA: Que se anule el requisito técnico para el lote 3, guante ambidiestro nitrilo puño largo estéril en el que se solicita *"envasado externo de material impermeable"*.

D) En el apartado prescripciones técnicas por lotes (**DOCUMENTO 3**) en el lote 4, se solicita "Látex natural, con un contenido inferior a 50 microgramos de proteínas por gramo de guante, dependiendo del peso del guante".

La cláusula es confusa, pues obviamente una medida expresada por microgramos por gramo no puede depender del peso del guante. Así la redacción, ésta debería ser anulada con tal de que se corrija.

Es por ello que,

SE SOLICITA: Que se anule la característica técnica de "Látex natural, con un contenido inferior a 50 microgramos de proteínas por gramo de guante, dependiendo del peso del guante" con tal de que se vuelva a redactar de nuevo para que técnicamente sea correcta y no dé lugar a equívocos.

E) En el apartado prescripciones técnicas por lotes (**DOCUMENTO 3**), en los Lotes 4 a 8, se solicita "*elongación a la rotura según ASTM D 3577*", que es una normativa americana. No aparece ni la mención "o equivalente".

Dicha normativa no aparece en los listados de normas armonizadas publicados por la UE para el cumplimiento de la Legislación de Productos Sanitarios (Directiva 93/42/EEC).

El artículo 126.5 de la LCSP es claro al respecto: Ni es norma europea ni aparece la expresión "*o equivalente*".

"5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»;

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción

de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características."

A la jurisprudencia del TJUE mencionada anteriormente en relación a los medios de prueba, y al último inciso del artículo 128 LCSP nos remitimos.

Es por ello que,

SE SOLICITA: Se anule dicha prescripción técnica con tal de adaptarla a la legalidad.

CUARTA: SOBRE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Sobre los criterios técnicos subjetivos referente a la CALIDAD Y SEGURIDAD que podemos encontrar en el **DOCUMENTO 4** (páginas 14 y siguientes).

El artículo 145.2, en sus apartados 5 y 6, de la LCSP expone que:

"5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”

Sobre los criterios de adjudicación en general que se pasarán a recurrir hay que alegar que no podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, cuyo artículo 1.288 exige que tal interpretación se haga en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato –en este caso para cualquiera de los licitadores puesto que es necesario respetar el principio de concurrencia-, **ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado** (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre 1976, 11 octubre y 10 noviembre 1977, 6 febrero y 22 junio 1979 y 13 abril y 30 mayo 1981). En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea toda la información necesaria para la buena comprensión del pliego de condiciones se debe poner, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlo de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (**Sentencia de 19 de marzo de 2010, Asunto Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-50/05**).

Por su parte, 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 éste 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.

La Directiva 2014/23 establece por su lado, sobre los criterios de valoración, que "Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas" y que "Los criterios de adjudicación elegidos no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y deben asegurar la posibilidad de una competencia real y equitativa e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores."

A la vista de lo anterior hay que alegar lo siguiente:

A) Lotes 1 a 10. Se valora el número de antineoplásicos testados, y para ello se establece diferente puntuación según los lotes:

- Se valorará el guante (...) según procedimiento técnico de la norma ASTM D6978 - 05(2013) Resistencia de guantes médicos a la permeación por fármacos quimioterápicos

Pues bien, la valoración obvia los tiempos de permeación y por tanto la protección efectiva que ofrece el guante, siendo en este caso de especial importancia ya que la normativa ASTM D6978 no requiere un tiempo de permeación mínimo, por lo que se estaría otorgando una mayor puntuación al producto que se haya testado ante más antineoplásicos en lugar de puntuar al producto con mejores resultados de protección.

La resistencia del material de un guante a la permeación por un producto químico se determina midiendo el tiempo de paso del mismo a través del material.

Sin ánimo de aburrir al Tribunal, al que tengo el honor de dirigirme, les expongo artículo científico como prueba en la que se indica que la permeación es lo más importante. Lo pueden encontrar en <https://botplusweb.portalfarma.com/documentos/2010/8/18/44120.pdf> (existen muchos otros informes disponibles en idéntico sentido). Cuanto más tiempo aguante la permeación más cumplirá su objetivo. Es lo que se conoce como "el tiempo de paso".

Tenga a bien el Tribunal observar la página 2 del informe referenciado:

“Atendiendo a estos criterios encontramos que en el manejo de antineoplásicos se deberán utilizar en algunas situaciones guantes con certificación de equipo de protección y en otras situaciones guantes con certificación de guante médico. Pero, independientemente de esto, es importante asegurarnos de que el guante que se utiliza nos va a ofrecer una garantía de barrera óptima frente a fármacos antineoplásicos, y para ello **es necesario conocer la resistencia del guante a la permeación** por estos fármacos. La permeación es el proceso por el que una sustancia migra a nivel molecular a través de un material.”

“Para evaluar la resistencia de un guante a la permeación se utilizan dos parámetros, el tiempo de paso y la tasa de permeabilidad máxima. El tiempo de paso se define como el tiempo en minutos tras el cual se detecta el inicio del proceso de permeación, traducción del término inglés Breakthrough Time, y es lo que va a caracterizar la resistencia de un material frente a una determinada sustancia. El otro parámetro de interés es la tasa de permeabilidad máxima, que es el límite máximo permitido de permeabilidad por superficie y tiempo de una sustancia a través de un material”.

Pero es que también el propio Ministerio de Trabajo, en su guía oficial de exposición laboral a compuestos citostáticos, y que pedimos que sea admitida como prueba (https://www.insst.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/101a200/ntp_163.pdf) expone en protección del operador, como punto número 1, que se utilicen guantes de látex porque no son permeables. **Es decir, la protección viene dada por la no permeación.**

De igual manera se expresan las Recomendaciones para la manipulación de agentes citotóxicos de la Comisión Nacional para el estudio de la exposición a citotóxicos (USA), que también pedimos que sea admitido como prueba.

De igual manera, y para demostrar que la permeación es lo que protege, el Servicio de Salud Vasco, en su guía de seguridad en el trabajo pide que los guantes frente a citostáticos se utilicen solo el tiempo necesario, requiriendo el cambio de guantes cada 30 minutos, para reducir así el riesgo de permeación:

(https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/hd_publicaciones/es_hdon/adjuntos/GuiaSL20c.pdf).

Es de difícil comprensión que, siendo los guantes, además de un producto sanitario, un Equipo de Protección Individual, no se pida un criterio de valoración que vaya con la función que se le quiere dar al guante.

Dos cuestiones cabe extraer de lo anterior:

- En primer lugar, de nuevo que esta forma de valoración, más allá de que versa sobre elementos no esenciales para el contrato (los citostáticos) por el escaso uso previsto, termina por convertirse en prescripción de obligado cumplimiento ya que, sin ello, es imposible superar el umbral para pasar a la siguiente fase - tal y como hemos explicado anteriormente- alterando así el objeto del contrato de manera injustificada.

- En segundo lugar, y con independencia de lo anterior: Imponer este criterio de valoración sin tener en cuenta la **no permeación**, que es lo que realmente protege tal y como hemos demostrado, sobrepasa la discrecionalidad de la Administración a cuya Jurisprudencia citada anteriormente, y que el Tribunal conoce, nos remitimos.

Pero es que además se valora el número de citostáticos, sin determinar qué citostáticos se precisan para el uso del citado producto por lo que cada fabricante podría elegir testar citostáticos distintos a los usados en los hospitales del **SERMAS**.

Los antineoplásicos son sustancias que impiden el desarrollo, crecimiento, o proliferación de células tumorales malignas. Estas sustancias pueden ser de origen natural, sintético o semisintético. Y hay de muchos tipos. Por eso debería conocerse qué neoplásicos utiliza el **SERMAS** para ver si los guantes son efectivos y si, realmente, los fármacos antineoplásicos no pasan a la piel del sanitario.

Es por todo ello que,

SE SOLICITA: que se anule este criterio de valoración ya que desvirtúa el objeto del contrato al convertir la prescripción técnica en obligatoria y al no garantizar la seguridad de los trabajadores, y se sustituya por otra en la que se tenga en cuenta el tiempo de permeación con tal de proteger efectivamente a los trabajadores ya que el guante es un equipo de protección individual.

B) Lote 4 a 10. Se valora la longitud del puño:

1.- Mayor longitud del puño. Se evaluará proporcionalmente en relación a la mayor longitud ofertada por encima de lo exigido en los pliegos de prescripciones técnicas particulares.....
...hasta 5 puntos.

Pues bien, se trata de un parámetro no contemplado en ninguna normativa, ni se establece la forma en que deber realizarse la medición, por tanto introduciría arbitrariedad en los resultados presentados por parte de cada fabricante para esta medición.

La longitud del puño, y dicho a efectos dialécticos, es un parámetro que cada fabricante mide según su parecer, al no haber una norma técnica que regule desde qué punto exacto empieza el puño y cómo debe medirse esto. Por lo tanto, la medición es totalmente subjetiva. Y hay que tener en cuenta que un mm más de esa medición subjetiva ya otorgaría la mayor puntuación.

SE SOLICITA: Por tanto, debe anularse este criterio de valoración al no existir criterio técnico suficiente para medir la longitud de un puño ya que todos los licitadores tienen que saber exactamente con qué reglas del juego se les va a valorar de manera justa.

C) Lotes 4 a 10: Los pliegos exponen que se valora la *"diferencia de los valores de resistencia de rotura antes y después del envejecimiento"*.

No se indica ninguna norma de aplicación para la medición de este parámetro, lo que supone que cada licitador pueda utilizar diferentes criterios para indicar dichos valores, cosa que va en contra del principio de seguridad jurídica, el de transparencia y el de igualdad de trato.

Además, dicho criterio no valora con más puntuación una mayor resistencia del guante (lo cual redundaría en la seguridad del usuario), sino que se valora una diferencia entre dos valores que no aporta nada a la seguridad del usuario, ya que el guante debe de cumplir los requisitos de resistencia durante toda la vida útil y en este aspecto a las consideraciones del punto anterior nos remitimos.

Por todo ello,

SE SOLICITA: Que se anule el aspecto de valoración *"diferencia de los valores de resistencia de rotura antes y después del envejecimiento"* en los lotes 4 a 8 por los motivos expuestos.

D) Lotes 4 a 10. Se valora la *"diferencia de los valores de elongación expresado en %"*.

Tal y como hemos explicado anteriormente, al cual nos remitimos, no existe ninguna norma de guantes de uso médico armonizada incluida en el Diario Oficial de la Unión Europea que contemple el parámetro *"elongación"* ni mucho menos de cómo se calculan los valores.

Por lo tanto, esta cláusula atenta contra los principios de igualdad, seguridad jurídica y transparencia.

Por todo ello,

SE SOLICITA: Que se anule el aspecto de valoración "diferencia de los valores de elongación expresado en %" en los lotes 4 a 8 por los motivos expuestos.

QUINTA: SOBRE EL PRECIO DE MERCADO

En el Anexo 1.1 Relación de Bienes/ Artículos y Lotes en que se agrupan, se establece un P/U Licitación (SIN IVA) que entendemos actúa como precio máximo, que para el lote 1 es de 0.021€ que no es un precio de mercado y no permite la concurrencia al concurso.

El artículo 100 de la LCSP establece que:

"2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. (...)

Por su parte, el artículo 101 de la LCSP establece que:

"2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial..."
(...)

"5. El método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado en todo caso deberá figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares".
(....)

"7. La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato"

El artículo 102 de la LCSP establece que:

"1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de

acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente.

(...)

3. 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."

Pues bien, expuesto lo anterior y teniendo en cuenta, para el Lote 1, que no queda acreditado cómo se han calculado los precios ya que el presupuesto base de licitación que se presenta en el anexo 1 no contiene una estimación de los costes directos e indirectos, debe de ser anulada la licitación del Lote 1 en virtud del artículo 48 de la ley 39/2015 ya que causa indefensión a esta parte al no poder recurrir el cómo se ha calculado los precios ya que mostramos que no son precios de mercado.

Como se puede ver en la tabla adjunta, los precios de licitaciones realizadas recientemente de productos de similares características en procedimientos de otras Comunidades Autónomas se encuentran aproximadamente entre un 10% y un 30% por encima del precio de licitación publicado para el Lote 1.

AÑO		PRECIO LICITACION
2015	SERVICIO NAVARRO DE SALUD	0,0255
2015	JUNTA CENTRAL MADRID	0,0650
2015	ICS	0,0298
2018	CONSORCI SANITARI CATALUNA	0,0230
2018	SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD	0,0240
2018	CONSORCI SANITARI INTEGRAL	0,0255
2018	SESPA	0,0300
2019	AS BAJO GUADALQUIVIR	0,0233
2018	IB SALUT	0,0270
2019	GVA (CONSELLERIA SANITARIA DE VALENCIA)	0,0270
2019	SERVICIO NAVARRO DE SALUD	0,0240
2019	HU DR NEGRIN	0,0235
2019	F.ATEN. APOY A LA DEPENDENCIA ILLES BALEAR	0,0248
2019	CONSELL INSULAR IBIZA	0,0270
2019	SERVICIO DE EMERGENCIAS MÉDICAS	0,0248
2019	SACYL	0,0290
2019	PLATAFORMA DE CORDOBA	0,0235

2019	PLATAFORMA DE JAEN	0,0245
2019	PLATAFORMA DE SEVILLA	0,0236

A efectos dialécticos, es incompatible valorar aspectos como el mayor peso del guante (3,5gr +-0,2), que implica mayor coste de fabricación, y que los precios sean inferiores a los de otros concursos, pero en todo caso se está impidiendo el poder entrar a valorar, por esta parte, el coste del cálculo de los precios ofertados para poderlos recurrir en condiciones.

Como el marco conceptual del coste de los contratos públicos no ha sido establecido formalmente en España, corresponde al órgano de contratación –en virtud del artículo 102.7 b) de la Ley 9/2017– establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares las normas de costes que afectan al contrato. Los costes admisibles imputables al contrato, y que influirán en el precio de licitación, deben responder a una norma de costes aprobada por el órgano de contratación que contemple las características de su admisibilidad y la metodología para su valoración y cálculo y ser publicadas para poder confrontarlas con los licitadores.

Es por ello que,

SE SOLICITA: Que se declare nulo o subsidiariamente se anule el precio máximo de licitación establecido para el Lote 1.

Por todo lo anterior, y a la vista de las peticiones hechas a lo largo del presente recurso,

SE SOLICITA

- 1) Que se tenga por presentado en tiempo y forma el presente recurso especial en materia de contratación, así como los documentos que se adjuntan.
- 2) Que se admitan como prueba los documentos y enlaces aportados.
- 3) Que a la vista de las peticiones **se declaren nulas las cláusulas y puntos contractuales peticionadas como nulos, o subsidiariamente se declaren anulables.**

4) Que a la vista de las peticiones se declaren anulables las cláusulas y puntos contractuales peticionados y se eliminen del contrato.

5) Que se imponga la **medida cautelar de paralizar el plazo de presentación de ofertas** ya que, dada la magnitud de lo alegado, pudiera derivarse un cambio en las cláusulas del concurso que darían lugar a unas ofertas nuevas, por cuanto concurren los requisitos legales que la Jurisprudencia viene exigiendo:

Así, al amparo de lo dispuesto en el **artículo 49 de la LCSP**, se solicita la adopción de la **medida cautelar consistente en la suspensión de la eficacia de la convocatoria.**

Como se ha podido percibir mediante el examen del presente escrito, han quedado acreditadas diversas infracciones legales que no sólo aconsejan, sino que imponen la suspensión del procedimiento de licitación cuyos pliegos son objeto del presente recurso.

Pasaremos ahora a examinar en el presente caso los daños a la entidad a la que represento, que se derivan de la ejecución inmediata de la actuación administrativa impugnada, y la inexistencia de perjuicios para el interés público por razón de la suspensión, que llevan a una clara conclusión: la necesidad de que se proceda a la suspensión de la actuación administrativa impugnada (los pliegos por los que se rige el expediente).

a) Inexistencia de perjuicios para el interés general derivados de la suspensión del procedimiento de licitación. El propio interés general demanda la suspensión.

El propio interés general demanda la suspensión del procedimiento, pues es contraria al interés público la prosecución de un procedimiento que, aquejado de vicios que comprometen indefectiblemente su validez, generará actuaciones y gastos para los potenciales licitadores, con las eventuales reclamaciones a que ello pueda dar lugar con posterioridad.

En el presente supuesto es evidente que la convocatoria y pliegos impugnados incurrir en manifiestas infracciones de preceptos legales, con las trascendentales consecuencias que además han atribuido a estas infracciones los Tribunales (en concreto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Ello comporta indefectible y necesariamente la invalidez de los pliegos y, consecuentemente, del contrato que se pudiera adjudicar. El carácter manifiesto de estas infracciones no sólo ampara, sino que, desde la mera prudencia, recomienda la suspensión del procedimiento de licitación.

E igualmente el interés público demanda la suspensión en cuanto es a la Administración a quien primero interesa que el contrato de servicios convocado se configure sobre unas bases que garanticen la consecución de

sus fines y, con mayor trascendencia en este caso, por entrar en juego la seguridad y la salud tanto de los trabajadores del ámbito de la Sanidad Pública de la Comunidad de Madrid, como de todos sus pacientes.

A este respecto no está de más recordar que la jurisprudencia (Sentencias de Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994, Ar. 9456 y de 13 de enero de 1997, Ar. 127) determina que ha de tenerse en cuenta no "el interés público" como algo abstracto, sino el interés concreto en juego.

Lo que implica que este concepto jurídico indeterminado ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa.

Y en el presente caso, el indudable interés público de una actividad que afecta directamente a la salud de pacientes y trabajadores, bien jurídico protegido especialmente por la Constitución Española de 1978, se protege suspendiendo el procedimiento de adjudicación, habida cuenta el carácter manifiesto de las infracciones legales invocadas por esta parte y habida cuenta los riesgos que entraña la continuación del procedimiento tal como se acaba de exponer.

Por todo ello, se impone la suspensión del expediente de contratación impugnado como una medida cautelar de necesaria adopción en aras a proteger tanto los intereses privados como el propio interés público en conflicto.

Los perjuicios derivados para mi representada.

Resulta evidente que la convocatoria y pliegos impugnados causan un grave perjuicio a **BARNA IMPORT MÉDICA, S.A.**, empresa que tiene como objeto la ejecución de los suministros que son objeto del expediente y que, de manera injustificada, ve privadas sus opciones de presentar oferta en el mismo por haberse incluido en todos sus lotes una serie de requerimientos técnicos que no guardan relación con los mismos, circunstancia que determina que la propia Administración no podrá en ningún caso garantizar que se cumplen los principios más esenciales de la contratación del Sector Público y, especialmente, el principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.

En consecuencia, los pliegos impugnados comprometen gravemente el desarrollo de la actividad de **BARNA IMPORT MÉDICA, S.A.**

Por ello, resulta evidente que, atendida la inexistencia de perjuicios para el interés general, así como los daños y perjuicios que la actuación administrativa impugnada causa a la recurrente, y teniendo en cuenta además el carácter manifiesto de las infracciones legales invocadas, se impone la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta que se resuelva sobre la adecuación a la legalidad de la convocatoria y pliegos impugnados.

Por todo ello,

SOLICITA

Que, se acuerde la **SUSPENSIÓN** de la convocatoria hasta la resolución del presente recurso por afectar directamente a los derechos de los licitadores y, en concreto, a los derechos de la empresa cuya representación ostento.

Es Justicia que pido en Barcelona, a 9 de julio de 2019.

Fdo. Juan Parés Lucini
Administrador solidario

BARNA IMPORT MEDICA, S.A.

DOCUMENTACIÓN ANEXA

Documento Nº 1: Copia de escritura de apoderamiento del representante legal.

Documento Nº 2: Anuncio

Documento Nº 3: PPTP

Documento Nº 4: PCAP