



Recurso nº 543/2016 C.A. Galicia 76/2016

Resolución nº 600/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 22 de julio de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. C. C. P., en nombre y representación de la mercantil WERFEN ESPAÑA, S.A.U. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el expediente de contratación del suministro sucesivo de material para la determinación INR y control del tratamiento anticoagulante oral (T.A.O) con AVK, mediante tiras reactivas/chips a través de analizadores portátiles, convocado por la Conselleria de Sanidad de la Xunta de Galicia, este Tribunal en la sesión del día de la fecha, ha acordado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de 17 de febrero de 2016, de la Dirección General de Recursos Económicos de la Xunta de Galicia se procede a iniciar el expediente correspondiente a la contratación del suministro sucesivo de material para la determinación INR y control del tratamiento anticoagulante oral (T.A.O) con AVK, mediante tiras reactivas/chips a través de analizadores portátiles.

Segundo. Aprobado el expediente de contratación, la licitación se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 31 de mayo de 2016, el 9 de junio del mismo año en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de Galicia, el 15 de junio.

Tercero. El día 16 de junio de 2016 tiene entrada en el registro del órgano de contratación, anuncio previo de interposición del recurso especial en materia de contratación. El recurso se presenta ante el mismo registro y el mismo día siendo recibido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 21 de junio de 2016.



Cuarto. Solicitada la medida provisional de suspensión por el recurrente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales tras recabar informe del órgano de contratación acuerda el 1 de julio de 2016, la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del texto citado, será la resolución la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Quinto. El 13 de julio de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la otra licitadora, ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. para la presentación de las alegaciones que a su derecho conviniera, quien ha solicitado en este trámite la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación de todos los organismos, entes y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, integrados en la Comunidad Autónoma de Galicia, según el Convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales. Dicho Convenio se publicó mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 12 de noviembre de 2013, en el Boletín Oficial del Estado el 25 de noviembre del mismo año.

Segundo. El recurso se ha interpuesto en el plazo legal previsto en el artículo 44.2 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el artículo 19.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ya que iniciándose el cómputo al día siguiente de la publicación del anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (1 de junio de 2016) no ha transcurrido más de quince días hábiles para su interposición.



Tercero. Al mismo tiempo debe entenderse que la sociedad recurrente ostenta legitimación activa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP: *“Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Y es que la recurrente conforme a su estatuto social, se encarga, entre otras actividades de su objeto, al diseño, fabricación, comercialización, importación, exportación, conservación, reparación, montaje e instalación de todo tipo de aparatos, equipos, accesorios y complementos así como materiales y productos de uso hospitalario, por lo que está interesada en concurrir al procedimiento de adjudicación y en la resolución que en el mismo se adopte.

Además se interpone el recurso a través de representante con poder bastante para ello.

Cuarto. El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de un contrato que se tipifica como contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es de aplicación el artículo 40, apartados: 1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto. En el escrito inicial del recurso, el recurrente fundamenta su impugnación en una única cuestión como es que, a su juicio, la actual redacción de los pliegos administrativo y técnico en cuanto a los criterios de adjudicación se refieren vulneran lo dispuesto en los artículos 150 del TRLCSP y 67 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública.

En concreto esa vulneración se produce por lo que dispone el pliego de cláusulas administrativas en su apartado 6.5.1. (que, a su vez, se remite al apartado 11 de la carátula). Y es este apartado 11 el que prevé dentro de los criterios objetivos para la adjudicación del contrato, la oferta económica con una puntuación de 0 a 40 puntos, la logística y servicio (con una puntuación de hasta 5 puntos) y la oferta de un importe económico para formación, educación y sensibilización (con una puntuación de hasta 5 puntos), entendiéndose el recurrente que este último criterio de adjudicación no está directamente vinculado al objeto del contrato como exige el artículo 150 del TRLCSP, dado que este lo constituye el suministro de determinado material analítico, en concreto de material para la determinación INR y control del tratamiento anticoagulante oral (TAO) con AVK, mediante tiras reactivas /chips a través de analizadores portátiles.



Cosa distinta sería que el licitador tuviera que ofertar un determinado plan o programa de formación para sus trabajadores, lo cual sí tendría una clara relación directa con el objeto del contrato en cuestión.

Tampoco puede equipararse la referida aportación económica para formación, educación y sensibilización con las denominadas cláusulas sociales a las que hacen referencia los citados artículo 150 del TRLCSP y 67 de la Directiva 2014/24/UE, ni con ninguno de los restantes criterios contemplados expresamente en los mismos.

A mayor abundamiento señala que la inclusión en los pliegos de la referida aportación económica a efectuar por el adjudicatario supone desvirtuar el precio del contrato objeto de licitación que nos ocupa ya que la aplicación de esta previsión de los pliegos provoca una reducción del precio a percibir por el que resulta adjudicatario del contrato.

Finaliza solicitando que se declare la nulidad de pleno derecho de los pliegos y del referido expediente de contratación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe rebate los argumentos esgrimidos en el recurso indicando que la formación a la que responde la aportación puntuada como criterio de adjudicación, sí está vinculada directamente al objeto del contrato ya que la anticoagulación oral (TAO) es un terapia preventiva del tratamiento de patologías crónicas cardiovasculares que en la población de mayores de 65 años alcanza al 7- 8% de la población. Es necesario este control periódico de los niveles de anticoagulante, para mantener el margen terapéutico. Con él se intenta evitar la aparición de trombos, ya que el riesgo de tromboembolismo es alto y la TAO ha demostrado ser eficaz en la prevención de complicaciones y de los episodios tromboembólicos, aunque aumente el riesgo de sangrado. Un buen control es complicado y necesita la colaboración de todos los implicados en el proceso (médicos, enfermería y pacientes y cuidadores).

Añade que es importante subrayar, en este punto, el paulatino aumento del número de pacientes en el Programa de Autocontrol, en el que los pacientes en su domicilio y de una forma autónoma realizan sus propias mediciones, con las ventajas que ello conlleva: aumenta su implicación, mejora la calidad de vida al disminuir su dependencia de los recursos sanitarios y la repercusión



económica en el SERGAS, ya que disminuye la carga de trabajo en médicos, enfermeros, auxiliares y administrativos. Aunque también tiene sus limitaciones, principalmente, derivadas de las capacidades e implicación de pacientes y cuidadores. Y aquí es donde entra en juego la "Formación, educación y sensibilización".

Por todo ello el órgano de contratación entiende que, es óptimo y conveniente, para el interés público, ligar la venta y suministro de todo el material necesario para realizar las pruebas de la TAO, que incluye la compra de las tiras reactivas para realizar la determinación, la cesión de los aparatos coagulómetros, el mantenimiento de los mismos, el suministro de los controles y calibradores necesarios para el funcionamiento de los equipos, con la formación en el manejo de esos mismos equipos, tanto a los profesionales del SERGAS (médicos y enfermeras) como a los pacientes (enfermos y cuidadores) y a la población en general. Formación, por tanto, no en cualquier materia, sino específicamente en *"trastornos hemorrágicos y de coagulación de la sangre, sus terapias y cuidados y control"*.

Mantiene, el órgano de contratación, la opinión diametralmente opuesta al recurrente, ya que considera que, perfectamente podría encajar dentro del marco del artículo 67 de la Directiva el criterio recurrido, al perseguir el fin social de "formar, educar y sensibilizar" a los usuarios del sistema propiamente dichos, pero también a la población general y teniendo en cuenta la amplia repercusión del problema (7-8% de la población mayor de 65 años), con mayor motivo.

Por último, alega que la "Oferta económica" y de "Formación, educación y sensibilización" son completamente independientes, cada una de ellas es objeto de una oferta diferenciada y tiene condiciones, ponderaciones e incluso fórmulas diferentes, hasta el punto que la oferta de "Formación, educación y sensibilización" es totalmente voluntaria para el contratista y en caso de que no se realizara no supondría penalización para el licitador. La evaluación del criterio se realiza de una forma totalmente transparente, ya que se plantea como un porcentaje calculado sobre el importe de la compra y con un límite no superior del 5% de las compras realizadas en el periodo y con la utilización de una fórmula matemática (apartado 11.1.2 de la caratula).



Las dudas del recurrente sobre si se llevará a cabo o en qué consistirá exactamente lo que él denomina "campana o programa" es un juicio de valor "a priori" que parece poner en duda la buena fe contractual entre las partes.

Sexto. El criterio objetivo de adjudicación en liza que se recoge en el artículo 11 de la carátula, es el que se transcribe a continuación:

“3. Formación, educación y sensibilización (hasta cinco puntos):

Oferta de un importe económico para formación, educación sanitaria y sensibilización de los profesionales, pacientes y población en general respecto a trastornos hemorrágicos y de coagulación de la sangre, sus terapias cuidados y control. La oferta alcanzará como máximo el 5% del importe de la compra.

Para su cálculo se utilizará la siguiente fórmula.....

La oferta formativa, educativa o de sensibilización será gestionada y programada desde la Administración sanitaria.”

Respecto de la misma se debate fundamentalmente, si el criterio como tal establecido en el pliego, es un criterio válido en derecho al amparo del artículo 150 del TRLCSP y de la Directiva Comunitaria 2014/24/UE.

Vaya por delante que la cuestión controvertida sobre si estamos o no ante una mejora social de las recogidas en la Directiva Comunitaria reseñada y en el artículo 150 del TRLCSP no deja de ser sino una cuestión baladí, ya que los preceptos indicados no hacen sino describir algunos criterios o mejoras sociales lo que no impide que existan otros. Y lo que es más importante, estén incluidos o no en la enumeración, todos deben cumplir con el doble requisito de estar vinculados directamente al objeto del contrato y no producir distorsión a la concurrencia e igualdad de los licitadores.

Respecto de ello debe traerse a colación la Resolución 467/2016 de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que en un caso precisamente en que la formación exigida a la empresa para funcionarios y personal del Ayuntamiento se recoge como criterio de adjudicación, pone de relieve lo siguiente:



“El artículo 150.1 TRLCSP establece: “Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”. Del citado precepto resulta que únicamente cabe considerar como criterios de valoración aquellos que se traduzcan en una mejor prestación del servicio ofertado. Y en el presente caso se aprecia dicha relación dado que la formación profesional y jurídica de los funcionarios del Ayuntamiento puede facilitar y mejorar la gestión del asesoramiento y defensa del Ayuntamiento, por lo que también este motivo se debe desestimar, sin perjuicio de que se entienda que hubiese sido mejor ofertarlo como una mejora....”

Por tanto el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas. En el caso de la resolución reseñada se está ante un contrato de servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento, por lo que la formación profesional incluso jurídica a los empleados y funcionarios que van a ser asistidos, de cómo deben actuar para que la empresa contratista legalmente pueda proporcionar un mejor servicio jurídico tanto de asistencia jurídica como de defensa, no ofrece duda que guarda la vinculación directa exigida.

Lo mismo ocurre en todos aquellos servicios que requieren una cierta cualificación y aprendizaje del propio personal del contratista por lo que la formación de los recursos humanos suponen un plus cualitativo para la ejecución del contrato.

Sin embargo en el pliego objeto de impugnación, las diferencias son notorias partiendo del propio objeto del contrato definido de forma genérica en la cláusula 2.1.1 del pliego de cláusulas



administrativas particulares como el suministro de entrega sucesiva y por precio unitario de los productos o bienes muebles que se indican en el apartado 5 de la carátula, especificando este precepto cuales son esos productos.

Por su parte, en el apartado 5.3 de la carátula se considera que las necesidades administrativas a satisfacer son disponer del material necesario para la determinación y control anticoagulante oral, para los pacientes atendidos en los centros sanitarios dependientes del Servicio Gallego de Salud. Por último es importante destacar a los efectos que nos ocupan que el apartado 14 de la misma carátula entiende que el lugar de entrega para las estructuras organizativas de gestión integrada las realizará el contratista en la Plataforma logística del Servicio Gallego de Salud y en el Polígono Industrial de Covas en Negreira-A Coruña.

Dicho lo cual la aportación económica exigida para formación, educación sanitaria y sensibilización de los profesionales, pacientes y población en general respecto a trastornos hemorrágicos y de coagulación de la sangre, sus terapias cuidados y control establecida como criterio de adjudicación no está vinculada directamente al objeto del contrato, objeto que lo constituye simple y llanamente la entrega sucesiva de una serie de bienes. Cuestión distinta es que el órgano de contratación entienda que, es óptimo y conveniente, para el interés público, ligar la venta y suministro de todo el material necesario para realizar las pruebas de la TAO, que incluye la compra de algunos productos de este suministro, con la formación en el manejo de esos mismos equipos, tanto a los profesionales del SERGAS (médicos y enfermeras) como a los pacientes (enfermos y cuidadores) y a la población en general. Pero dicha formación que se persigue debería obtenerse por otro cauce diferente ya que, de lo que no cabe duda es que no guarda relación directa para el buen fin o consecución idónea del suministro. Por todo lo expuesto procede estimar el recurso interpuesto.

No obstante, lo dicho y a mayor abundamiento es difícil conciliar tal y como está concebido este criterio con el objeto del contrato si además la aportación a realizar por el adjudicatario, según el informe del órgano de contratación, se ingresa en la Xunta para generar crédito para formación, lo que implica necesariamente que la susodicha formación no sea previa ni simultánea a la entrega de los productos sanitarios sino que incluso pueda realizarse una vez que se haya extinguido el contrato y en todo caso aunque la formación a la que se refiere el órgano de contratación está relacionada con los productos objetos del suministro, se encuadra en un ámbito más genérico como es el de los trastornos hemorrágicos y de coagulación de la sangre.



Argumentos ambos que corroboran junto con el principal la falta de vinculación directa del criterio establecido en el pliego con el objeto del contrato.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. C. C. P., en nombre y representación de la mercantil WERFEN ESPAÑA, S.A.U. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación del suministro sucesivo de material para la determinación INR y control del tratamiento anticoagulante oral (T.A.O) con AVK, mediante tiras reactivas/chips a través de analizadores portátiles, convocado por la Conselleria de Sanidad de la Xunta de Galicia, anulando el apartado 11 de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares, así como cualesquiera otra que quedase afectada por aquella, ordenando la retroacción de las actuaciones y la elaboración de nuevos pliegos adaptados a las consideraciones contenidas en la presente Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, previamente acordada.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

