

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

En Madrid, a 26 de mayo de 2022.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Laphysan, S.A.U. y de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parental Hospitalaria (en adelante FARMAFLUID), contra los anuncios de licitación y los pliegos del contrato de *“suministro de fluidoterapia con gestión integral de logística para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón”*, número de expediente A-SUM-010215-2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 8 de abril en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad y en el DOUE, y el 21 de abril en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.337.660,14 euros y su plazo de duración será de 24 meses, con posibilidad de prórroga por otros 24 meses.

Segundo.- El 8 de abril, se publicó en el Portal de la Contratación Pública la convocatoria del procedimiento de licitación de referencia.

Tercero.- El 29 de abril de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de LAPHISAN y, el 4 de mayo de 2022 formulado por FARMAFLUID en el que solicitan la anulación de los pliegos y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el presente recurso.

El 24 de mayo de 2022, 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 transponen 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 (LCSP) solicitando la desestimación de los recursos.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 6 de mayo de 2022, hasta que se resuelvan los recursos y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado de los recursos 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 los recursos.

Segundo.- El artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos presentados de los expedientes 173/2022 y 178/2022 por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto y coincidentes en su mayoría los motivos de impugnación.

Se procede a la acumulación de los recursos por ser coincidentes las alegaciones de ambos recurrentes en lo siguiente.

- La no división en lotes del objeto del contrato sin la adecuada justificación.
- Improcedencia de la calificación del contrato como de suministro.

A estas alegaciones FARMAFLUID añade:

- Error en el cálculo del presupuesto base de licitación al no imputarse en el precio las distintas prestaciones objeto del contrato.
- Cálculo erróneo del IVA en determinados productos.

Tercero.- Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador y la otra representativa de los intereses objeto de este contrato (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante de los recursos.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el anuncio y los pliegos fueron publicados en 8 de abril, e interpuestos los recursos el 29 de abril y el 4 de mayo de 2022, respectivamente, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interpusieron contra el anuncio y los pliegos 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.

Sexto.- Al efecto de la resolución de los recursos interesa destacar lo siguiente:

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

Cláusula 1.

“1.- Definición del objeto del contrato:

Este contrato tiene por objeto adquisición de medicamentos y productos de fluidoterapia así como la gestión de su aprovisionamiento y distribución logística apunto de consumo, en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

División en lotes.No. Se debe oferta a todo el lote.

Lote	Número orden	DESCRIPCIÓN TÉCNICA	Precio unitario s/IVA	Cantidad 24 meses	BASE IMPONIBLE	IMPORTE IVA 4%	IMPORTE TOTAL
1	1	AGUA ESTERIL 10mL ampollas plástico	0,09	448.000	40.320,00	1.612,80	41.932,80
	2	FISIOLÓGICO 10 mL ampollas plástico	0,08	3.600.000	288.000,00	11.520,00	299.520,00
	3	FISIOLÓGICO 50 mL bolsa plástico flexible	0,580	660.000	382.800,00	15.312,00	398.112,00
	4	FISIOLÓGICO 100 mL bolsa plástico flexible	0,580	660.000	382.800,00	15.312,00	398.112,00
	5	FISIOLÓGICO 250 mL bolsa plástico flexible	0,540	160.000	86.400,00	3.456,00	89.856,00
	6	FISIOLÓGICO 500 mL bolsa plástico flexible	0,580	410.000	237.800,00	9.512,00	247.312,00
	7	FISIOLÓGICO 1.000 mL bolsa plástico flexible	0,860	15.500	13.330,00	533,20	13.863,20
	8	GLUCOSA 5 % 50 mL bolsa de plástico flexible	0,630	40.000	25.200,00	1.008,00	26.208,00
	9	GLUCOSA 5 % 100 mL bolsa de plástico flexible	0,630	37.000	23.310,00	932,40	24.242,40
	10	GLUCOSA 5 % 250 mL bolsa de plástico flexible	0,760	47.000	35.715,30	1.428,61	37.143,91
	11	GLUCOSA 5 % 500 mL bolsa de plástico flexible	0,590	11.000	6.490,00	259,60	6.749,60
	12	GLUCOSALINO 1/3 500 mL envase	0,630	31.600	19.908,00	796,32	20.704,32
	13	GLUCOSALINO 5 % 500 mL envase	0,944	12.000	11.328,00	453,12	11.781,12
	14	FISIOLÓGICO IRRIGACION 3.000 mL envase	2,510	24.200	60.742,00	2.429,68	63.171,68
	15	FISIOLÓGICO LAVADO 100 mL envase	0,559	50.000	27.950,00	1.118,00	29.068,00
	16	FISIOLÓGICO LAVADO 1.000 mL envase	1,509	600	905,40	36,22	941,62
	17	FISIOLÓGICO LAVADO 250 mL envase	0,649	75.000	48.675,00	1.947,00	50.622,00
	18	FISIOLÓGICO LAVADO 500 mL envase	0,810	114.000	92.340,00	3.693,60	96.033,60
	19	FISIOLÓGICO +CLK 10 mEq bolsa plástico 500 mL	1,110	27.000	29.970,00	1.198,80	31.168,80
	20	FISIOLÓGICO+CLK 20 mEq bolsa plástico 500 mL	1,112	11.500	12.788,00	511,52	13.299,52
	21	GLUCOSA 5%+CLK 10 mEq 500 mL envase	0,940	27.000	25.380,00	1.015,20	26.395,20
	22	GLUCOSA 5% 500 mL+CLK 20 mEq 500 mL envase	0,940	10.000	9.400,00	376,00	9.776,00
	23	GLUCOSALINO 1/3 +10 mEq CIK 500 mL envase	1,260	3.300	4.158,00	166,32	4.324,32
	24	GLUCOSALINO 1/3 +20 mEq CIK 500 mL envase	1,260	3.300	4.158,00	166,32	4.324,32
	25	RINGER CON LACTATO 500 mL envase	0,660	69.000	45.540,00	1.821,60	47.361,60
	26	AGUA ESTERIL IRRIGACION 1.000 mL envase	2,060	6.600	13.596,00	543,84	14.139,84
	27	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3.000 mL envase	2,370	18.000	42.660,00	1.706,40	44.366,40
TOTAL					1.971.663,70	78.866,55	2.050.530,25

El órgano de contratación considera conveniente la adjudicación de este contrato en un único lote que incluya tanto el suministro de los medicamentos/productos de fluidoterapia como la gestión logística integral y su aprovisionamiento en planta, para garantizar la eficiencia en la ejecución del contrato. No es operativo disponer de varios suministradores de medicamentos y de distribuidores internos en el hospital ya que dificultaría la organización, espacio disponible, medios de distribución, afluencia de personal externo en las plantas y las unidades críticas, etc.; pudiendo generar riesgos tanto para pacientes como para los profesionales del centro y trabajadores externos de las empresas”.

Pliego de prescripciones técnicas:

“1.- OBJETO DEL CONTRATO.

El presente contrato tiene por objeto la adquisición de medicamentos y productos de fluidoterapia así como la gestión integral de su aprovisionamiento y distribución logística en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (en adelante HGUGM).

2. ALCANCE DEL PROCEDIMIENTO.

El presente procedimiento tiene como propósito definir una solución global que permita tanto el suministro de medicamentos/productos de fluidoterapia, como la gestión de su aprovisionamiento. Para ello, se describen en el presente pliego tanto las características de los medicamentos/productos de fluidoterapia, a suministrar, así como los requisitos necesarios para efectuar el aprovisionamiento de los mismos.

La planificación y preparación de los pedidos programados y el envío a las distintas unidades del hospital para cubrir su aprovisionamiento, se realizará bajo la supervisión de la dirección del hospital.

La gestión del aprovisionamiento, deberá contemplar la planificación de la demanda, la preparación de los pedidos programados urgentes, traslado de material y el transporte interno del mismo, la distribución de los medicamentos/productos descartados a las unidades de destino a petición y bajo supervisión de la dirección del HGUGM, así como la retirada y gestión de las cajas de cartón y resto de residuos generados, debiendo asumir el adjudicatario las obligaciones establecidas en el PPT.

El órgano de contratación considera la conveniencia de la adjudicación de este contrato en un único lote que incluya tanto el suministro de los medicamentos/productos de fluidoterapia como la prestación del servicio para la gestión integral de la misma y su aprovisionamiento en planta, para garantizar la eficiencia en la ejecución del contrato.

(...)

5. ESPECIFICACIONES PARA LA GESTION INTEGRAL DEL APROVISIONAMIENTO.

La empresa adjudicataria deberá poner en marcha un sistema de transporte

desde el almacén del adjudicatario al Hospital General Universitario Gregorio Marañón y su distribución a las distintas unidades del hospital con cobertura 24 horas x 365 días.

La empresa adjudicataria deberá aportar una solución, que será validada por el Hospital, para que, el suministro se efectúe de lunes a viernes, y garantice la cobertura de las necesidades de fines de semana y festivos, así como en los casos de urgencia.

Las empresas licitadoras deberán indicar en su oferta el tiempo de respuesta para los pedidos programados y las urgencias que se pueden generar en el Hospital, entendiéndose como tal, el tiempo que transcurrirá desde que se realiza una solicitud de un producto concreto hasta que ese producto se entrega en la unidad peticionaria. En cualquier caso, el tiempo máximo de respuesta no podrá exceder de 48 h. para los pedidos programados y de 24 h para los pedidos urgentes.

Para el aprovisionamiento en los días festivos, o situaciones especiales por motivos imprevistos el adjudicatario se compromete a presentar un calendario y planificación extraordinaria de distribución del material.

La entrega del suministro se realizará de acuerdo con las programaciones establecidas por el adjudicatario siendo necesaria la validación de los calendarios propuestos por el Hospital.

La empresa adjudicataria debe disponer de la infraestructura y equipamiento para la correcta organización y gestión del servicio. Deberá tener en cuenta las dimensiones del camión para el suministro en el edificio materno-infantil, ya que no puede superar el gálibo de 3,40 m. Dispondrá de todos los medios, procedimientos y sistemas de seguridad que resulten precisos en cumplimiento de la normativa legal vigente en consideración de las especiales características del material en custodia.

La empresa adjudicataria, dispondrá de un local acondicionado y equipado para el almacenaje y custodia de los sueros (almacén externo), así como de los recursos humanos y medios de transporte necesarios para la prestación del servicio de reposición y entrega de los sueros en las distintas unidades del Hospital Universitario Gregorio Marañón (Anexo I). Dicha relación podrá sufrir alguna variación a lo largo de la vigencia del presente contrato como consecuencia de apertura de nuevas unidades, modificación de espacios, obras, etc. El adjudicatario atenderá las nuevas

necesidades sin necesidad de modificación de contrato siempre que éstas no supongan un 10% de variación en el número de puntos de entrega definidos inicialmente.

La empresa adjudicataria distribuirá los productos a los puntos de distribución. En caso de que no considere posible la distribución en alguno de ellos deberá justificar detalladamente los motivos de no inclusión.

En su almacén externo, la empresa adjudicataria deberá disponer de un stock de los medicamentos/productos necesarios para abastecer a las diferentes unidades según sus necesidades y según las condiciones de servicio descritas en el presente pliego. En caso de rotura de stock, el proveedor deberá proporcionar, en un plazo no superior a 12 horas y sin cargo alguno para el hospital, material de similares características que previa validación por el Servicio de Farmacia, se distribuirá para dar continuidad a la actividad asistencial.

(...)

La empresa adjudicataria deberá dotar de estanterías en los puntos de distribución del hospital o ubicación del almacén de este material:

- Estanterías que cumplan la norma ISO 3394, y en cualquier caso de fácil limpieza, montaje y acceso para facilitar el trabajo del personal. El formato final será autorizado por el hospital en base a las posibilidades ofertadas.

- Superficie que no sea lisa para evitar el acúmulo de polvo. (Tipo rejilla).

- Deben ser robustas y estables debido al peso de dicho material.

(...)

La empresa adjudicataria deberá dotar de una aplicación informática y los periféricos precisos, como instrumento de trabajo para llevar a cabo la Gestión integral del Servicio de logística de Sueros. Será por cuenta del adjudicatario, los desarrollos necesarios para integrar el sistema propuesto con el Sistema de Gestión informatizada de la Farmacia del HGUGM (FARHOS). Gestión de los movimientos y trazabilidad de los productos, así como la correspondiente gestión de los albaranes donde quede constancia del lote y las caducidades de los mismos.

El servicio de aprovisionamiento debe incluir un sistema de gestión de inventario integrado con el software de gestión del Servicio de Farmacia (Farhos) de

forma que se conozcan los consumos diarios por Servicios, se generen automáticamente las reposiciones necesarias, etc...

El adjudicatario se hará cargo de la dotación de puntos de conexión informático en los puntos de distribución que fuera preciso dotar para el funcionamiento de la Gestión informatizada del Servicio de Logística.

La empresa adjudicataria deberá disponer de los medios humanos adecuados para realizar el suministro colocando la mercancía en los espacios destinados para cada producto.

(...)

El licitador deberá redactar un PROYECTO TÉCNICO DE GESTIÓN (...)”.

5.1. La configuración del contrato en un lote único sin la adecuada justificación:

Alega LAPHYSAN que en los productos a suministrar se incluyen productos farmacéuticos integrados por diferentes principios activos y, además, productos sanitarios que determinan la nulidad de los pliegos por no motivarse adecuadamente la no división en lotes.

En defensa de sus pretensiones cita diversas doctrinas y jurisprudencia que para la constitución de lotes de medicamentos establece la unidad funcional conforme a los principios activos. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª) núm. 98/2018 de 29 de enero (RJ 2018\318) que, si bien aplica la norma anterior, en la que la regla general era la no división en lotes, se pronuncia sobre lo que debe entenderse en el ámbito de los medicamentos como lote, partiendo del principio activo. También la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 27 de marzo (JUR 2014\252119), considera que sólo constituye agrupación de medicamentos y, por tanto, una unidad funcional a los efectos de la constitución de lotes, la indicada en el artículo 93.2 y Disposición Adicional 14.2 de la Ley 29/2006 de Garantías y Uso racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (actualmente artículo 98.2 y disposición adicional decimotercera apartado 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba

el texto refundido de la Ley de garantía y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios).

Por ello concluye el recurrente que, dado que la unidad funcional se identifica como máximo con el principio activo en el ámbito de los productos farmacéuticos, en el supuesto de que no se configuren tantos lotes como principios activos, el órgano de contratación debe motivar cumplidamente su decisión.

Manifiesta que en los pliegos se configura un lote único de productos farmacéuticos y que integran varios productos farmacéuticos, cada uno con su respectivo principio activo y que son diferentes entre sí, en el que además se incorporan otros productos sanitarios.

Concretamente, en el lote único han sido agrupados los productos farmacéuticos *“agua estéril”, “fisiológico”, “fisiológico + CLK”, “glucosa 5%”, “glucosa 5% + CLK”, “glucosalino 5%”, “glucosalino 1/3”, “glucosalino 1/3 + C1K”, “glucosa 5% + CLK”* y *“ringer con lactato”* a pesar de que sus correspondientes principios activos son diferentes entre sí, por lo que deberían haberse expresado los motivos que propician la quiebra de la unidad funcional en que incurren dichas agrupaciones.

A mayor abundamiento, en el número de orden 1 del lote 1 se exige la presentación en *“10 ml ampollas de plástico”* con el resto de las presentaciones de gran volumen y *“bolsa de plástico flexible”*, que de acuerdo con un Informe suscrito por una farmacéutica que adjunta al recurso, esto supone una limitación adicional.

Además, al haberse incluido también en el mencionado lote único los productos sanitarios *“agua estéril irrigación”, “fisiológico irrigación”* y *“fisiológico lavado”*, es manifiesto que el deber de motivación se encuentra especialmente acentuado

Por ello, considera que los productos farmacéuticos y sanitarios integrados en el lote único deben dividirse en distintos lotes y los primeros, además con arreglo a su

principio activo puesto que no existe justificación para no dividir el objeto del contrato.

La actual configuración del lote supone una restricción de los principios de concurrencia y competencia que incluso persistiría si los productos farmacéuticos se incluyen en un mismo lote con la obligación de licitar a todos ellos y los productos sanitarios en otros distinto, pues FRESENIUS es la única empresa que puede licitar a todos los productos farmacéuticos y el resto de empresas no puede acudir al concurso ni formando Unión Temporal de Empresas entre ellas puesto que ninguna de ellas produce “*glucosalino 1/3 + 10 mEq*” y “*glucosalino 1/3 + 20 mEq*”.

Por su parte FARMAFLUID en términos similares manifiesta que la diversidad de principios activos entre todos los productos de fluidoterapia objeto de la contratación, permitía, por ejemplo, fraccionar el contrato en tantos lotes como principios activos o fraccionar el contrato en atención a los distintos tamaños en que se presentan los productos de fluidoterapia o por tipos de envase, etc. La decisión del órgano de contratación de no dividir en lotes el objeto del contrato es arbitraria pues no se ha justificado. Además, añade que como hay que presentar oferta a todo el lote sólo un laboratorio farmacéutico comercializa todos los principios activos y productos solicitados, en las presentaciones y tipologías requeridos.

Por su parte el órgano de contratación alega que la justificación de la no división en lotes está plenamente justificada en el PCAP.

Teniendo en cuenta la situación sanitaria motivada por la pandemia COVID-19 y las restricciones a la movilidad derivadas de las medidas tomadas para su control y evitar su propagación, se considera un riesgo el que pudiera haber más personas que las indispensables en las zonas de hospitalización.

No obstante, manifiesta que, si ese Tribunal considera insuficiente dicha justificación, esta podría ser objeto de rectificación o subsanación.

En cuanto a lo alegado por los recurrentes sobre que conforme está plateada la licitación sólo una empresa puede participar en el procedimiento, alega el Hospital que aunque en la fase de preparación del expediente y fundamentalmente de las prescripciones técnicas se tuvo especial cuidado en que los productos que el PPT contiene pudieran ser suministrados por más de dos proveedores, lo cierto es que uno de ellos sólo puede ser proporcionado por un licitador, motivo por el cual restringe la licitación.

Dado que este error no se corresponde con la voluntad manifestada en el expediente, y teniendo en cuenta que las prescripciones técnicas pueden ser cumplidas por más de dos licitadores, es por lo que se procederá a la rectificación de los documentos correspondientes del expediente para subsanar este error.

Vistas las alegaciones de las partes es preciso remitirse al artículo 99.3 de la LCSP que dispone: *“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.*

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”.

El fomento de la división de los contratos en lotes responde a la promoción de la concurrencia facilitando la licitación de los pequeños empresarios, tal y como recoge el considerando 78 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: *“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es 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 y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.

La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

Sobre esta cuestión este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones, así en la Resolución 592/2021, de 30 de diciembre: “Así en Resolución 280/2021 de 18 de junio, en la que se anulan unos Pliegos donde la motivación se fundamenta también en razones de logística y almacenaje.

La Sociedad Nacional de Farmacia siempre ha establecido como criterio orientativo para los órganos de contratación, la división de los contratos en lotes según sus principios activos. De tal forma que ha sido lo habitual en los contratos de suministros farmacéuticos.

La posibilidad de utilizar otros criterios es posible, por supuesto, pero siempre que se encuentre plenamente justificado en el informe previo de necesidad de la contratación previamente a la aprobación de los pliegos de condiciones y a la publicación del anuncio de licitación y que respondan a verdaderas necesidades de aumentar la concurrencia en el proceso y no a meras razones organizativas.

Este es el criterio mantenido por este Tribunal, valgan por todas la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 23 de junio de 2016, destacando que la mera referencia a razones organizativas y de homogeneidad no constituye una motivación válida de la agrupación de los productos objeto de los actos impugnados en un mismo lote:

“En el caso que nos ocupa se están agrupando en un lote único material de fluidoterapia relativo a cloruro sódico, glucosa, glucosalino y Ringer lactado en diferentes presentaciones, lo que requiere la adecuada motivación de la conveniencia de contratación conjunta de las diferentes composiciones y los diferentes formatos, estando ausente en el expediente remitido.

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 se agrupan en un único lote tanto productos farmacéuticos, con distintos principios activos, como productos sanitarios. En contra de lo alegado

por el órgano de contratación este Tribunal considera que no queda justificado en el expediente la no división en lotes, ni siquiera con lo manifestado en el informe de contestación al recurso en referencia a la situación COVID-19. En este sentido recordar el criterio orientativo establecido por la Sociedad de Farmacia Española.

En consecuencia, se anulan los pliegos por falta de justificación el expediente de la no división en lotes.

Añadir que tal y como indican las recurrentes y reconoce el órgano de contratación sólo una entidad puede cumplir con todas las prescripciones técnica por lo que se deberá modificar las mismas a efectos de no limitar la concurrencia.

Anulados los pliegos, carece de sentido pronunciarse sobre el resto de las cuestiones planteadas. No obstante, este Tribunal considera oportuno analizar las mismas, a los efectos de evitar la interposición de recursos sucesivos ante la posibilidad de configurar una nueva licitación.

5.2. Improcedente calificación del contrato como de suministros.

Alegan los dos recurrentes que el contrato que nos ocupa no es un contrato de suministros sino un contrato mixto de suministro y servicios por lo que solicitan la anulación de los pliegos.

El objeto del contrato es doble, por un lado, la adquisición de medicamentos y productos sanitarios para fluidoterapia y, por otro, la gestión integral de su distribución logística en el hospital.

Esta gestión integral del aprovisionamiento se traduce en múltiples obligaciones: planificación de la demanda, preparación de pedidos , traslado de material a las unidades de destino (esto es en planta), retirada y gestión de cajas de cartón y residuos, disponer de un local acondicionado, dotar al hospital del

equipamiento preciso para la correcta organización y gestión del servicio, dotar de estanterías en los puntos de distribución del hospital, dotar de una aplicación informática, incluir un sistema de gestión de inventario integrado con el software de gestión del servicio de farmacia, etc.

A lo anterior LAPHYSAN añade que los anuncios del perfil del contratante y el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid establecen que el lugar de entrega de los productos del lote único son los *“Almacenes de la cocina del Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”, mientras que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece que son “las distintas unidades del hospital”* reflejadas en su Anexo.

A su juicio, en virtud de la prevalencia de los anuncios de la licitación ex artículo 135.3 de la Ley de Contratos, es evidente que el lugar de entrega de los productos integrantes del lote único debe ubicarse en los *“Almacenes de la cocina del Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”,* siendo en consecuencia inexigible su entrega en *“las distintas unidades del hospital”* referidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, máxime cuando la obligación de entrega del adjudicatario quedaría agotada en aquél instante ex artículo 300 de dicho cuerpo legal.

Por su parte el órgano de contratación alega que el contrato se ha diseñado como un modelo de suministro descentralizado. Y manifiesta que:

“Lo usual es que en un contrato de suministro la entrega de la mercancía se realice en un único punto, esto es en los almacenes de Farmacia, pero en este caso se requiere que la entrega de la mercancía se realice directamente en los puntos de consumo o sub almacenes, concepto este muy desarrollado en las organizaciones actuales, aunque escasamente en el seno de las organizaciones públicas.

En base a este enfoque, se ha tipificado el contrato como de suministro, pues de un suministro se trata, aunque este se realice en diversos puntos.

(...)

Actualmente los puntos de consumo están identificados y disponen de las instalaciones adecuadas, funcionando como sub almacenes. Si en el PPT se solicita

alguna estantería o elementos para almacenamiento, es para contemplar la posibilidad que los envases del adjudicatario, en algunos casos, podrían no ser compatibles con las actuales, debiendo sustituirlas.

Respecto del software o herramienta informática, con un lector de códigos de barras o PDA serían suficiente para controlar y detallar el suministro efectuado, ofreciendo automáticamente el stocks e inventario”.

Vistas las alegaciones de las partes basta remitirse a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas para comprobar que no estamos ante un contrato de suministro de productos médicos y sanitarios sino ante un contrato que exige además otras prestaciones que es la gestión integral de su distribución logística en el hospital. Esta última prestación implica entre otros, suministrar estanterías, material de almacenamiento, software, servicio de logística, gestión de inventario. En este sentido es llamativo que el licitador deba redactar un proyecto de gestión.

El artículo 16 de la LCSP establece que *“son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles”.*

El artículo 17 regula los contratos de servicios como *“aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario”.*

El objeto del contrato como se ha indicado anteriormente es la adquisición de medicamentos y productos de fluidoterapia así como la gestión integral de su aprovisionamiento y distribución logística en el Hospital. A los efectos de no ser reiterativos nos remitimos a lo expuesto en el PPT sobre las especificaciones para la gestión integral del aprovisionamientos y distribución logística.

De ello se desprende que nos encontramos ante un contrato que va más allá del contrato de suministros. En este sentido el TACRC en su Resolución 393/2014, de 19 de mayo, establece. *“Pues bien, tratándose de un contrato de suministro, debe tenerse en cuenta a la hora de definir las obligaciones del futuro adjudicatario lo dispuesto en el artículo 292 del TRLCSP (Actual artículo 300 LCSP):*

“1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

2. Cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que ésta hubiere incurrido en mora al recibirlos.

3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos”.

Es decir, las obligaciones del adjudicatario en un contrato de suministro se agotan en el momento en que se procede a la recepción del producto por parte del órgano de contratación, recepción que, según reconoce el propio órgano de contratación, se va a efectuar en el almacén de farmacia. Sin embargo, en este caso, se pretende imponer al adjudicatario una obligación que va más allá de las propias del contrato de suministro, pues el adjudicatario deberá además distribuir el producto una vez recepcionado éste y cuando su gestión, según el artículo 292 TRLCSP es ya responsabilidad del órgano de contratación”.

En relación con el contrato mixto el artículo 18 de la LCSP dispone que es aquel

que contenga prestaciones correspondientes a otro y otros de distinta clase y que únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la LCSP *“Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”*.

En consecuencia, se anulan los pliegos por no coincidir la calificación del contrato, esto es de suministro, con el objeto del mismo, al incluir prestaciones que van más allá, de acuerdo con las prescripciones de la LCSP.

5.3. Error en el cálculo del presupuesto base de licitación al no imputarse en el precio las distintas prestaciones objeto del contrato.

Alega FARMAFLUID que, en la determinación del presupuesto de licitación, la memoria económica no deja lugar a dudas que los valores se han obtenido atendiendo a los medicamentos y productos sanitarios. Se excluyen de toda valoración cualquier remuneración del resto de prestaciones que comprenden el objeto del contrato: suministro de estanterías, suministro de software y la prestación de servicios de gestión integral del aprovisionamiento (logística de entrega en planta, control de stock y gestión de inventario), por lo que a su juicio, el adjudicatario debe ejecutar estas prestaciones gratuitamente, sin retribuido por ello.

Manifiesta que según la doctrina del TACRC, para que pueda fijarse el precio en atención solamente a una parte de las prestaciones objeto del contrato, sin efectuar una valoración específica de las otras prestaciones, es necesario que:

- El precio o valor de la parte del contrato respecto de la que se determina el precio del contrato debe reflejar o ser expresiva del valor del resto de

prestaciones que integran el objeto del contrato, o del uso que se dé a éstas.

- El expediente de licitación justifique este extremo, esto es, indique los importes parciales del resto de prestaciones que se imputan al precio de aquella parte de la prestación que será remunerada.

Circunstancia que no se dan en el presente contrato.

Por su parte el órgano de contratación alega que el importe del contrato se ha valorado atendiendo al precio de los productos que se licitan. No obstante, como suministro descentralizado conlleva un incremento de tiempo y por lo tanto un mayor coste, estos se han contemplado en los precios unitarios, habiéndose incrementado los mismos con respecto a otras licitaciones, efectuadas recientemente, y, además, se ha limitado el porcentaje de baja anormal, (del 10% al 5%) en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en base a la onerosidad de los contratos públicos.

Vistas las posiciones de las partes, al respecto es preciso citar el artículo 102.1 de la LCSP. *“Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente”.*

Y el artículo 102.3. *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.*

Revisada por este Tribunal la memoria económica del contrato explica:

“3º.- Se adjunta tabla de los consumos estimados, teniendo en cuenta que los

precios de licitación han sido revisados con estudios comparativos con precios de mercado, considerando viable el mantenimiento de los precios actuales de adjudicación en este centro, redondeados a dos decimales, y en otros casos, debido al incremento de pedidos, la bajada de precios que se venían adquiriendo por compra menor.

En el cuadro siguiente, se desglosan los consumos estimados y el importe Económico estimado 2022, de los medicamentos de fluido terapia adquiridos para atender la actividad asistencial habitual del Hospital”.

En dicha memoria no existe ningún atisbo de que en el cálculo se haya considerado el resto de prestaciones objeto del contrato por lo que se concluye que no se ha calculado correctamente el precio de licitación.

En consecuencia, no queda acreditado que en el presupuesto base de licitación se incluyan el resto de prestaciones por lo que debe proceder a su cálculo.

5.4 Cálculo erróneo del IVA en determinados productos.

Alega FARMAFLUID que existe un error en los pliegos al aplicar el 4% de IVA a los productos “sanitarios”, esto son los que se refieren a “irrigación” o “lavado”, estos productos no son medicamentos porque no ejercen una acción farmacológica, inmunológica o metabólica por lo que no encajarían en la definición de medicamento de uso humano que figura en el que figura en el artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Según el artículo 91. Dos. 3º, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, el tipo del 4% se reserva a “los medicamentos de uso humano, así como las formas galénicas, fórmulas magistrales y preparados oficinales”. Los productos sanitarios no figuran en el listado de productos a los que

aplica este tipo más reducido de IVA. En consecuencia, a los productos enumerados les es de aplicación el tipo general de IVA del 21%.

El órgano de contratación manifiesta que se debe a un error aritmético motivado por la errónea operativa en el aplicativo Excel. Dicho error no supone alteración ninguna de la licitación, al afectar al tipo de IVA aplicable no tiene consecuencia para el licitador, pero que procederá su rectificación.

Efectivamente, tal y como indica el órgano de contratación el error en el IVA aplicable no conlleva ninguna consecuencia para el licitador. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene declarado (Informe 7/2008, de 29 de septiembre) así como la Resolución nº 334/2014 del TACRC que *“la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo”*.

No obstante, para una mayor seguridad jurídica se debe rectificar el IVA aplicable que corresponda, tal y como manifiesta el órgano de contratación.

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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Laphysan, S.A.U. y de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parental Hospitalaria, contra los anuncios de licitación y los pliegos del contrato de *“suministro de fluidoterapia con*

gestión integral de logística para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente A-SUM-010215-2022.

Segundo.- Estimar los recursos interpuestos y en consecuencia anular los pliegos.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 6 de mayo de 2022.

Quinto.- 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.