

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2021.

VISTO el recurso en materia de contratación interpuesto por la representación de DANONE NUTRICIA, S.R.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del Acuerdo marco para la adquisición centralizada de 56 lotes de productos dietoterápicos para los Hospitales del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD y Centros Sociosanitarios de la Comunidad de Madrid, Número de expediente: AM.PA.SUM 05/2021 este Tribunal ha acordado,

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El 13 de septiembre de 2021 se publicó el anuncio de licitación del Acuerdo Marco en el Portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid . Se trata de un contrato de suministro con valor estimado de 29.961.441,70 euros

**Segundo.-** El 4 de octubre de 2021, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación en representación de la entidad citada , que impugna los Pliegos de

Cláusulas Administrativas Particulares fundado en los siguientes motivos: nulidad por inclusión de los centros sociosanitarios privados; insuficiencia de la justificación del presupuesto y falta de adecuación del mismo a los precios de mercado; nulidad de la convocatoria por inexistencia - entre los documentos preparatorios del contrato - del informe justificativo relativo a la idoneidad de los criterios de solvencia, criterios de valoración de las ofertas fijados en el pliego y fórmulas de ponderación de los criterios automáticos; la configuración de los lotes en que se divide el presente acuerdo marco restringe la competencia.

Tercero.- En fecha 14 de octubre de 2021 se recibe el informe y el expediente del órgano de contratación conforme al artículo 56.3 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 (en adelante 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Segundo.-** El recurrente se encuentra legitimado para comparecer e interponer el recurso por el objeto social de la empresa, “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso se interpuso en plazo conforme al artículo 50.1 de la LCSP

**Cuarto.-** La actuación es recurrible conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2. a) de la LCSP.

**Quinto.-** Motivos del recurso

A. Primer motivo del recurso: Nulidad de incluir dentro del Acuerdo marco a los centros sociosanitarios privados.

1. Alegaciones de Nutricia

Las mismas son sustancialmente coincidentes con las del recurso 473/2021 interpuesto por la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de productos de nutrición enteral ( AENE ).

Consideramos conveniente poner de manifiesto que, a juicio de esta parte, el SERMAS ha incluido indebidamente las necesidades de los centros sociosanitarios privados en el objeto del presente acuerdo marco, cuando no solamente no se encontraba habilitado legalmente para incluir dichas necesidades, sino cuando dicha inclusión vulnera frontalmente lo dispuesto en la normativa reguladora de la contratación centralizada del SERMAS.

La cláusula 1.1 del PCAP define el alcance del objeto del presente Acuerdo Marco comprendiendo a los centros sociosanitarios privados.

En el Anexo I se identifican estos centros privados, que ascienden a más de 400.

La cláusula 1.1 del PCAP, in fine, establece:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22, apartado 1, de la Ley 4/2012, la Central de Compras del Servicio Madrileño de Salud actuará en la adquisición de los bienes declarados de compra centralizada, cuya contratación se llevará a cabo mediante un Acuerdo Marco de conformidad con los artículos 219 a 222 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 2014/13/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”.

De conformidad con lo que se dispone en la referida cláusula, la Central de Compras del SERMAS abastecerá, no solo a los centros que dependen del mismo, sino a los centros privados identificados en el PPT y que no tienen ninguna relación de dependencia con el SERMAS.

Precisamente si acudimos al artículo 22 de la Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica, a que se remite la cláusula del PCAP citada, se constata fácilmente cuál es el ámbito de actuación de la central de compras del SERMAS, que se limita a sus centros y unidades dependientes. Así, según el apartado segundo de este artículo:

“Dos. Ámbito de actuación. La Central de Compras del Servicio Madrileño de Salud ejercerá sus funciones respecto de todos los centros y demás entes adscritos al Servicio Madrileño de Salud previstos en los apartados 1 y 2 de la disposición adicional primera del Decreto 23/2008, de 3 de abril, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud, así como de los entes públicos dependientes del Servicio Madrileño de Salud reflejados en la disposición adicional segunda del mismo decreto”.

La referencia al Decreto 23/2008 que realiza este precepto debe entenderse hecha al actual Decreto 308/2019, de 26 de noviembre, por el que se establece la estructura directiva del SERMAS, a que también alude la cláusula 1 del PCAP.

Además, la normativa en materia farmacéutica de la Comunidad de Madrid, en particular, el artículo 54 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, establece que los centros sociosanitarios podrán optar establecer servicios de farmacia o depósitos de medicamentos, quedando estos últimos bajo la responsabilidad de un farmacéutico. Estos centros son autónomos para determinar por qué sistema optan y, por lo tanto, el hecho de obligarles a adherirse a la Central de Compras del SERMAS iría en contra también de la ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid.

A nivel estatal se puede hacer referencia al Real Decreto-Ley 6/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones que, en su artículo 6, establece las medidas relativas a la atención farmacéutica, entre otros, a los centros sociosanitarios, indicando que, si disponen de 100 o más camas deberán contar con servicio de farmacia hospitalaria propio (o depósito con convenio con hospital de referencia), o si tienen menos de 100 camas deberán contar con un depósito de medicamentos.

Lo previsto en el acuerdo marco entendemos que también vulnera esta normativa.

Por tanto, no hay duda de que la Central de Compras del SERMAS no está habilitada legalmente para satisfacer las necesidades de centros sociosanitarios privados, lo que debe determinar también la nulidad del PCAP y del PPT, concurriendo el motivo previsto en la letra b) del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación

Existe orden de centralización de compra: Orden 15/2008, de 14 de enero, del Consejero de Sanidad, por la que se acuerda la uniformidad de determinados medicamentos y se declara de gestión centralizada su contratación.

Indicamos de nuevo que las adquisiciones las efectúa el SERMAS, a través de los centros designados para tal efecto y que se encuentran relacionados en el punto Ámbito subjetivo: UNIDADES Y CENTROS PARTICIPANTES EN EL ACUERDO MARCO de la cláusula 1ª del PCAP, y que establecerán los centros de destino (hospitales o centros socio sanitarios – fijados en los pliegos) de dichas adquisiciones (pedidos), procedimiento similar al de otros acuerdos marco vigentes en la actualidad, como el acuerdo marco para la adquisición de Absorbentes (AM PA SUM-24/2019).

Así se refleja en el Anexo I del PPT. PUNTOS DE DISTRIBUCIÓN. LISTADO DE CENTROS SOCIO SANITARIOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID se relacionan los CSS que no son de titularidad pública y como se especifica en el título son simplemente “puntos de distribución” en los que residen los pacientes del SERMAS.

Este Acuerdo Marco no contraviene lo establecido en la legislación autonómica en materia de ordenación y atención farmacéutica, puesto que no vulnera la capacidad de estos centros para establecer un servicio de farmacia propio o un depósito de medicamentos. Si no que, como se ha explicado en el punto anterior, las adquisiciones de los bienes del presente AM (incluidos en la prestación con productos dietéticos) las efectúa el SERMAS, a través de los centros designados para tal efecto.

Este Acuerdo Marco tampoco contraviene a lo establecido en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en cuanto a atención farmacéutica, si no que hace referencia a la prestación con productos dietéticos que según lo establecido en la: “Esta prestación se facilitará por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas

que reglamentariamente se establezcan por parte de las Administraciones sanitarias competentes” y por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización “El procedimiento para proporcionar los tratamientos dietoterápicos y la nutrición enteral domiciliaria, incluido el material fungible preciso para su administración, será establecido por las administraciones sanitarias con competencias en la gestión de esta prestación”

El SERMAS tiene la competencia para adquirir los productos dietoterápicos para todos los pacientes tanto ingresados en hospitales como institucionalizados en centros sociosanitarios, ya sean públicos o privados pues el gasto lo soporta de manera exclusiva el SERMAS.

### 3. Fundamentos del Tribunal

A juicio de este Tribunal la argumentación de DANONE confunde en gran parte las condiciones de la prestación farmacéutica con las propias de la prestación dietoterápica. Los productos dietéticos no son medicamentos ni forman parte de la prestación farmacéutica del sistema. Estos productos no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación 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.

Por ello no les concierne la exclusiva de dispensación de los medicamentos que corresponde a las oficinas de farmacia y los servicios de farmacia hospitalaria (artículo 3.6.). Y por la misma razón no afecta el Acuerdo marco a las competencias de los servicios de farmacia o depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios, pues estas competencias son sobre medicamentos.

Ya la Ley General de la Seguridad, Decreto 2065/1974 de 30 de mayo en su artículo 106 excluye de la prestación farmacéutica a los productos dietéticos. Y en el

107 distingue dos vías de dispensación de medicamentos: hospitalaria a los pacientes ingresados y adquisición en las oficinas de farmacia.

En el ámbito nacional, los productos alimenticios destinados a una alimentación especial fueron regulados mediante el Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la Elaboración, Circulación y Comercio de Preparados Alimenticios para Regímenes Dietéticos y/o Especiales. Dicho Real Decreto fue objeto de modificaciones para adaptar su contenido a lo dispuesto en las Directivas comunitarias que regulaban el Sector.

El Reglamento (UE) n ° 609/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013 , relativo a los alimentos destinados a los lactantes y niños de corta edad, los alimentos para usos médicos especiales y los sustitutivos de la dieta completa para el control de peso y por el que se derogan la Directiva 92/52/CEE del Consejo, las Directivas 96/8/CE, 1999/21/CE, 2006/125/CE y 2006/141/CE de la Comisión, la Directiva 2009/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n ° 41/2009 y (CE) n ° 953/2009 de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE, define los “«alimentos para usos médicos especiales» como “alimentos especialmente elaborados o formulados y destinados al manejo dietético de pacientes, incluidos los lactantes, bajo supervisión médica, es decir destinados a satisfacer total o parcialmente las necesidades alimenticias de los pacientes cuya capacidad para ingerir, digerir, absorber, metabolizar o excretar alimentos normales o determinados nutrientes o metabolitos de los mismos sea limitada, o deficiente, o esté alterada, o bien que necesiten otros nutrientes determinados clínicamente, cuyo manejo dietético no pueda efectuarse únicamente modificando la dieta normal”.

En el ámbito prestacional, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud, incluyó, entre las prestaciones complementarias, los tratamientos dietoterápicos y la nutrición enteral, claramente diferenciadas de la prestación farmacéutica (Anexo I.1. y 4).

Las Órdenes de 30 de abril de 1997 y de 2 de junio de 1998, de desarrollo del citado Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, dispusieron que el procedimiento para proporcionar dicha prestación a los usuarios se establecería por las administraciones sanitarias con competencias en la gestión de la misma. La Orden de 30 de abril de 1997 por la que se regulan los tratamientos dietoterápicos complejos afirma que el “procedimiento para suministrar los dietoterápicos complejos a que se refiere esta Orden será establecido por las Administraciones sanitarias con competencia en la gestión de esta prestación”. La Orden de 2 de junio de 1998 para la regulación de la nutrición enteral domiciliaria en el Sistema Nacional de Salud establece que “el procedimiento para proporcionar la nutrición enteral a la que se refieren los apartados anteriores, incluido el del material fungible preciso para su administración, será establecido por las Administraciones sanitarias con competencias en la gestión de esta prestación”.

Posteriormente, se publicó el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que establece en su Anexo VII sobre prestación de dietéticos que «El procedimiento para proporcionar los tratamientos dietoterápicos y la nutrición enteral domiciliaria, incluido el material fungible preciso para su administración, será establecido por las administraciones sanitarias con competencias en la gestión de esta prestación».

Esta última normativa, que derogó el citado Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, continúa dando a las administraciones sanitarias la potestad de establecer el procedimiento para proporcionar dicha prestación a los usuarios, a diferencia de lo que ocurre con la prestación farmacéutica (medicamentos y productos sanitarios) que se prescribe a pacientes externos, para la que existe la obligatoriedad de dispensarla a través de las oficinas de farmacia.

También, la normativa citada por el órgano de contratación distingue claramente la prestación farmacéutica de la prestación de productos dietoterápicos.

El Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre, por el que fijan las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la prestación con productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de sus importes máximos de financiación regula la oferta de estos productos en el Sistema Nacional de Salud, incluyendo entre otros requisitos su inclusión en el Registro General Sanitario de Alimentos. Son alimentos con indicaciones específicas en este registro. Solo son financiados con fondos afectos al Sistema Nacional de salud, los productos dietéticos inscritos en el Registro General Sanitario de Alimentos como alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales e incluidos en la Oferta ( artículo 2 Orden SPI/2958/2010, de 16 de noviembre, por la que se establece el procedimiento para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para la aplicación de los importes máximos de financiación ).

El Real Decreto regula el procedimiento para la fijación de los precios financiados de estos productos. El precio de oferta del producto dietético es el precio de venta de la empresa aceptado por el Sistema Nacional de Salud, y recogido en el nomenclátor de productos de esta naturaleza financiados por el Sistema, que es igual o inferior al importe máximo de financiación.

No teniendo la naturaleza de medicamentos ni formando parte de la prestación farmacéutica del Sistema decaen los argumentos que atañen a las oficinas de farmacia, los servicios farmacéuticos o a los depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios.

El artículo 6 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, refiere a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social y en los centros psiquiátricos, no haciendo mención alguna de los productos dietoterápicos.

Igualmente, la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid no concierne a la dispensación de este tipo de productos. Los servicios de farmacia y los depósitos de medicamentos conciernen a la atención farmacológica.

De estos productos no está circunscrita su dispensación a las oficinas y servicios farmacéuticos, como los medicamentos.

“El procedimiento para proporcionar los tratamientos dietoterápicos y la nutrición enteral domiciliaria, incluido el material fungible preciso para su administración, será establecido por las administraciones sanitarias con competencias en la gestión de esta prestación.” (Real Decreto 1030/2006 citado).

“3. Las Comunidades Autónomas, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), en sus respectivos ámbitos de gestión y a efectos de establecer los importes de facturación de las oficinas de farmacia o como referente máximo para la adquisición de productos dietéticos que faciliten a través de centros sanitarios a pacientes no ingresados, aplicarán los precios de oferta a los doce meses de la entrada en vigor de la presente orden, salvo para aquellos productos que, de acuerdo a lo señalado en el apartado 2, hayan solicitado la aplicación de los importes máximos en dos etapas, en cuyo caso a los doce meses se aplicará la cantidad aceptada en la primera etapa y seis meses después el precio de oferta” ( disposición final segunda Orden SPI/2958/2010, de 16 de noviembre ).

“Esta prestación se facilitará por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las Administraciones sanitarias competentes.” (artículo 18 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

El propio concierto vigente con el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Comunidad de Madrid diferencia la prestación de productos dietoterápicos de la de medicamentos, en las condiciones de dispensación y facturación.

El Acuerdo Marco no interfiere en competencias propias de las oficinas de farmacia, los depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios o de sus servicios de farmacia, no atañe a la organización de estos centros sociosanitarios, el desplazamiento en dispensación se produce las oficinas de farmacia a los centros sanitarios que hagan los pedidos en aplicación del Acuerdo Marco. No se adquieren los productos en nombre de los centros sociosanitarios privados.

Por otro lado, no se traspasan las competencias de la Central de compras del Sermas, en cuanto los receptores y peticionarios de los productos dietéticos son los centros hospitalarios del mismo, que los facilitan a pacientes no ingresados en ellos, de los centros sociosanitarios. Estos productos se han declarado de adquisición centralizado, con independencia del título de la Orden que lo ampare

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

B. Segundo motivo del recurso: la justificación presupuestaria del Acuerdo marco es insuficiente y no atiende a precios de mercado

1. Alegaciones de Nutricia

Estas alegaciones son similares a las de AENE del recurso 473/2021.

El artículo 100 de la LCSP define qué se entiende por presupuesto base de licitación y qué reglas deberán de tener en cuenta los órganos de contratación a la hora de elaborarlo.

Del referido precepto se desprende que son dos las principales reglas que se deben de tener en cuenta para la determinación del presupuesto base de licitación del contrato:

1. El presupuesto base de licitación debe adecuarse a los precios del mercado
2. El presupuesto base de licitación deberá desglosarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación, indicando los costes directos, costes indirectos y otros gastos eventuales calculados para su determinación.

El órgano de contratación ha incumplido claramente dichas obligaciones, siendo, probablemente, que el incumplimiento de la segunda ha supuesto el motivo de incumplir la primera, esto es, la de velar para que el presupuesto adecuado a los precios del mercado. Y pasamos a explicarnos

Inexistencia de desglose del presupuesto base de licitación en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación, indicando los costes directos, costes indirectos y otros gastos eventuales calculados para su determinación.

El presupuesto base de licitación no resulta adecuado a los precios del mercado.

Considera mi representada que el presupuesto de licitación no ha sido determinado de conformidad con los precios del mercado, y ello por cuanto el órgano de contratación no ha tenido en cuenta los costes en que debía de haber constado desglosado dicho presupuesto, entre los que se encuentran los costes de transporte o logísticos.

Prueba de la falta de adecuación del presupuesto base de licitación del acuerdo marco a los precios del mercado es que los precios unitarios fijados en el PCAP son idénticos a los precios que se contemplaron en la licitación anterior, y que además únicamente incluía en su ámbito subjetivo a los centros sanitarios dependientes del SERMAS y a las residencias de titularidad pública. Es decir, son los mismos precios que se previeron en el marco de una licitación con un alcance mucho más limitado y con menores costes asociados.

A pesar de que el ámbito subjetivo del actual Acuerdo Marco se ha extendido de manera muy significativa a la totalidad de los centros sociosanitarios, tanto públicos como privados, ubicados en la Comunidad de Madrid (25 centros, frente a los actuales más de 400 centros) y de que han transcurrido más de cuatro años desde la licitación anterior, los precios unitarios de los productos a suministrar se han mantenido invariables.

En efecto, la inclusión de los centros sociosanitarios privados implica que los adjudicatarios deberán suministrar los productos sanitarios a más de 400 centros repartidos por toda la Comunidad de Madrid. Esto provocará, inevitablemente, un claro incremento de los costes logísticos que, como ya hemos puesto de manifiesto antes, no se encuentran desglosados en el PCAP. Pero el problema principal no es que no se encuentren desglosados, es que ni siquiera se encuentran incluidos.

A nivel de costes también hay que tener en cuenta que ni el PCAP ni el PPT establecen la obligación de que los pedidos que efectúen los distintos centros destinatarios hayan de incluir un número mínimo de productos para que puedan ser cursados.

Teniendo en cuenta el gran número de centros beneficiarios de este acuerdo marco, su dispersión por el territorio y el hecho de que muchos de ellos harán, previsiblemente, y debido a sus dimensiones, pedidos de pocas unidades, los costes

logísticos se dispararán y, pese a ello, dichos costes ni siquiera han sido incluidos en el precio.

A todo ello hay que añadir que dos representantes de DANONE NUTRICIA, S.R.L. acudieron a las oficinas de la Subdirección General de Contratación del Servicio Madrileño de Salud para acceder al expediente de contratación y comprobar si obraba en el mismo algún informe o documentación preparatoria del expediente donde constara dicho desglose del presupuesto base de licitación, habiendo podido constatar que el mismo no constaba en ninguno de los documentos a los que tuvieron acceso y que, a fin de cuentas, coincidían con los que ya constan publicados en la plataforma de contratación del SERMAS.

### 3. Alegaciones del órgano de contratación

Según el órgano de contratación, el presupuesto base de licitación del AM y adecuación del mismo al precio general del mercado queda justificado en la “memoria económica para la para la adquisición centralizada, mediante acuerdo marco, de 56 lotes de productos dietoterápicos para hospitales del servicio madrileño de salud y centros sociosanitarios de la Comunidad de Madrid” con fecha 23 abril 2021 y a la cual han tenido acceso todos los licitadores que así lo han solicitado.

En esta memoria se detallan claramente los criterios seguidos para establecer los precios de licitación: “en lo que respecta a los precios de licitación, y con el fin de tener un número suficiente de proveedores de estos productos en todos los lotes, se ha establecido como precio de licitación los precios máximos de adjudicación del expediente anterior”.

En la memoria económica de este Acuerdo Marco, también se detalla “en los casos de los lotes que no estaban contemplados en el anterior expediente (3,10,24,25,28, 31,38,52,53,56), el precio de licitación para cada lote se ha establecido de acuerdo al precio que los proveedores están ofertando a los centros hospitalarios

dependientes del SERMAS compensándolo con el precio oficial al que adquieren las centros de atención social, siendo el resultado la aplicación de un descuento del 40% sobre el precio oficial (importe máximo de financiación) publicado en el Nomenclátor Oficial de Dietoterápicos). Este mismo criterio es el que se estableció para definir el precio de licitación en el AM SUM-10/2017, en el que todos los licitadores pudieron ofertar e incluso mejorar el precio.

También se especifica la forma de calcular el número de unidades a adquirir. Para los lotes con suministro hospital se han tenido en cuenta el consumo de los mismos. Para los centros sociosanitarios públicos los de la anterior licitación y para los privados una estimación aplicación al consumo de los públicos, la población residente de los privados.

En la memoria queda justificado el precio del Acuerdo Marco y la estimación del presupuesto base de licitación del Contrato.

En relación al desglose de costes directos e indirectos, la memoria citada detalla que “El precio de cada producto se cumplimentará como precio final, es decir, que ya incluirá todos los gastos del embalaje, transporte, seguros, impuestos, tributos.”. Se trata de un contrato de un suministro, en el que el coste de la adquisición es un coste directo.

El desglose de dichos costes directos e indirectos que tiene cada empresa en relación con ese producto, son desconocidos para el órgano de contratación, y presumiblemente variables en función de su organización, su nivel de desarrollo tecnológico, o de que sean fabricantes o simples distribuidoras.

En definitiva, la compra el producto, para el SERMAS supone un coste directo, y así lo ha entendido la Intervención General con la fiscalización previa favorable de todos los contratos de suministro de contratación.

Y el establecimiento de los precios, como ya indicamos en apartado anterior, provienen en su gran mayoría del anterior acuerdo marco, vigente en la actualidad: “en lo que respecta a los precios de licitación, y con el fin de tener un número suficiente de proveedores de estos productos en todos los lotes, se ha establecido como precio de licitación los precios máximos de adjudicación del expediente anterior”, siendo en la mayoría de los casos muy superiores a los precios de adquisición reales en este acuerdo marco (precio de adjudicación del primer adjudicatario de cada lote), solo igualan en el caso de lotes que en el anterior acuerdo marco tuvieron un único adjudicatario. La coincidencia con los precios de licitación de ambos expedientes es debido a este motivo, la existencia de licitadores que presentaron ofertas a precio de licitación y resultaron adjudicatarios. La mayoría de los lotes, existe un el gran diferencial entre los precios de adjudicación del primer adjudicatario y los precios de licitación del actual expediente, al fijarse sobre precios máximos del anterior.

En cuanto al coste logístico, el órgano promotor, en base a la experiencia previa del AM anterior y el estudio de mercado realizado, entiende que los criterios mantenidos para establecer los precios de licitación hacen que sea razonable que dichos precios incluyan los gastos del embalaje, transporte, seguros, impuestos y tributos.

Así mismo, el hecho de que el ámbito subjetivo del Acuerdo Marco se haya extendido a la totalidad de los centros sociosanitarios, tanto públicos como privados, ubicados en la Comunidad de Madrid, supone para los proveedores un mayor volumen de venta que en AM anterior, que junto con el incremento en los precios (anteriormente expuestos) pueda garantizar la cobertura de los gastos de distribución e incluso facilita la posibilidad de mejorar sus ofertas con respecto al expediente anterior.

Con respecto a que en el PCAP tampoco establece la obligación de que los pedidos que efectúen los distintos centros destinatarios hayan de incluir un número mínimo de productos para que puedan ser suministrados, el apartado 21 de la cláusula 1 del PCAP, se establece que “en ningún caso los adjudicatarios podrán imponer

ninguna exigencia en cuanto a solicitudes de pedidos mínimos, ni en importe, ni en número de unidades”. Este requisito se ha establecido con el objetivo de favorecer la continuidad asistencial garantizando que a cada paciente se le suministre el producto que mejor se adapte a sus necesidades clínicas independientemente del número de unidades necesarias a adquirir para ello. Este requisito ya se estableció en el AM SUM-10/2017.

La unidad de contratación consideramos que el coste logístico de este requisito, de nuevo, se ve compensado con el volumen de venta del proveedor y el diferencial el diferencial entre el precio de licitación y el precio del primer adjudicatario del AM anterior (reflejado en la tabla 1).

#### 4. Fundamentos del Tribunal

A juicio de este Tribunal, las exigencias en cuanto a la justificación de la fijación del presupuesto de licitación se entienden cumplidas en la memoria económica, obrante en el expediente administrativo remitido a este Tribunal. Fundamentalmente, esta memoria parte de una experiencia previa: el Acuerdo marco vigente desde 2018, con la excepción de los centros sociosanitarios privados, no comprendidos en la anterior licitación.

Es sobre la misma que se establecen las previsiones de consumo del presente Acuerdo Marco, con el cálculo estimativo sobre la población protegida nueva que se suma al presente.

Y los precios se establecen sobre los máximos de adjudicación del anterior, con la particularidad arriba transcrita sobre los lotes no contemplados en el Acuerdo Marco anterior.

En esta memoria se detalla la fuente del precio de licitación de cada uno de los 56 lotes del presente Acuerdo Marco.

Igualmente se detalla el consumo anual estimado y los precios unitarios de licitación de cada uno de los lotes.

Y se afirma que el precio de cada producto se cumplimentará como precio final, es decir, que ya incluirá todos los gastos del embalaje, transporte, seguros, impuestos, tributos.

Esta información no se publicó en el perfil del contratante, pero es accesible para los licitadores que soliciten acceso a la misma.

Si se publican los precios y estimaciones de consumo para cada lote. Así, por ejemplo y a título ilustrativo, para el lote 47 se prevé la adquisición de 324.135.180 unidades en el bienio a un precio unitario de licitación de 0,0065 euros.

Por otra parte, los licitadores pueden ser adjudicatarios de los 56 lotes, siempre que para cada uno de ellos existen 5 o menos licitadores, disminuido en -1 por cada lote de superar esa cantidad.

En estas condiciones de desagregación de la licitación parece irrazonable requerir un mayor grado de detalle de costes, directos e indirectos.

Tal y como consta en la memoria el precio incluye todos los gastos y se establece en base a precios unitarios por unidades de entrega de los suministros, según fija el artículo 102.4 de la LCSP. No siendo posible una desagregación entre costes directos e indirectos, que el órgano proponente desconoce.

Tal y como acuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 84/2019 de 1 de febrero, precio del contrato y desglose del presupuesto son dos conceptos asociados, no siendo exigible en el contrato de suministro el desglose de costes propio de un contrato de servicios:

“El segundo de los fundamentos del recurso estima que el apartado 4.3 del PCAP infringe el artículo 100.2 de la LCSP, toda vez que no toma en consideración todos los costes directos, indirectos y otros gastos que lleva aparejada la ejecución de las prestaciones impuestas al contratista. Abbott estima que el PCAP debería desglosar los costes.

El artículo 100.2 de la LCSP prevé que: “2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

El PCAP no ha realizado este desglose, indicando que el Presupuesto “no es susceptible de desglose”, y que el mismo se ha realizado en base a los precios fijados por los mismos fabricantes. Es cierto que como hemos dicho en resoluciones pasadas (1153/2018), el artículo 100.2 de la LCSP no distingue, a efectos de exigir el desglose de los costes directos, indirectos y otros gastos, en función del tipo de contrato de que se trate, pero no es menos cierto que dicho artículo, relativo al presupuesto base de licitación, debe ponerse en conexión con el artículo 102 que se refiere al precio del contrato; precio que debe resultar de un presupuesto base de licitación suficiente, por ajustarse a l Pues bien, poniendo en conexión estos artículos, que son las dos caras de la misma moneda, resulta que el mencionado desglose puede tener sentido en los contratos de servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales (artículo 102.3. párrafo segundo), de modo que sea posible verificar que el presupuesto es suficiente para cubrir los mencionados costes laborales, y otros necesarios para la correcta prestación del servicio.

En cambio, no se considera que este desglose sea necesario en los contratos de suministro, en los que el precio de mercado debe determinarse en función de los precios que los bienes muebles a adquirir suelen tener en el mercado, ni en los contratos de obras, en los que existe un proyecto que debe contener, por exigirlo así el artículo 233.1.d) de la LCSP, “un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración”. Tampoco en los contratos de concesión de servicios, en los que debe existir un específico estudio de viabilidad, o de viabilidad económico-financiera (artículo 285.2 de la LCSP).

En el presente caso, el órgano de contratación ha fijado el precio de este contrato de suministro teniendo en cuenta “los fijados por los propios fabricantes, los cuales subsumen en el mismo las otras prestaciones consustanciales y accesorias”.

Por tanto, no se estima la pretensión del recurrente de que el órgano de contratación haya omitido en su cálculo alguno de los costes que denuncia”.

La no obligación de diferenciar entre costes directos e indirectos o desglosar los costes en este tipo de contratos se ha afirmado taxativamente por este Tribunal, entre otras en Recurso nº 420/2018 de 9 de enero de 2019:

“Mención especial merece el contrato de suministros, donde no existe un coste de personal directamente vinculado al objeto del contrato y donde los costes directos e indirectos son difícilmente determinables. Indeterminación que se hace más evidente en los múltiples casos en que el licitador no es el productor sino un distribuidor”.

Se advierte que en el caso de los suministros no existe razón de protección de derechos sociales que justifiquen el desglose de costes directos e indirectos, es más, la distinción podría atentar con el principio de secreto mercantil, por lo que se considera que en el caso de los suministros el desglose del precio no ha de ser

obligatorio para el órgano de contratación, quien podrá optar por su desglose o por su tratamiento unificado.

Por todo ello se desestima el recurso en base al no desglose del precio en costes directos e indirectos.

Habiendo fijado al detalle el precio unitario de cada lote y su presupuesto, siendo el mismo conforme al precio de mercado por la licitación precedente, no se estima exigible el desglose de costes que se pretende por el recurrente.

Por otro lado, la explicación sobre los costes logísticos parece razonable: por economías de escala al incrementarse el suministro disminuye el coste de producción, compensando mayores costes derivados de entrega.

Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo del recurso.

C. Tercer motivo del recurso: Nulidad de la convocatoria del exp. am pa sum 05/2021, por inexistencia entre los documentos preparatorios del contrato del informe justificativo relativo a la idoneidad de los criterios de solvencia, criterios de valoración de las ofertas fijados en el pliego y fórmulas de ponderación de los criterios automáticos.

#### 1 .- Alegaciones de Nutricia

No existe en los pliegos, ni en ningún otro documento publicado en el perfil de contratante de SERMAS, la más mínima justificación acerca de la selección de los criterios de solvencia fijados en apartado 5 del a Cláusula 1 del PCAP, ni de los criterios de adjudicación previstos en apartado 6 de dicha Cláusula 1 del pliego.

Según ha podido comprobar esta representación durante la vista al expediente que nos fue concedida el pasado 1 de octubre, tampoco existe en el expediente ningún

documento ni informe en el que se justifiquen, entre otros aspectos, los criterios de solvencia y de valoración de ofertas que serán tenidos en cuenta para la adjudicación del contrato, respondiendo así a la exigencia general del derecho administrativo de motivar todo acto discrecional.

La falta de justificación y motivación de los criterios de solvencia y de adjudicación imposibilita determinar y examinar si dichos criterios de ajustan a la legalidad, esto es, si están vinculado al objeto del contrato, son objetivos y garantiza la igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no confiere al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. En el caso que nos ocupa, pese a existir determinados documentos, esta justificación y motivación es absolutamente inexistente.

De la lectura de los pliegos y documentos que conforman el expediente que aquí nos ocupa se constata la absoluta ausencia de la más mínima justificación y motivación acerca de la selección de las fórmulas de valoración de las ofertas económicas.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación

La justificación se encuentra en la memoria justificativa de los criterios de adjudicación aplicados al procedimiento de adquisición centralizada, mediante acuerdo marco, de 56 lotes de productos dietoterápicos para hospitales del servicio madrileño de salud y centros sociosanitarios de la Comunidad de Madrid, al que tuvieron acceso todos los licitadores que así lo solicitaron. En este informe se recoge “justificación de los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, así como de las condiciones especiales de ejecución”.

En el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP están detallados los criterios de adjudicación y su ponderación, y en la memoria justificativa de los criterios de adjudicación aplicados al procedimiento de adquisición centralizada, mediante

acuerdo marco, de 56 lotes de productos dietoterápicos para hospitales del servicio madrileño de salud y centros sociosanitarios de la Comunidad de Madrid se encuentra explicada la justificación de selección de criterios de adjudicación

Todos los criterios técnicos de valoración recogidos en este AM ya se incluyeron en el anterior AM SUM-10/2017 y fueron consensuados por un grupo de trabajo multidisciplinar en el que participaban, entre otros, endocrinos, farmacéuticos y expertos en nutrición.

No obstante, se han incluido nuevos criterios como son: (...)

Tanto los criterios de solvencia económica, financiera y técnica, como los criterios de selección están debidamente justificados en la “memoria justificativa de los criterios de adjudicación aplicados al procedimiento de adquisición centralizada, mediante acuerdo marco, de 56 lotes de productos dietoterápicos para hospitales del Servicio Madrileño de Salud y centros sociosanitarios de la Comunidad de Madrid “, que obra en el expediente y que fue revisado por la empresa recurrente en el acto de vista del expediente el pasado 1 de octubre del presente mes, por lo que la empresa Nutricia tuvo acceso a esta memoria justificativa a la que hacemos referencia.

### 3.- Fundamentos del Tribunal

Este Tribunal comprueba en el expediente remitido al mismo por el órgano de contratación, la existencia de la “MEMORIA JUSTIFICATIVA” citada de 8 de julio de 2021, donde exhaustivamente se desarrollan estos epígrafes:

#### . VALORACIÓN DE CRITERIOS

CRITERIO ECONÓMICO (valoración fórmula económica)

CRITERIOS TÉCNICOS

El cumplimiento de las características y calidad técnica se efectuará de acuerdo con los siguientes criterios asignación automática de puntos en la siguiente forma: (...)

Dentro de los Criterios Técnicos, se contemplan aquellos cuya cuantificación son evaluables por aplicación de formula y que se relacionan a continuación: ( se especifican los criterios para cada lote )

## JUSTIFICACIÓN DE SELECCIÓN DE CRITERIOS

### EXPLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN APLICADA

PREASIGNACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO, RESTRINGIDO, CON NEGOCIACIÓN:

JUSTIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL, Y ECONÓMICA Y FINANCIERA, ASÍ COMO DE LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.

A juicio del Tribunal tanto la justificación de los criterios de adjudicación como de solvencia existe y el recurrente, que ha tenido acceso al expediente, ha podido conocerla.

Se da cumplimiento al artículo 116.4 de la LCSP, que obliga a incluir en el expediente de contratación la justificación de “los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”.

Y como dijimos en Resolución 7/2021 de 12 de enero:

“Se recuerda al Órgano de contratación la obligatoriedad de la publicación de todos los documentos que indica el artículo 63.3 de la LCSP, concurriendo en este caso, la circunstancia de que la memoria económica es uno de los documentos más trascendentes en esta licitación, y que la documentación que expresamente recoge

el citado artículo tiene el carácter de mínima, como se plasma en la acepción empleada por el legislador de “al menos”, por lo que en atención a garantizar el fomento de la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato que se desprende del texto de la LCSP, es conveniente publicar todos aquellos documentos que faciliten la presentación de ofertas correctas a los licitadores. No obstante lo anteriormente referido, en el caso de que los potenciales licitadores consideren insuficientes u oscuras algunas cláusulas de los pliegos de condiciones, el artículo 138 de la LCSP establece un procedimiento de información, que pretende clarificar los extremos de la contratación sin necesidad de llegar a la impugnación de los pliegos de condiciones e incluso de todo el procedimiento de contratación, trámite que no ha sido utilizado por la asociación recurrente.

Por todo ello queda acreditado que el expediente de contratación contiene todas las memorias e informes requeridos legalmente y algún otro que el propio órgano ha considerado de interés, desestimándose el recurso en base a este motivo”.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

D.- Cuarto motivo del recurso: la configuración de los lotes en que se divide el presente acuerdo marco restringe la competencia

#### 1. Alegaciones de Nutricia

Otro motivo que justifica la presentación del presente recurso especial en materia de contratación es la restrictiva configuración de los lotes en que se divide el presente acuerdo marco.

En este sentido, y para contextualizar esta alegación, hay que poner de manifiesto que el acuerdo marco se divide en 56 lotes. La descripción de 52 de estos 56 lotes coincide con la que figura en el Nomenclátor de productos dietéticos

financiados por el Sistema Nacional de Salud, excepto en el caso de cuatro lotes, donde a esa descripción se añade, de forma totalmente injustificada, lo siguiente:

“Contenido exclusivo goma guar parcialmente hidrolizada”

Teniendo en cuenta que esta exigencia, como se verá, podía resultar claramente restrictiva, se solicitó al órgano de contratación que aclarara por qué motivo se incluyó la necesidad de que estos productos incluyeran goma guar. En respuesta a esta petición, se indicó por correo electrónico a DANONE NUTRICIA que (ver correo electrónico aportado como Documento núm. 2):

“se añadió que, según el informe justificativo de la necesidad:

“las solicitudes de nuevos productos por parte de los profesionales del SERMAS y de los centros sociosanitarios, avalados por la evidencia científica han justificado que en este nuevo acuerdo marco se hayan introducido, nuevos lotes como los de contenido exclusivo en fibra goma guar parcialmente hidrolizada” entre otros”.

Al incluirse de forma injustificada la exigencia de “guar” en 4 lotes, a dos de ellos según el Nomenclato de Productos Dietéticos solo pueden concurrir 2 licitadores por cumplir la exigencia a otros dos, uno.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación

En la memoria justificativa de los criterios de adjudicación aplicados al procedimiento de adquisición centralizada, mediante acuerdo marco, de 56 lotes de productos dietoterápicos para hospitales del servicio madrileño de salud y centros sociosanitarios de la Comunidad de Madrid, se explican los criterios de la división en lotes.

Los nuevos lotes se han incluido por necesidades terapéuticas, a indicación de sociedades científicas tras el Acuerdo marco anterior, y aunque existan dos lotes nuevos con solo un licitador posible, no se hizo con intención alguna de limitar la concurrencia, sino por necesidades terapéuticas.

### 3. Fundamentos del Tribunal.

A juicio del Tribunal corresponde al órgano de contratación la determinación de los lotes que constituyan el objeto de la licitación (artículos 98 y 28 de la LCSP) tal y como reiteradamente hemos manifestado.

De los 56 lotes, 52 corresponden al Nomenclator Oficial para la dispensación de Productos Dietéticos no poniéndose en cuestión y 4 son novedosos en cuanto a su composición, encontrándose justificada su inclusión por razones terapéuticas.

La división en lotes se encuentra justificada en la Memoria tantas veces citada. Procede desestimar este motivo del recurso.

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 de DANONE NUTRICIA, S.R.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del Acuerdo marco para la adquisición centralizada de 56 lotes de productos dietoterápicos para los Hospitales del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD y Centros Sociosanitarios de la Comunidad de Madrid , Número de expediente: AM.PA.SUM 05/2021.

**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.-** 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.