

**Recurso 90/2017****Resolución 113/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 25 de mayo de 2017

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L.** contra la convocatoria y pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de diversos artículos para perfusión por bomba para los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Granada” convocado por el Complejo Hospitalario Universitario de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 676/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 4 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del



contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 18 de abril de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 92.

El valor estimado del contrato asciende a 1.201.096,24 euros.

**SEGUNDO.** Es de aplicación a la presente licitación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** El 27 de abril de 2017, la entidad HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. (HOSPIRA, en adelante) presentó en el Registro Telemático Unificado de la Junta de Andalucía escrito de recurso especial en materia de contratación contra la convocatoria y pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación citada.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 28 de abril de 2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida provisional de suspensión instada por la entidad recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Tal requerimiento hubo de ser reiterado al órgano de contratación por la Secretaría del Tribunal mediante oficio de 9 de mayo de 2017, recibándose la documentación el 12 de mayo.

**QUINTO.** El 12 de mayo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al interesado en el procedimiento, concediéndole un plazo de cinco días



hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en plazo la entidad B.BRAUN MEDICAL, S.A.

**SEXTO.** El 15 de mayo de 2017, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente 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.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*



(...)

*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”*

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (427/2015, de 17 de diciembre, 7/2016, de 20 de enero y 77/2016, de 21 de abril, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

**TERCERO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse ahora la procedencia del recurso especial interpuesto.

En el recurso se impugna el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40, apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.



**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 apartado a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*

Respecto al cómputo del plazo para recurrir, hemos de indicar que el mismo se inicia una vez completada la publicidad obligatoria de la licitación, lo que en el supuesto examinado tuvo lugar el 18 de abril de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante donde, asimismo, se publicó el contenido del pliego impugnado. Quiere decirse, pues, que el recurso presentado en el Registro Telemático Unificado de la Junta de Andalucía el pasado 27 de abril se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

HOSPIRA centra su impugnación en el único criterio de adjudicación de evaluación no automática establecido en el Anexo C al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), denominado “Valoración funcional del producto y valoración del software necesario para la elaboración y administración de la prescripción” ponderado con un máximo de 20 puntos. En concreto, es objeto del recurso el subcriterio “Valoración del



software necesario para la elaboración, administración, seguimiento y control de la prescripción”, ponderado con 0 a 15 puntos y cuya redacción es la siguiente: *“Se valorará el software ofertado: sistema de elaboración, sistema de administración, sistema de seguimiento y sistema de control de la prescripción.”*

Al respecto, alega la recurrente que el objeto del contrato es el suministro de diversos artículos para perfusión por bomba, careciendo de sentido valorar con un máximo de 15 puntos el ofrecimiento de un software que no guarda ninguna relación con el citado objeto contractual. En tal sentido, manifiesta que las bombas de infusión y los sistemas asociados para la administración de fármacos son absolutamente autónomos en su funcionamiento y cumplen su finalidad sin necesidad de ningún otro software adicional. Se trata, pues, de un elemento que no es necesario ni complementario para los productos a suministrar.

Manifiesta que la inclusión en los pliegos de criterios de adjudicación ajenos al objeto del contrato supone la asunción de un perjuicio innecesario para los licitadores y vulnera el principio de proporcionalidad contemplado en la Directiva 2014/24/UE. A su juicio, el subcriterio cuestionado implica que todo licitador que desee optar a la adjudicación debe desarrollar e implementar el software con carácter previo a la adjudicación, incurriendo en los gastos que ello conlleve pero sin seguridad de recuperar la inversión, pues no tiene garantía de que finalmente vaya a resultar adjudicatario, todo lo cual comporta un desequilibrio económico claramente desproporcionado entre las partes intervinientes en el contrato.

Por todo ello, señala que la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la fijación de los criterios de adjudicación no es absoluta y en cualquier caso, no puede implicar la vulneración de otros principios como el de proporcionalidad y el de equilibrio económico.



Finalmente, HOSPIRA aduce que la configuración del criterio vulnera las normas más esenciales que rigen los procedimientos de selección de licitadores, incurriendo en vicio de nulidad de pleno derecho.

Con base en lo expuesto, solicita de este Tribunal la declaración de nulidad del pliego impugnado y subsidiariamente su anulación.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a los argumentos en que se sustenta el recurso, manifestando, en síntesis, lo siguiente:

1. El subcriterio “valoración funcional del producto” se pondera con 5 puntos porque los equipos son, en líneas generales, similares y no es relevante su sistema de funcionamiento. En cambio, sí es un rasgo diferenciador y supone un valor añadido la propuesta para la elaboración, administración, seguimiento y control de la prescripción y ello en atención al tipo de pacientes al que va destinado el contrato -oncohematológicos- y al tipo de medicación que se le debe administrar.
2. La afirmación de que el ofrecimiento del software no guarda relación con el objeto del contrato supone una valoración subjetiva de la recurrente. Dicho subcriterio repercute en una clara mejora de las cualidades del suministro y de las condiciones concretas de ejecución de la prestación, aumentando la calidad y eficacia de las bombas de infusión, ya que la aportación de esta tecnología representa un valor añadido al permitir asegurar la trazabilidad en la administración de la medicación, mejorar el control y seguimiento de la prescripción e incrementar considerablemente la seguridad en los tratamientos de los pacientes oncológicos.

Finalmente, B. BRAUN MEDICAL, S.A., en sus alegaciones al recurso, manifiesta que es de sobra conocido por las empresas comercializadoras de este tipo de productos (artículos para perfusión por bomba), entre las que se



encuentra la recurrente, que uno de los aspectos más relevantes a la hora de valorar estos bienes es la tecnología que los acompaña.

Aduce que HOSPIRA desvirtúa la realidad porque ningún aparato funciona solo y en el caso de la infusión, es el profesional médico el que escoge el programa, carga la medicación e introduce los parámetros de infusión y tiempo adecuados al fármaco que se administra al paciente. Asimismo, señala que, a través de la contratación examinada, se van a adquirir equipos para las bombas de infusión destinados a diversos hospitales de día para tratamientos de oncología, siendo así que en tales tratamientos se infunden productos citostáticos considerados peligrosos para los profesionales que hacen la preparación y administración. Además, la administración errónea a un paciente de un tratamiento puede ser contraria al efecto pretendido, de ahí que el órgano de contratación valore el software destinado a controlar la elaboración, administración, seguimiento y control.

**SEXTO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar la controversia suscitada en el recurso respecto al subcriterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado “valoración del software necesario para la elaboración, administración, seguimiento y control de la prescripción”.

A juicio de la recurrente, este subcriterio no cumple las previsiones del artículo 150.1 del TRLCSP al no hallarse directamente vinculado al objeto del contrato, puesto que, según manifiesta, las bombas de infusión y los sistemas asociados para la administración de fármacos son absolutamente autónomos en su funcionamiento y cumplen su finalidad sin necesidad de ningún otro software adicional.

Sobre tal cuestión, hemos de partir de lo dispuesto en el citado artículo 150.1 del TRLCSP, conforme al cual *“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 (...)”*, vinculación con el



objeto que ya predicaba la Directiva 2004/18/CE y continúa haciendo la vigente Directiva 2014/24/UE en su artículo 67.

En tal sentido, el informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas, concluyendo que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.

Asimismo, este Tribunal se ha pronunciado sobre la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato en varias ocasiones; así, la Resolución 240/2015, de 29 de junio, venía a señalar que *“lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido”*.

Y en términos parecidos a los expuestos, la Resolución 600/2016, de 22 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que *“el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de*



*adjudicación guarda relación, directa o no, con el objeto del contrato resulta de 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.”*

Así las cosas y tomando como referencia los propios criterios de adjudicación señalados, a modo de *numerus apertus*, en el artículo 150.1 del TRLCSP (calidad, precio, fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, plazo de ejecución o entrega de la prestación, coste de utilización, 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, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, disponibilidad y coste de los repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio postventa u otros semejantes), podemos llegar a la conclusión de que la vinculación al objeto debe redundar, en última instancia, en un beneficio para la prestación que se contrata bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución o contribuya al mejor funcionamiento y uso del bien adquirido.

En el supuesto analizado -según consta en el informe al recurso que, a su vez, reproduce un extracto del informe técnico emitido por la Unidad de Preparación de Medicamentos Citostáticos del Hospital- el objeto del contrato es el suministro de artículos para perfusión por bomba de tratamientos citostáticos para enfermos oncohematológicos, donde la aportación del software necesario para la elaboración, administración, seguimiento y control de la prescripción representa un valor añadido que va a asegurar la trazabilidad en la administración de la medicación y va a mejorar el control y seguimiento de las prescripciones, aumentando la seguridad en los tratamientos de los pacientes



oncológicos, que son los destinatarios últimos de los bienes que se adquieren por virtud del contrato.

Desde esta perspectiva, cabe concluir que el subcriterio de adjudicación examinado se halla vinculado al objeto del contrato, pues incide en la forma de ejecutar la prestación mejorándola en el sentido expuesto, sin que se trate de un elemento meramente contingente.

Frente a tal conclusión, basada en una apreciación de carácter técnico que toma como referencia el tipo de paciente -oncohematológico- y de medicación a administrar -tratamiento con citostáticos-, tampoco puede imponerse ninguno de los otros argumentos de la recurrente.

En tal sentido, HOSPIRA manifiesta que el criterio expuesto supone la asunción de un perjuicio innecesario para los licitadores y vulnera el principio de proporcionalidad contemplado en la Directiva 2014/24/UE. A su juicio, el subcriterio cuestionado implica que todo licitador que desee optar a la adjudicación debe desarrollar e implementar el software con carácter previo a la adjudicación, incurriendo en los gastos que ello conlleve pero sin seguridad de recuperar la inversión, pues no tiene garantía de que finalmente vaya a resultar adjudicatario, todo lo cual comporta un desequilibrio económico claramente desproporcionado entre las partes intervinientes en el contrato.

Ahora bien, la justificación del subcriterio de adjudicación -que ha quedado expuesta anteriormente- permite desvirtuar la afirmación del “perjuicio innecesario para los licitadores” y de la desproporción a que alude HOSPIRA. Ciertamente, el software establecido como subcriterio de adjudicación no es un elemento imprescindible para que el suministro cumpla su finalidad, pues de ser así tendría que haberse previsto como característica o requisito técnico necesario de la prestación. No obstante, su incorporación a la oferta supone un plus añadido a la misma que va a reportar todas las ventajas antes indicadas y que va a permitir mejorar los tratamientos aplicados a pacientes oncológicos.



Desde esta perspectiva no puede apreciarse la desproporción denunciada, puesto que el beneficio que pueda obtenerse a través de ese valor añadido en las ofertas se presume mayor que el hipotético perjuicio para los licitadores a que alude HOSPIRA, perjuicio que tampoco cuantifica ni acredita, tratándose solo de un alegato genérico. Y lo mismo cabe decir del desequilibrio económico invocado en el escrito de recurso, pues ese hipotético gasto añadido que pueda suponer el SOFTWARE no se detalla ni se desglosa, siendo obvio que cualquier mejora en una oferta supone un plus para la Administración contratante y un eventual coste para los licitadores, pero sin que ello permita extraer como consecuencia la producción de un desequilibrio económico entre las partes.

Además, es obvio que la Administración goza de discrecionalidad en la elección de los criterios de adjudicación que mejor se ajusten a las necesidades que pretende satisfacer a través del contrato y que, en el supuesto examinado, la recurrente no ha acreditado que el subcriterio en cuestión supere el razonable marco de discrecionalidad permitido, incurriendo en desproporción.

Asimismo, es la Administración la que elige justificadamente el mejor modo de dar cumplimiento a los intereses públicos por medio de los contratos, sin que tenga que ajustarse en la consecución de tal fin público a las condiciones de producción de las empresas, debiendo ser estas las que, si quieren participar en la licitación, habrán de adecuarse a lo previsto en los pliegos. Además, la recurrente no ha alegado que el subcriterio impugnado vulnere la libre competencia, ni que solo haya una empresa con capacidad para responder a las exigencias del pliego. En cambio, el órgano de contratación sí ha manifestado al menos que, en la fase de prospección del mercado, se ha comprobado la existencia de diversidad de empresas que disponen de soluciones software como la que es objeto de valoración.

Finalmente, HOSPIRA alega que el subcriterio impugnado vulnera las normas más esenciales que rigen los procedimientos de selección de licitadores,



incurriendo en vicio de nulidad de pleno derecho, pero tal alegato es genérico, vago y teórico. Por tanto, no puede acogerse a la vista de cuanto se ha expuesto y teniendo en cuenta que no se concreta en qué modo se produce el supuesto vicio de nulidad denunciado.

Procede, pues, la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L.** contra la convocatoria y pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de diversos artículos para perfusión por bomba para los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Granada”, convocado por el Complejo Hospitalario Universitario de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 676/2016).

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión adoptada por este Tribunal el 15 de mayo de 2017.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

