



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**RE 108/2017**

**Acuerdo 98/2017, de 8 septiembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA frente al Anuncio y los Pliegos que rigen la licitación del «Acuerdo marco para el suministro de equipos de infusión e irrigación, bolsas y equipos de nutrición parenteral y enteral y accesorios para equipos de administración de fluidos con destino a los centros del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.**

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 27 de julio de 2017 se publicó el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón, el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Acuerdo marco para el suministro de equipos de infusión e irrigación, bolsas y equipos de nutrición parenteral y enteral y accesorios para equipos de administración de fluidos con destino a los centros del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

El mismo anuncio fue publicado el 1 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial del Estado, y el 10 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial de Aragón.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se trata de un Acuerdo Marco de suministro, tramitado por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, dividido en 32 Lotes, y con un valor estimado de 8 558 837,81 euros, IVA no incluido.

Según se desprende de los anuncios publicados, el plazo para presentar ofertas finaliza el 4 de septiembre de 2017.

**SEGUNDO.-** El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación, recoge en su Anexo VIII, para todos los Lotes, el siguiente criterio de adjudicación:

*«Ampliación del plazo de pago de 30 días establecido en el artículo 4 epígrafes 1 y 3 de la Ley 3/2004, a 60 días naturales desde la fecha de recepción de la mercancía».*

Por su parte, la cláusula 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) establece obligaciones a cargo del contratista en caso de producirse una rotura de stock:

*«En caso de producirse una rotura de stock en alguno de los materiales adjudicados por parte del adjudicatario, éste propondrá un producto alternativo cuyas prescripciones técnicas se ajustarán a los pliegos que rigen la convocatoria de este expediente.»*

*La sustitución temporal del material deberá ser aceptada por el órgano de contratación e implicará el suministro sin cargo de la nueva referencia mientras persista la discontinuación del suministro del material adjudicado».*

**TERCERO.-** El 11 de agosto de 2017, tiene entrada en el correo electrónico del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, copia del recurso especial en materia de contratación interpuesto en Oficina de Correos de Málaga en la misma fecha por Don Jorge Robles González, en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) frente al Anuncio y los Pliegos que rigen la licitación del «Acuerdo marco para el suministro de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

equipos de infusión e irrigación, bolsas y equipos de nutrición parenteral y enteral y accesorios para equipos de administración de fluidos con destino a los centros del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud. Dicho recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 18 de agosto de 2017.

El 7 de agosto de 2017, la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 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).

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Que el criterio de adjudicación establecido en el Anexo VII PCAP en cuanto a la ampliación del pago de 30 a 60 días vulnera los artículos 150 y 216.4 TRLCSP. En primer lugar, porque se trata de un criterio que no guarda relación con el objeto del contrato, que según el cuadro resumen del PCAP es el «*suministro de equipos de infusión e irrigación, bolsas y equipos de nutrición parenteral y enteral y accesorios para equipos de administración de fluidos*». Así, más que valorar la forma de ejecución del contrato, este criterio supone un filtro adicional de solvencia, pues sólo aquellas empresas que puedan sostener la financiación de la actividad administrativa durante el plazo establecido podrán concurrir a la licitación, restringiéndose la competencia.

b) Que el citado criterio vulnera el mandato de una norma de carácter básico estatal, el artículo 216.4 TRLCSP, que establece la obligación de la Administración contratante de pagar el precio en 30 días desde la conformidad de la recepción de los bienes objeto de suministro, por lo



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que debe anularse. Lo único que admite la vigente Ley de contratos es, en todo caso, que los pliegos reduzcan el plazo de pago, pero no lo contrario. Cita varios informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que, a su entender, avalan esta afirmación.

c) Que la cláusula 7 PPT introduce obligaciones a cargo del contratista no previstas en el PCAP, que suponen un cumplimiento alternativo del objeto del contrato, sin contraprestación económica alguna a cargo de la Administración. Vulnera la normativa en materia de contratación e implica un enriquecimiento injusto de la Administración. Esta obligación exigida en caso de rotura de stock, supone para el contratista suministrar bienes diferentes a los que fueron objeto de adjudicación, a la par que elimina su derecho primordial a recibir un precio cierto a cambio de los bienes suministrados.

d) Que dicha cláusula 7, permite una modificación ex post del contrato, pues admite la entrega de bienes que no han superado el procedimiento de valoración de las ofertas. Esto es, se admitiría la ejecución alternativa del contrato mediante el suministro de bienes equivalentes técnicamente, pero sin comprobar que dichos bienes habrían superado el proceso de selección de oferta por encima de los restantes licitadores si hubiesen sido los ofertados desde el primer momento. Es un cumplimiento por equivalente sin cargo a la Administración, que no puede confundirse con un supuesto de cumplimiento defectuoso que lleve aparejado la imposición de una penalidad que deba soportar el contratista, pues el PCAP no prevé la existencia de penalidades.

e) Que la cláusula 7 PPT vulnera el artículo 1256 del Código Civil —de reconocida aplicación supletoria a la contratación administrativa—,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

pues deja al arbitrio de la Administración el cumplimiento del contrato, pues será ésta la que deba aceptar la sustitución temporal del bien suministrado, pero sin establecer reglas que impidan la arbitrariedad, ni establecer mecanismos de revisión de la legalidad de dicha decisión.

f) Por último, alega que el PPT genera un desequilibrio en la ejecución de las prestaciones, obligando al adjudicatario a cumplir de forma alternativa el objeto del contrato sin recibir precio alguno por los bienes suministrados, generando así un enriquecimiento injusto o sin causa a favor de la Administración contratista.

Por todo ello, solicita se acuerde la anulación de la cláusula 7 PPT y del criterio de adjudicación *«ampliación del plazo de pago de 30 días establecido en el artículo 4 epígrafes 2 y 3 de la Ley 3/2004, a 60 días naturales desde la fecha de recepción de la mercancía»*, y, por extensión, la anulación de los pliegos impugnados, ordenando la retroacción de las actuaciones a fin de que se redacten conforme a derecho. Solicita, además, la suspensión del procedimiento.

**CUARTO.-** El 17 de agosto de 2017, el Tribunal traslada el recurso al Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud (en adelante, CGIPC) solicitando, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor de éste. Dicha documentación tiene entrada el día 24 de agosto de 2017.

**QUINTO.-** Por Resolución 22/2017, de 17 de agosto, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resuelve la petición de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por el recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

misma, considerando el Tribunal las circunstancias que concurren en este expediente y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

**SEXTO.-** No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre los pliegos y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial, en Aragón, los contratos de suministro son susceptibles de recurso especial cuando su valor estimado sea superior a 60.000 euros, (artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas). En este procedimiento, el valor estimado es de 8 558 837,81 euros, IVA no incluido, por lo que el contrato es susceptible de recurso especial. El recurso se plantea en tiempo y forma.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**SEGUNDO.-** Dos son las cuestiones de fondo sobre las que descansa la interposición del recurso. En primer lugar, alega la recurrente que el criterio de adjudicación establecido en el Anexo VII del PCAP, en cuanto a la ampliación del plazo de pago de 30 a 60 días, vulnera los artículos 150 y 216.4 TRLCSP.

Pues bien, este criterio de adjudicación es ilegal porque no está vinculado al objeto de la licitación y esa necesaria vinculación entre los criterios de valoración de las ofertas y el objeto del contrato se ha puesto de manifiesto por los órganos de resolución de recursos contractuales en numerosas ocasiones (entre otros, Acuerdos del TACPA: 64/2013, 12/2015 y 18/2016; Resoluciones 113/2017 y 240/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía o Resolución 600/2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Este Tribunal administrativo ha destacado que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Esta exigencia resulta claramente incumplida por el criterio objeto de impugnación que otorga puntuación en función de la ampliación del plazo de pago una vez efectuado el suministro. El artículo 150.1 TRLCSP es claro cuando al definir los criterios de valoración de las ofertas dispone que *«deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato»* y esa vinculación no se puede predicar en un contrato cuyo objeto es el suministro de equipos de infusión e irrigación, bolsas y equipos de nutrición parental y enteral y accesorios para equipos de administración de fluidos. La ampliación del plazo de pago como criterio de adjudicación ni guarda relación con las características y naturaleza de los bienes a suministrar ni tampoco con la forma en que se va a ejecutar el contrato.

En definitiva, este criterio no resulta conforme a derecho y procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso y, asimismo, anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria TJUE), —que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento, conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

*«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad*





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».*

En consecuencia, y según criterio ya aplicado en otras ocasiones (por todos, Acuerdo 86/2015), la anulación de un criterio de adjudicación, o de las normas para su valoración, obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

**TERCERO.**— Aunque la estimación del anterior motivo de recurso haría innecesario este análisis —pues se deriva la nulidad de la licitación—, este Tribunal considera necesario, en aras al principio de congruencia y de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, determinar la admisión del último de los motivos del recurso, que sostiene la nulidad de la cláusula 7 del PPT sobre la base de tres argumentos distintos: la inclusión en el PPT de obligaciones y derechos que no han sido previstos en el PCAP, el permitir el cumplimiento por equivalencia mediante la entrega de bienes que no han sido valorados conforme a las previsiones del PCAP, y el suponer un enriquecimiento injusto de la Administración al realizarse el suministro sin cargo para la Administración.

Debemos empezar afirmando que la cláusula 7 del PPT sobre «*roturas de stock*», tal y como está redactada, es ilegal. Y lo es por incluir una previsión, el suministro de los materiales en caso de rotura en tanto en cuanto persista dicha circunstancia, sin cargo alguno. Para llegar a esta conclusión debemos partir de la definición de «*rotura de stock*». Se produce este fenómeno cuando en un suministro se da ausencia de productos en un momento dado debido a la falta de previsión. La inclusión de una cláusula en el PPT que se limitara estrictamente a incluir la previsión de cómo actuar en esas circunstancias —en tanto que defina las características técnicas de los bienes o productos a



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

suministrar— podría figurar en el PPT sin vulnerar la normativa en materia de contratación (artículos 115 y ss TRLCSP y artículos 67 y 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), ni la uniforme y reiterada doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales.

La voluntad del órgano de contratación con la redacción propuesta de dicha cláusula pretende garantizar la continuidad del suministro en un ámbito tan complejo y delicado como el sanitario. Es esta una intención loable porque busca establecer mecanismos de reacción frente a una deficiente previsión en el suministro por la empresa adjudicataria, pero el mecanismo para lograrlo no puede ser el obtener el suministro de un producto que cumpla con los requerimientos técnicos sin coste alguno, porque la previsión del artículo 87 TRLCSP es clara al disponer que la retribución del contratista consistirá en un precio cierto. Además, en las disposiciones iniciales de la Ley (artículo 2.1) es elemento definitorio del ámbito de aplicación de la norma la onerosidad de los contratos. Es esta una circunstancia que reproduce lo dispuesto en la normativa comunitaria europea, en este caso en el artículo 2.1.5 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Por ello, además de prever en el PPT la garantía del suministro de productos alternativos que cumplan los requerimientos técnicos (que debería realizarse al precio ofertado en la licitación), el órgano de contratación puede introducir en el PCAP penalidades por ejecución defectuosa y demora que pueden llegar a constituir causa de resolución del contrato (artículo 212 y ss, TRLCSP), así como causas de resolución específicas que también deberán figurar en el PCAP.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso y confirmar la nulidad de la cláusula 7 del PPT.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

### III. ACUERDA

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial presentado por Don Jorge Robles González, en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) frente al Anuncio y los Pliegos que rigen la licitación del «Acuerdo marco para el suministro de equipos de infusión e irrigación, bolsas y equipos de nutrición parenteral y enteral y accesorios para equipos de administración de fluidos con destino a los centros del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

**SEGUNDO.-** Declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en su anexo VIII) y del Pliego de Prescripciones Técnicas (en su cláusula 7) y anular la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 TRLCSP

**TERCERO.-** Levantar la suspensión acordada por Resolución 22/2017, de 17 de agosto, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

**CUARTO.-** Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**QUINTO.-** El Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

**SEXTO.-** Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.