

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

En Madrid, a 11 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto la representación legal de Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A., contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones publicados el 22 de abril de 2020, para la adjudicación del contrato de suministros del contrato de “Suministro de gases medicinales y de uso sanitario en botellas y nitrógeno líquido criogénico en tanque y otros recipientes y el servicio de gestión integral de gases medicinales”, para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón y centros adscritos al mismo, número de expediente: A/SUM-006397-2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 17 de abril de 2020, y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 22 de abril de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.680.462,80 euros y su plazo de duración será de 24 meses con posible prórroga de 12 meses más.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 9 de junio.

Segundo.- El 27 de mayo de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A., en el que solicita la nulidad del procedimiento por existir un acuerdo marco en vigor que responde al mismo objeto del contrato que ahora se pretende licitar y en el que el H.U.G.M., esta adherido.

El 5 de junio de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal de fecha 4 de junio de 2020.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 persona legitimada para ello, al tratarse

de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio impugnado inicio su validez el 14 de mayo de 2020, y se interpuso el recurso especial en materia de contratación el día 26 de mayo de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se limita a determinar si existe identidad en el objeto del contrato, tal y como manifiesta el recurrente con el Acuerdo Marco en vigor nº de expediente PA SUM 351/2016 tramitado por el SERMAS y al que se encuentra adscrito el órgano de contratación.

Alega la empresa recurrente que: *“de acuerdo con la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de suministros A/SUM-006397/2020, publicado en la Plataforma de contratación pública de la Comunidad de Madrid el pasado 20 de abril de 2020, constituye el objeto de dicho contrato ‘el suministro de gases medicinales y de uso sanitario en botellas y nitrógeno líquido criogénico en tanque y otros recipientes y el servicio de gestión integral de gases medicinales, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares”*.

Añade que también el informe de necesidades de dicho contrato que consta también publicado en la plataforma de contratación y en el mismo se manifiesta lo siguiente:

“Se plantea la necesidad de contratación del suministro de gases comprimidos en botella y nitrógeno líquido criogénico en tanque, mantenimiento integral de instalaciones de bombeo de vacío y suministro de diversos medios auxiliares asociados al suministro (caudalímetros, reguladores, conectores, sensores de O₂ y CO₂, (...)), para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

El correcto funcionamiento y calidad del servicio asistencial que el hospital brinda requiere del suministro a tiempo de los mencionados gases, así como del correcto funcionamiento del sistema de vacío y de la cantidad de gases que se suministra a los pacientes.

Este contrato, adicionalmente, incluirá la presencia de personal que brinde servicio en el hospital y el mantenimiento integral de las centrales de vacío”.

Incide en que *“aunque el contrato incluye prestaciones propias de un contrato de suministro y prestaciones propias de un contrato de servicios, en la cláusula primera del PCAP se indica expresamente que la prestación principal del contrato la constituye **el suministro de gases medicinales de uso sanitario**, incluyendo el oxígeno líquido, el nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno, que son objeto del Acuerdo Marco SUM 35/2016, adjudicado en fecha 8 de abril de 2017 y vigente en la actualidad”.*

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que: *“El Hospital General Universitario Gregorio Marañón actualmente tiene, derivado del Acuerdo Marco PA SUM 35/2016, dos contratos en vigor, cuyos productos son distintos a los que se licitan en el nuevo expediente.*

El nuevo expediente, A/SUM-006397-2020, va dar continuidad al expediente 218/2015 que con el mismo objeto del contrato se licitó en el año 2015”.

Clarifica en su informe el objeto del contrato que nos ocupa y es objeto de recurso en los siguientes términos: *“Hay productos en licitación en el concurso de*

gases comprimidos que ya salieron a licitación en el acuerdo Marco del SERMAS PA SUM35/2016 del año 2016. En concreto habla de Gases medicinales líquidos, Oxígeno Líquido, Nitrógeno líquido y Protóxido de Nitrógeno. El recurso indica literalmente lo siguiente: «Por consiguiente, el suministro de todos los gases líquidos (así como el resto de prestaciones que contemplan los pliegos) a estos centros y, en particular, al Hospital General Universitario Gregorio Marañón, está incluido en el Acuerdo Marco y se ha de llevar a cabo de conformidad con el procedimiento y requisitos que regulan los correspondientes pliegos del referido acuerdo marco, sin que pueda ser objeto de un procedimiento de contratación diferente».

Respuesta o aclaraciones a estas indicaciones de los productos:

Nitrógeno Líquido:

En el acuerdo Marco SUM 35/2016, se licita el suministro de Nitrógeno Líquido Medicinal y en la licitación EXP Nº A/SUM-006397/2020 se licita Nitrógeno Líquido producto Sanitario Criobiológico tanque. Estos productos son totalmente distintos por los siguientes motivos:

a. Regulatoriamente. Según la AEMPS el Nitrógeno medicinal y el destinado a criobiología o criopreservación son productos distintos y tienen indicaciones totalmente incompatibles o distintas. Uno es parte de un medicamento, en concreto es el excipiente que junto con el Oxígeno medicamento es destinado a la fabricación de aire sintético in situ y el otro producto es un producto Sanitario destinado a conservar muestras biológicas.

b. Impositivamente. El impuesto que grava el Nitrógeno Líquido Medicinal es del 4% como parte del medicamento destinado a la producción de aire sintético medicinal. El Nitrógeno producto Sanitario no tiene el mismo impuesto sobre el valor añadido. Este es del 21%. En todos los puntos del pliego donde se hace referencia al precio e impuesto del Nitrógeno Líquido siempre aparece una tasa del 4% no del 21 con lo que es Nitrógeno medicinal no productos Sanitarios.

c. Incompatibilidad de uso y envase que los contiene. El uso del primero (Nitrógeno Medicinal) es usado en fase gas a 13 bar de presión para ser mezclado a la misma presión con Oxígeno y formar aire y el otro producto (Nitrógeno producto Sanitario criobiológico) es necesario ser usado casi a presión atmosférica (1 - 1,2 bar) y en fase líquida, las muestras biológicas están dentro del propio líquido. No son

productos compatibles y los recipientes que los contienen deben de ser totalmente distintos.

Podemos concluir que el producto 'Nitrógeno Líquido' licitado en el Acuerdo Marco PA SUM 35/2016, no está incluido en la licitación EXP N° A/SUM-006397/2020. El producto que se licita como Nitrógeno Líquido producto Sanitario Criobiológico tanque aun siendo suministrado de forma licuada y en recipientes similares son productos completamente diferentes.

Protóxido de Nitrógeno:

En el acuerdo Marco SUM 35/2016, se licita el suministro de Protóxido de Nitrógeno. Este producto, como bien indica el pliego de prescripciones técnicas, debe de ser entregado en depósito, con lo que el producto licitado es realmente Protóxido de Nitrógeno Licuado a baja temperatura. En la licitación EXP N° A/SUM-006397/2020 se licita Protóxido de Nitrógeno botella grande/mediana y pequeña, este producto es suministrado en botella licuado a temperatura ambiente.

Podemos concluir que el producto 'Protóxido de Nitrógeno' licitado en el Acuerdo Marco PA SUM 35/2016, no está incluido en la licitación EXP N° A/SUM-006397/2020 al ser productos totalmente diferentes.

Oxígeno Líquido:

En esta licitación EXP N° A/SUM-006397/2020 se solicita 'Oxígeno Medicinal Recipiente criogénico Microbulk'. Este equipo debe de ser un recipiente criogénico fijo o móvil de menor tamaño que un tanque estándar/convencional debido a que tiene que situarse en una sala interior del Instituto provincial de Rehabilitación perteneciente al HGUGM, contigua a la zona de parking de ambulancias con acceso desde la calle Eraso. Este recipiente criogénico debe de ser de máxima capacidad para responder a la demanda recogida en el anexo 1 de la licitación, teniendo en cuenta las limitaciones anteriormente descritas.

El hecho de que tiene que estar situado en un recinto interior con una restricción clara de tamaño le diferencia técnica, operativamente y económicamente de los depósitos de oxígeno líquidos sin restricción de tamaño contemplados en el acuerdo Marco SUM 35/2016 y así lo corrobora en el PPT actual (EXP N° A/SUM-006397/2020) indicando lo siguiente:

«Semestralmente se efectuará, por el personal técnico del suministrador, una inspección a la instalación criogénica, extendiéndose un certificado sobre su buen estado. En caso contrario se clausurará la citada estación, siendo responsabilidad del suministrador la no interrupción del suministro, mediante botellas de su propiedad y facturando el m3 del oxígeno en botellas al mismo precio del m3 de gas líquido medicina».

Esta condición indica claramente que el suministro de oxígeno a este centro se realiza en unas condiciones muy particulares/restrictivas (espacio cerrado, limitado del tamaño del equipo y posibles problemas de seguridad en la operación y manejo del mismo) y totalmente distintas a las condiciones en las que se realizaría un suministro en un recipiente criogénico de tamaño y ubicación estándar”.

Vistas las posturas de ambas partes por este Tribunal y en especial la justificación y la motivación por parte de órgano de contratación que se considera clara, exhaustiva, certera y suficientemente como para poder asegurar sin lugar a dudas que los objetos de los contratos números de referencia PA SUM 35/2016 y A/SUM-006397-2020, no son idénticos. Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A., contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones publicados el 22 de abril de 2020, para la adjudicación del contrato de suministros del contrato de “Suministro de gases medicinales y de uso sanitario en botellas y nitrógeno líquido criogénico en tanque y

otros recipientes y el servicio de gestión integral de gases medicinales”, para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón y centros adscritos al mismo, número de expediente: A/SUM-006397-2020.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 4 de junio de 2020.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.