

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

**VISTO** el recurso interpuesto por don J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro de “Material necesario para la realización de Hemodiálisis”, número de expediente: PA 2018-0-7, tramitado por el Hospital Universitario La Paz, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 20 de febrero de 2018, se publicó en el DOUE y en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid y el 8 de marzo de 2018 en el BOCM la convocatoria de licitación del expediente para la adquisición de “Material necesario para la realización de Hemodiálisis”, número de expediente: PA 2018-0-7, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 2.407.861,67 euros. La fecha límite de presentación de ofertas es el 6 de abril de 2018.

Interesa conocer a los efectos de resolver el presente recurso que el PCAP en la cláusula 1, apartado 1 determina que el objeto del contrato es *“la adquisición de Material necesario para la realización de Hemodiálisis en el Hospital Universitario La Paz, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares”*, de la misma manera lo determina el PPT, en su apartado 1.

El PPT, en su cláusula 2 enumera e identifica los bienes que componen ese contrato que integra 17 números de orden, correspondiéndose cada uno de ellos a uno de los productos o bienes a suministrar, respecto de los que se fija el respectivo precio unitario, que son precios máximos, y la cantidad estimada para 24 meses.

En el apartado 3 del PPT se enumeran las especificaciones técnicas relativas a la dotación, el mantenimiento y actualización de los monitores de última generación necesarios para la realización de hemodiálisis/hemofiltración “on line” (HFOL), en concreto establece que *“Los licitadores al incluirán en su oferta la dotación, el mantenimiento y actualización al Hospital durante la vigencia del Procedimiento Abierto, de los monitores de última generación necesarios para la realización de hemodiálisis/hemofiltración “on line” (HFOL) con los soportes y pinzas de clampar necesarios, así como de todas las tiras anuales necesarias para la detección de la pureza del agua, siendo a cargo del mismo el correspondiente mantenimiento.*

*Actualmente la Unidad cuenta con 32 monitores, aunque la cesión estará en función de las necesidades durante la vigencia del contrato”.*

**Segundo.-** Con fecha 13 de marzo de 2013 la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) presentó, ante el Tribunal, previo anuncio al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

En el recurso se alega la infracción de los artículos 87 y 293 del TRLCSP, así como del artículo 1256 del Código Civil ya que los Pliegos obligan a entregar,

además de los productos fungibles para la realización de hemodiálisis (respecto de los que sí se establece un precio cierto unitario), cuantos monitores de hemodiálisis se soliciten, sin determinar su número exacto, en cesión de uso, en función de las necesidades durante la vigencia del contrato, sin poder facturar ni cobrar un precio cierto por estos bienes cedidos. Añade al respecto que esta cuestión ya fue planteada por FENIN ante este Tribunal, en el recurso 158/2013 que fue estimado por este motivo.

El 20 de marzo de 2018 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). Considera que debe desestimarse el recurso porque no existe contradicción alguna entre el PCAP y el PPT dado que la acepción de “material” que figura en el PCAP incluye el conjunto de máquinas, herramientas u objetos de cualquier clase necesario para el desempeño de un servicio o ejercicio de una profesión. Respecto de la indeterminación del número de monitores solicitados entiende que la redacción del Pliego puede ser mejorada de forma que se cumpla con el principio de objeto determinado y con el de precio cierto por lo cual el Hospital La Paz publicará una modificación de los Pliegos indicando de forma concreta el número de monitores necesarios, de forma que el adjudicatario conozca de forma determinada el objeto del contrato enumerándolos en el PPT con indicación de cantidad y precio máximo resultante de los precios unitarios y cantidades que se facturarán por los bienes de los 17 números de orden. El licitador podrá hacer un cálculo a efectos de imputar la retribución o precio de estos como parte del precio de los bienes descritos en el PPT.

**Tercero.-** Con fecha 21 de marzo de 2018, el Tribunal acordó denegar la adopción de las medidas provisionales solicitadas por la representación de FENIM.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en 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.-** Se acredita en el expediente la legitimación activa de FENIN para la interposición del recurso, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

En los Estatutos de la Federación establecen, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que FENIN es *“una organización profesional de carácter federativo e intersectorial de ámbito nacional que asume la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses comunes de las empresas u organizaciones profesionales de empresas o empresarios que voluntariamente se integren en ella (...)”*. En cuanto a sus fines, el artículo 7 de los citados Estatutos, establece que *“Es finalidad de la Federación la coordinación, representación, gestión, fomento, defensa y tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular:*

*1.- Representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros (...)”*.

El artículo 10 determina que pueden ser miembros de la Federación *“las personas naturales o jurídicas que legalmente ejerzan una actividad industrial o comercial, como importación, fabricación, distribución, venta, mantenimiento, servicio y asistencia técnica de tecnología y productos sanitarios, e igualmente aquellas que importen, fabriquen, o distribuyan material auxiliar relacionado con dicha tecnología o conexo con la investigación, la sanidad, la educación, la industria (...)”*.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del

recurso.

**Tercero.-** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP puesto que la publicación con puesta a disposición de los Pliegos se produjo el día 20 de febrero de 2018, por lo que el recurso interpuesto el día 13 de marzo se encuentra dentro del plazo establecido.

**Cuarto.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP y contra el PPT que han de regir el procedimiento abierto correspondientes a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

**Quinto.-** Se alega en primer lugar infracción de los artículos 87 y 293 del TRLCSP y 1256 del Código Civil (en adelante CC) y advierte la recurrente del pronunciamiento de este Tribunal en un recurso similar de suministro de material sanitario, que fue estimado mediante Resolución 165/2013 al apreciar indeterminación en el objeto, y vulnerar la exigencia de precio cierto.

En este caso, se obliga al licitador a la entrega de los productos descritos en los 17 números de orden y además a la cesión de uso de los monitores de última generación necesarios para la realización de hemodiálisis/hemofiltración “on line”, señalando que en principio serán un mínimo de 32 monitores, sin especificar máximo, ya que está condicionado por las necesidades.

Recuerda las tres características esenciales de la contratación pública que, a su juicio, no concurren en la licitación impugnada:

- objeto determinado (art. 86.1 TRLCSP), no se conoce el número de monitores que está obligado a suministrar.
- precio cierto (art. 87.1 TRLCSP), ya sea global o unitario, no se establece un precio máximo para los monitores.
- onerosidad (art. 2.1 TRLCSP y 1.2.a) de la Directiva 2004/18/CE), de lo expuesto, parece deducirse que la cesión será gratuita dado el escaso precio

unitario de los productos incluidos en los 17 números de orden, la imposibilidad de imponer un pedido mínimo, y el elevado coste de cada monitor (que el recurrente cifra en 18.000 euros IVA incluido), impide repercutir el coste de los monitores en el precio unitario para cada material fungible que integra el lote.

Alega además que la cláusula 7 del PPT establece una obligación que no tiene cabida en el objeto del contrato tal y como está definido en el PCAP *“adquisición de Material necesario para la realización de Hemodiálisis en el Hospital Universitario La Paz, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares”*, lo que supone una vulneración del artículo 68.3 del RGLCAP que prohíbe que los PPT contengan declaraciones o cláusulas que deben figurar en el PCAP y cita en su favor el Acuerdo 85/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al conocer del recurso interpuesto contra los Pliegos de la licitación para el suministro de material necesario para la realización de hemodiálisis (kits de hemodiálisis y hemodiafiltración on line) con destino al Servicio de Nefrología del Hospital Obispo Polanco.

Asimismo indica que el artículo 293 TRLCSP consagra el derecho del contratista a cobrar el precio por los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato. Sin embargo, no se fija para estos equipos un precio: el contratista no puede facturar precio alguno por razón de estos productos.

En el caso de que se entienda que estos monitores de hemodiálisis se retribuyen con el precio unitario que se factura por los bienes o productos de los 17 números de orden del lote 1, la referida previsión del PPT incurre en infracción del artículo 87 TRLCSP, por cuanto contraviene la exigencia de precio cierto. Y al depender la fijación del precio que efectivamente se va a percibir por cada producto de la decisión unilateral del Hospital (de los pedidos o entregas que el Hospital decida exigir) se incurre en infracción del artículo 1256 CC.

Tal como argumentó este Tribunal sobre un supuesto similar en la resolución 165/2013 *“A la vista del contenido del PPT no puede entenderse los sistemas de determinación, la entrega de los medidores y lancetas deban necesariamente ser objeto de una licitación separada o configurarse como integrantes de lotes diferenciados. Parece evidente que, por un lado, dichos elementos no pueden considerarse como extraños o ajenos al objeto del contrato, pues son claramente accesorios del bien que principalmente los integra, siendo productos que cada productor vincula a su propio sistema de determinación, siendo irracional e inútil su adquisición por separado. Parece también evidente que debe considerarse retribuida su entrega (partiendo del principio general de onerosidad de la contratación del sector público), bien de forma conjunta con el precio unitario satisfecho por los sistemas para el control de los tiempos de protrombina, bien como precio de uno de los componentes del suministro (...).*

*Consta en el PPT que el número mínimo previsto de analizadores será de 2.100 unidades y un número también aproximado de sistemas de control de protrombina de 2.000.000. Luego si hubiera que hacer un prorrateo aproximado se está en condiciones de hacerlo. Sin embargo la regla proporcional no sería adecuada al quedar en manos de la Administración solicitar cuantos analizadores portátiles sean necesarios para dotar los centros de salud bajo la modalidad de reserva de dominio. Es decir, se puede solicitar un analizador por centro, uno por sanitario o uno por determinado número de pacientes, de manera que un analizador en un caso extremo no realice ninguna determinación y con otro se realicen miles. El licitador desconoce cuántos ha de aportar y por tanto cuánto va a cobrar. Queda en manos de la Administración un excesivo margen para la determinación del número de analizadores que el licitador ha de suministrar sin que por esto tenga que abonar un precio aunque sí tendrá repercusión económica directa en la formación del precio unitario de los sistemas en el cual se pretende integrar, pues al estar indeterminado y correr el licitador con el riesgo de una elevada demanda incrementará el precio de los sistemas para tener cubierta tal eventualidad.*

*Es cierto que el precio en este tipo de contratos de suministro, en los que el objeto consiste en la entrega de una pluralidad de objetos, no está determinada de inicio sino que se va concretando a medida que se ejecuta el contrato, en función de*

*las necesidades a satisfacer, con el límite máximo de la disponibilidad presupuestaria, cuyo importe se ha hecho constar en el PCAP. Sin embargo, eso no implica que el contrato no deba determinar el precio unitario de cada uno de los componentes cuando se trata de productos diferentes. Así, igual que se determina el precio unitario del sistema analizador se puede y debería concretarse un precio unitario por cada bien que se entregue, es decir por cada sistema y por cada analizador portátil, de manera que en este último caso el número final que sea solicitado sea susceptible de abono separado independientemente del número de usos para la realización de determinaciones, alejando así la discrecionalidad de la Administración en solicitar mayor o menor número. El principio de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos destinados a la adquisición de bienes, aconsejan limitar el número de analizadores abonando cada uno de los que sean utilizados y ahorrando cuantos sean innecesarios, permitiendo a los licitadores concretar una mejor oferta en cada componente del suministro.*

*El artículo 87 del TRLCSP considera el precio como la retribución del contratista y, en su apartado 2, dispone que el precio podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a distintos componentes de la prestación o unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicados a tanto alzado a la totalidad o parte de las prestaciones, en todo caso indicando como partida independiente el IVA.*

*El supuesto que nos ocupa y la resolución que se adopta mantiene el criterio adoptado en la Resolución 22/2012, de 29 de febrero de 2012, dictada en el recurso 2/2012, en la que se admitía que el precio unitario de las tiras reactivas incluye la parte proporcional del laboratorio y equipamiento necesario para la realización de determinaciones, pues en este supuesto no se trataba de entregas sucesivas de los distintos componentes del suministro, sino de una entrega única del equipamiento del laboratorio y su automatización cuyo coste se reparte entre el número previsto de determinaciones, posibilitando que el licitador conozca de inicio su importe y el reparto alícuota entre las determinaciones previstas a fin de concretar el único precio unitario”.*

Como ya ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones relativas a casos



muy similares, cabe citar entre ellas la 82/2015 de 10 de junio, *“teniendo en cuenta que la estimación del número de equipos que vayan a necesitarse es esencial para el cálculo de la proposición económica, entendemos que esa información sobre las previsiones de demanda debe incluirse en los Pliegos”*.

En consecuencia, en el supuesto que ahora nos ocupa, procede estimar la pretensión de la recurrente, anulando la previsión del PPT, por la que se impone al adjudicatario la obligación de entregar en cesión de uso monitores necesarios para la realización de hemodiálisis/hemofiltración que sean necesarios sin coste añadido alguno para el órgano de contratación, que deberá sustituirse por la obligación de suministrar los analizadores que sean necesarios, bien estableciendo un precio unitario por cada uno que se entregue o bien fijando un número concreto, lo que implica la nueva redacción y publicación de los Pliegos y el establecimiento de un nuevo plazo de presentación de proposiciones.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso interpuesto por don J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de suministro de “Material necesario para la realización de Hemodiálisis”, número de expediente: PA 2018-0-7, anulando ambos y el procedimiento de adjudicación que deberá iniciarse de nuevo.

**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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.