

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

Resolución nº 96/2016

Madrid, 18 de mayo de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.S.C. y don A.M.M., en nombre y representación de Bayer Hispania, S.L., contra el anuncio, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de contrastes radiológicos”, lote 1, número de expediente: GCASU1500083, tramitado por la Unidad Central de Radiodiagnóstico, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Unidad Central de Radiodiagnóstico convocó el suministro de contrastes mediante procedimiento abierto, a adjudicar mediante el criterio precio, dividido en tres lotes. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 8 de abril de 2016. El valor estimado asciende a 2.160.956,55 euros.

SEGUNDO.- El 25 de abril de 2016 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Bayer Hispania, S.L. en el que solicita “Que se acuerde la anulación de los Pliegos impugnados por los que se rige la contratación por limitar la concurrencia en el mercado y generar una situación de desigualdad para mi representada.”

El 28 de abril el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

SEGUNDO.- El recurso ha sido interpuesto por una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP). BAYER HISPANIA, S.L. considera que los Pliegos objeto del recurso resultan gravemente perjudiciales a sus intereses legítimos, condicionando su posición como licitadora y eventual adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

TERCERO.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el DOUE 8 de abril de 2016, e interpuesto el recurso el 25 de abril de 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

CUARTO.- El recurso se interpuso contra el anuncio y pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

QUINTO.- El recurso se dirige contra la configuración del lote 1 “Medios de contraste yodados no iónicos monoméricos de baja osmolaridad para estudios TAC”. El Pliego de Condiciones Técnicas define este lote de la siguiente manera:

“El adjudicatario deberá suministrar sin cargo el material fungible necesario para la administración del contraste.

- 1.A Medio de contraste yodado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 300 mg/ml envase 100 ml.
- 1.B Medio de contraste yoyado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 300 mg/ml envase 500 ml.
- 1.C Medio de contraste yodado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 350 mg/ml envase 100 ml.
- 1.D Medio de contraste yodado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 350 mg/ml envase 100 ml.” [debe decir envase 500 ml]. (...)

Los contrastes radiológicos se suministrarán con el fungible necesario para su administración intravenosa y oral.

Los productos deberán ser compatibles con los inyectores instalados en la actualidad.

- Inyector Medtron para TC.
- Inyector Nemoto para RM.
- Inyector Medrad para vascular.”

Expone Bayer que dispone del producto para presentarse a los apartados 1.A y 1.B relativos al contraste yodado con concentración 300 mg/ml, pero no podría presentar su oferta porque en el mismo lote, incluyen el apartado 1.C y 1.D, con una concentración de 350 mg/ml. Cuestiona el recurso la razón de configurar el mismo lote con las dos concentraciones juntas (la de 300 mg/ml y la de 350 mg/ml). La recurrente considera conveniente dividir en dos el lote de forma que la empresa Bayer pueda ofertar los productos que comercializa.

El órgano de contratación en su informe al recurso justifica que la inclusión en un mismo lote de ambas concentraciones obedece a criterios de eficiencia organizativa y simplicidad logística. Son contrastes que se utilizan en la misma sala y cuyo circuito de pedido y distribución no tiene por qué estar diferenciado. Además la obligatoriedad de sustituir los inyectores por modalidades es para el proveedor que resulte adjudicatario, no teniendo sentido hacer que dos posibles adjudicatarios para un medio de contraste de las mismas características, pero con distintas concentraciones y formatos aporten inyectores que van a usarse en la mismas técnicas.

El artículo 86 del TRLCSP establece que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

El principio general de la contratación pública es la unidad y no la división del objeto contrato con las excepciones que el citado artículo 86 y el 109.2 del TRLCSP recogen para la licitación por lotes. Por otra parte, el principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación individual de los objetos más reducidos, a fin de facilitar el acceso a los contratos a la pequeña y mediana empresa, intensificando la competencia. La colisión de ambos principios ha de resolverse a la luz de la propia normativa de contratación, es decir determinando si el objeto del contrato es fraccionable por ser sus partes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituir una unidad funcional o porque lo exija la naturaleza del contrato. Por tanto, en principio, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en uno o en varios lotes.

Con la finalidad de facilitar la participación de las PYME en la contratación pública la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus considerandos 78 y 79, señala que la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que

se facilite la participación de las PYME. A tal efecto, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados por el poder adjudicador.

El artículo 46 de la citada Directiva regula la división del contrato en lotes en el sentido antes mencionado. Es decir, se establece que la división del objeto de los contratos en lotes constituye la regla general, de manera que hay que justificar la decisión de no hacerlo.

Es cierto que la Directiva 2014/24/UE no tiene efecto directo sino desde el 18 de abril y la publicidad de esta contratación es anterior, pero estas previsiones introducidas en la Directiva no hacen más que confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a derecho de las posibilidades que, en relación con la división del objeto del contrato en lotes ya se dan con la redacción del TRLCSP, de manera que no implican nuevas posibilidades, sino únicamente su mención explícita para animar a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes con la finalidad de aumentar la competencia y la participación de las PYMES, y la aplicación de estas posibilidades no obsta el cumplimiento de todo el marco jurídico vigente de manera que en los casos en que se prevea la división en lotes se deben respetar los requisitos y condiciones previstas en el TRLCSP y específicamente debe seguir constanding la justificación de la división. En este sentido se pronuncian el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña y la Nota Informativa 2/2014, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, relativo a la división de contratos en lotes.

El diseño y la regulación de la división en lotes tiene que efectuarse teniendo en cuenta aspectos tales como la tipología o el fundamento de la división del objeto del contrato (lotes por funcionalidades, por criterios geográficos, por umbrales o franjas económicas, etc.) y el sector a que se dirige la licitación, así como el perfil y la tipología de empresas llamadas a participar.

El principio de concurrencia, invocado por la recurrente, tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación mediante división del objeto en lotes, intensificando la participación de licitadores. Sin embargo, si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no

división en lotes del mismo suponga una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento.

El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

Alega la recurrente que el análisis de los requisitos técnicos de los números de orden 1.C y 1.D permite concluir, que sólo tres empresas en el mercado, en concreto: General Electric Healthcare, Guerbet, S.A. y Laboratorios Farmacéuticos Rovi, S.A. están en condiciones de presentar todos los productos con las características técnicas solicitadas para la totalidad del lote.

El lote 1, en cuestión, con un presupuesto máximo de licitación de 839.775,80 euros, IVA incluido, presenta un total de 4 órdenes diferentes a las que las empresas interesadas en la adjudicación de dicho lote, necesariamente, han de presentar oferta o serán excluidas.

Según el PCAP el presupuesto base de licitación para el lote 1 es:

Nº de orden	unidades	Importe
<i>1.A Medio de contraste yodado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 300mg/ml envase 100 ml.</i>	5.995	67.330,73
<i>1.B Medio de contraste yodado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 300mg/ml envase 500 ml.</i>	13.409	753.074,97
<i>1.C Medio de contraste yodado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 350mg/ml envase 100 ml.</i>	1.096	14.366,75
<i>1.D Medio de contraste yodado no iónico de baja Osmolaridad. Concentración 350mg/ml envase 100 ml.</i>	76	5.003,35

La presentación de 300 mg/ml en envases de 100 y 500 ml que tiene Bayer supone un total 820.405,70 euros, de los 839.775,80 totales; y la de 350 mg/ml de 100 y 500 ml que no tiene, son un total de 19.370,10 euros de los mismos 839.775,80 euros totales, lo que supone el 2,30% del valor del lote completo. Sin

embargo, debido a la configuración que se hace del lote, dicha empresa no puede presentar su oferta, teniendo el 97,70% del valor de los productos requeridos.

Si este lote nº 1, se dividiera en dos: uno con la presentación de 300 mg/ml en envases de 100 y 500 (los epígrafes 1.A y 1.B) y otro con la presentación de 350 mg/ml (los epígrafes 1.C y 1.D) tal como solicita la recurrente, otras empresas (incluida BAYER) podrían participar en la licitación. Todas las empresas que con la actual configuración se pueden presentar al lote nº 1, podrían presentarse igualmente al nuevo lote 2 (1.C y 1.D). Es decir, dividir el lote en dos, supone aumentar la concurrencia y la competencia para la compra pública. Es posible y recomendable que los mismos productos que puede comprar dividiendo el lote en dos.

La inclusión de productos de escasa cuantía que solo pueden ofertar algunos de los licitadores, impide a los demás licitar a la totalidad del lote, siendo esta práctica contraria al principio de concurrencia. La manera de configurar los lotes puede determinar el número de empresas que competirán por la adjudicación y por ello la justificación de la división y del contenido de cada lote precisa de una correcta motivación. La división en lotes que propone la recurrente ni perjudica al órgano de contratación que compraría los mismos bienes, ni perjudica al resto de empresas que pueden presentar sus ofertas a los lotes que resultan de la división. Tan sólo beneficia a la libertad de acceso, a la concurrencia y, en definitiva, a la obtención de un mayor ahorro por la presencia de un mayor número de empresas con el consiguiente aumento de la competencia en precio, que es el criterio elegido para la adjudicación.

La explicación del informe del órgano de contratación no tiene justificación técnica, ni organizativa alguna. No se aprecia el daño que la división puede hacer a la eficiencia, ni que la simplicidad logística suponga mayores ventajas que la división. Tampoco se comprende qué puede afectar a la concentración en un solo lote el hecho de que pudieran precisar de inyectores distintos (circunstancia que no se ha acreditado) puesto que el PPT establece que los productos deben ser compatibles con los inyectores instalados en la actualidad que enumera. Tampoco se justifica cuál sería el inconveniente de que, en el supuesto de que cada suministrador tuviera que ofertar conjuntamente con los contrastes su inyector, puede producir la coexistencia de ambos en la misma sala.

Tal como señaló este Tribunal en su Resolución 104/2015, de 1 de julio, “En el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas y de homogeneidad agrupar los productos descritos en un único lote. Sin embargo, no es esta una razón o motivación suficiente, pues se está obligando a las empresas a licitar por la totalidad de los 18 productos y se constata que hay al menos dos, los números 9 y 18, que presentan una especialidad que hace que sean para “usos muy puntuales”, como reconoce el Jefe de Servicio de Análisis Clínicos en su informe, y que motiva su adquisición en cantidades sensiblemente inferiores al resto de productos del lote.”

En el presente caso concurren las siguientes circunstancias: se trata de concentraciones distintas de contraste yodado, algunos fabricados por tipologías de empresas en un sector de mercado reducido y conocido por los consumidores especializados, el importe de uno de los números de orden respecto del total del lote es escaso e impide a determinadas empresas licitar a la parte de producción en la que se han especializado. Por otro lado, la licitación separada de los dos productos señalados, permite una mayor concurrencia de licitadores que puede redundar en mejores condiciones económicas, lo cual supone una ventaja económica para el poder adjudicador.

En consecuencia procede estimar el recurso, anulando los Pliegos impugnados, respecto del lote 1, que deberá licitarse nuevamente, incluyendo los productos con números de orden 1.C y 1.D en lotes separados.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.S.C. y don A.M.M., en nombre y representación de Bayer Hispania, S.L., contra el anuncio, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de contrastes radiológicos”, lote 1, número de expediente: GCASU1500083, tramitado por la Unidad Central de Radiodiagnóstico, anulando ambos pliegos en cuanto a la composición del lote 1, que deberá dividirse en dos lotes, en los términos del fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

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

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.