



Recurso nº 305/2014 C.A. Illes Balears 028/2014

Resolución nº 393/2014

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

En Madrid, a 19 de mayo de 2014

VISTO el recurso formulado por D. J.A.G.G., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (en adelante FARMAFLUID), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por el Servei de Salut Illes Balears para regir la contratación del suministro de fluidoterapia para los centros hospitalarios de dicho Servicio, expediente número SSCC PAC 274/2013, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 28 de marzo de 2014 se publicó en el DOUE y el 3 de abril en el BOE anuncio convocando la licitación para adjudicar el contrato de suministro referido al inicio de esta resolución, finalizando el plazo para la formulación de ofertas el 5 de mayo de 2014.

Segundo. El 14 de abril de 2014 FARMAFLUID interpuso el presente recurso. Se requirió del órgano de contratación la remisión del expediente, lo que fue cumplimentado en tiempo y forma.

Tercero. El 30 de abril de 2014 este Tribunal dictó resolución acordando desestimar la solicitud de adopción de medidas cautelares planteada por la recurrente en su escrito de inicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 29 de noviembre de 2012 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Baleares y publicado en el BOE el día 10 de diciembre de 2012.

Primero. El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) TRLCSP y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Segundo. El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, dada su condición de asociación entre cuyos fines se encuentra la defensa de los intereses de sus miembros, pertenecientes a la industria farmacéutica fabricante y comercializadora de medicamentos y productos sanitarios destinados a la fluidoterapia y a la nutrición parenteral, que constituye el objeto del contrato que se pretende contratar en el marco de este procedimiento.

Tercero. Entrando ya en lo que constituye el análisis de las cuestiones de fondo, el recurrente considera que el pliego impugnado incurre en una infracción del ordenamiento jurídico, toda vez que impone la obligación de entregar los productos objeto de contratación en el lugar en que les indiquen los respectivos Servicios de Farmacia del Servei de Salut; además también considera que no cabe introducir como criterio de valoración la existencia de un Plan de Distribución en función de la eficiencia que presenten en la distribución de la fluidoterapia dentro de los centros hospitalarios, toda vez que la normativa sectorial establece normas estrictas sobre la distribución de medicamentos que se incumplirían al aplicarse tales cláusulas.

De esta manera, señala la asociación recurrente, se estaría produciendo una doble vulneración: por un lado, se estaría obligando al eventual adjudicatario a incumplir la normativa sectorial, en caso de que los correspondientes Servicios de Farmacia indicaran un lugar para la entrega no habilitado legalmente para la distribución de medicamentos y,



por otro lado, se estaría concediendo una ventaja competitiva a quien ofrezca una mayor eficiencia en la distribución del medicamento, precisamente al no cumplir la normativa sectorial, es decir, se estaría incentivando la comisión de una ilegalidad.

Cuarto. El órgano de contratación ha presentado su informe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, en el que da cumplida respuesta a las anteriores alegaciones. En particular el órgano de contratación considera que la recurrente realiza una interpretación inadecuada del pliego de contratación, pues en el mismo en ningún momento se dice que el lugar donde deba efectuarse la distribución haya de ser uno distinto de los expresamente habilitados al efecto por la normativa sectorial, sino que lo único que pretende es aclarar que el punto de entrega de tales medicamentos puede ser variable, no existiendo un único lugar de entrega del suministro. Además, los productos a distribuir interiormente lo serían una vez recepcionados por el órgano de contratación.

Así, en el citado informe se señala: *“El Plan de Distribución que se solicita en el pliego valorará la distribución desde los almacenes de los servicios de farmacia hospitalaria a las unidades de utilización, pero en todo caso de medicamentos de fluidoterapia debidamente recepcionados y almacenados previamente en los servicios de farmacia hospitalaria. El material distribuido será propiedad del centro hospitalario y su distribución se realizará desde las dependencias del centro hospitalario.”*

Quinto. A la vista de lo anterior, para resolver la presente cuestión debe tenerse en cuenta lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP). Según la carátula el tipo de contrato que se licita es “suministro” y su objeto es el suministro de fluidoterapia para los centros hospitalarios del Servei de Salut de les Illes Balears.

En el cuadro R (“Lugar de entrega y recepción del suministro”) se señala:

“El material se distribuirá en las cantidades y en los lugares que les indique cada uno de los respectivos Servicios de Farmacia del Servei de Salut de les Illes Balears, ubicados principalmente en las siguientes direcciones (...):

Cada entrega de material será realizada acompañada del correspondiente albarán valorado a los precios reales de facturación y con indicación de lote, caducidad y número de envases suministrados. Con la verificación de este trámite se dará por cumplido el acto formal de la recepción para proceder al abono del precio de los suministros que exige el artículo 293 del TRLCSP, sin perjuicio de que deba comunicarse a la Intervención General'.

Ciertamente, de tal dicción, no cabe presuponer que los Servicios de Farmacia vayan a indicar un lugar de entrega no habilitado legalmente para ello. Interpretar el pliego en tal sentido sería presumir que el órgano de contratación va a incumplir la ley en la ejecución del contrato cuestión ésta que no cabe considerar en esta inicial fase del procedimiento y que, además, en todo caso se referiría a cuestiones relativas a la forma de ejecución del contrato que quedarían fuera del ámbito de revisión propio de este recurso especial.

Por el contrario, lo que se deduce del pliego es que los Servicios de Farmacia indicarán un lugar de entrega y debe presumirse que dicho lugar estará habilitado legalmente para ello. A partir de ese momento se produce la entrega del producto correspondiente y por tanto dicho producto pasa a ser propiedad del propio órgano de contratación que habrá de distribuirlo internamente dentro del centro hospitalario bajo su responsabilidad.

De lo anterior no cabe deducir infracción normativa alguna, por lo que deben desestimarse el recurso en este punto.

Séptimo.- No obstante, las obligaciones del adjudicatario, según se deduce del pliego y especialmente de lo argumentado por el propio órgano de contratación en su informe, parece que no van a quedar en la mera entrega del suministro en el Servicio de Farmacia. Efectivamente, en el cuadro de criterios de adjudicación del contrato apartado B.1 se señala: *“Se asignará la puntuación a las memorias del Plan de Distribución presentadas, de forma directamente proporcional y en función de la eficiencia que presenten en la distribución de la fluidoterapia **dentro** de los centros hospitalarios”*. El órgano de contratación explica en su informe que una vez entregado el producto, el adjudicatario deberá efectuar la distribución interior del mismo desde el almacén de farmacia hasta el lugar donde vaya a ser utilizado y es precisamente la forma en que se

habrá de llevar a cabo dicha distribución interior la que habrá de valorarse en el Plan de Distribución que se describe sucintamente como mejora.

Pues bien, tratándose de un contrato de suministro, debe tenerse en cuenta a la hora de definir las obligaciones del futuro adjudicatario lo dispuesto en el artículo 292 del TRLCSP:

“1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

2. Cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que ésta hubiere incurrido en mora al recibirlos.

3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos.”

Es decir, las obligaciones del adjudicatario en un contrato de suministro se agotan en el momento en que se procede a la recepción del producto por parte del órgano de contratación, recepción que, según reconoce el propio órgano de contratación, se va a efectuar en el almacén de farmacia. Sin embargo, en este caso, se pretende imponer al adjudicatario una obligación que va más allá de las propias del contrato de suministro, pues el adjudicatario deberá además distribuir el producto una vez recepcionado éste y cuando su gestión, según el artículo 292 TRLCSP es ya responsabilidad del órgano de contratación.

Ello supone la introducción de una prestación no subsumible en el concepto de contrato de suministro, según lo antes visto, lo que supone una variación del objeto del contrato a través de los criterios de adjudicación, tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones; baste aquí citar por todas la nº97/2013, de 6 de marzo de 2013:

*“De esta forma, los criterios de valoración que aparezcan enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo serán, simultáneamente, **elementos caracterizadores del objeto del contrato** y elementos que determinarán la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere al órgano de contratación).”*

Pues bien, tratándose de una prestación distinta de las previstas en la Ley y que implica la asunción de nuevas obligaciones para el adjudicatario, resulta necesario al menos que la misma se encuentre definida con suficiente concreción. En el presente caso, por el contrario, esa prestación accesoria solo se deduce de la utilización de la expresión “dentro del centro hospitalario” y en contradicción con lo señalado en el apartado R “lugar de entrega”, donde expresamente se señala que la recepción se efectuará por el Servicio de Farmacia. Así, esa nueva prestación consistente en la distribución interior del medicamento tras la recepción por el órgano de contratación no aparece suficientemente detallada, no permitiendo a los licitadores conocer el alcance de la misma ni cuál es el reparto de derechos y obligaciones, así como la responsabilidad sobre el producto en esa fase de la ejecución del contrato.

Y es en este punto donde debe estimarse el recurso, anulando el pliego de contratación, pues tal inconcreción no permite cumplir adecuadamente con la exigencia de determinación del objeto del contrato prevista en el artículo 86.1 del TRLCSP, indeterminación que supone además una vulneración del principio de transparencia y libre concurrencia tal y como ha recordado en otras ocasiones tanto este Tribunal como otros de la misma naturaleza de las Comunidades Autónomas, pudiendo citar al respecto la doctrina emanada del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid nº 154/2013:

“Según el artículo 86.1 del TRLCSP el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. Al no establecerse las condiciones de prestación del servicio en cuanto a la frecuencia de prestación con la claridad y la precisión necesaria, no puede delimitarse el objeto del mismo y por consiguiente el contenido de las ofertas. La exigencia de determinación del objeto del contrato se establece con carácter general en el artículo 1.273 del Código Civil y no hay que olvidar que el contrato administrativo responde al esquema contractual común elaborado por el derecho civil. Siguiendo el art. 1.261 del citado Código, existe contrato cuando concurren en el mismo, el consentimiento de los contratantes, un objeto cierto que sea materia de contratación y una causa de la obligación que se establezca. Por lo que contrario sensu la ausencia de cualquiera de estos tres elementos esenciales dan lugar a la inexistencia del contrato. Nuestro Código Civil entiende por objeto los bienes o servicios que son contemplados en el intercambio que subyace en todo contrato. El objeto del contrato es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de los contratantes. Cualquier acto contrario a las normas imperativas o prohibitivas no debe tener existencia y validez jurídica. La consecuencia de la celebración de un contrato con objeto indeterminado es la invalidez del mismo ex artículo 33 del TRLCSP. En este caso el procedimiento de adjudicación carece de un elemento esencial para la formulación de ofertas primero y para la formalización del contrato después, cual es la correcta definición del objeto del contrato, lo que es determinante de la nulidad del PCAP y del PPT y en consecuencia de todo el procedimiento de adjudicación”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, por las razones expuestas, el recurso interpuesto por D. J.A.G.G., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (en adelante FARMAFLUID), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir la contratación del suministro de fluidoterapia para los centros

hospitalarios de dicho Servicio, expediente número SSCC PAC 274/2013, anulando la cláusula indicada en los fundamentos de derecho de esta resolución así como el proceso de licitación.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 Illes Balears, en el plazo 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.