

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.K., Presidente de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria (FARMAFLUID), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato mixto de suministro para la adquisición de productos de fluidoterapia y de servicios para la gestión integral de su aprovisionamiento en el Hospital 12 de Octubre, número de expte.: P.A. 2016-0-121, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 25 de mayo de 2016, de la Dirección Gerencia del Hospital 12 de Octubre se convocó procedimiento abierto para la adjudicación del contrato mencionado, mediante pluralidad de criterios. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE, en el BOE y en el BOCM de fechas 25 de mayo, 11 de junio y 6 de junio respectivamente.

El 10 de junio de 2016 tuvo entrada recurso especial en materia de

contratación, formulado por la representación FARMAFLUID. El recurso fue resuelto el 23 de junio, estimándolo parcialmente, anulando el procedimiento de adjudicación.

Mediante Resolución de 5 de julio de 2016, de la Dirección Gerencia del Hospital 12 de Octubre, se convocó de nuevo procedimiento abierto para la adjudicación del contrato mencionado en el encabezamiento, mediante pluralidad de criterios. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE, en el BOE y en el BOCM de fechas 6 de julio, 21 de julio y 12 de julio respectivamente. El valor estimado asciende a 3.240.384,55 euros.

Segundo.- El 29 de julio de 2016 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación FARMAFLUID en el que entiende que no siendo lícito que los laboratorios farmacéuticos entreguen directamente los medicamentos a profesionales sanitarios distintos de los responsables del servicio de farmacia y en unidades asistenciales distintas del servicio de farmacia del hospital, los pliegos que rigen el expediente de contratación que nos ocupa no pueden imponer al adjudicatario el suministro y entrega del medicamento en condiciones que violan la legalidad vigente. Asimismo entiende que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (en adelante PCAP y PPT respectivamente) y resto de documentación reguladora de la licitación son contrarios a los intereses generales de sus miembros, al establecer la obligación de entrega del medicamento directamente en dependencias no autorizadas por la ley y establecer como criterio de adjudicación el ofrecimiento de tal ilícita conducta, concediendo así una ventaja competitiva injustificada e ilícita a los licitadores que se avengan a ofrecer la entrega de los sueros con infracción de lo dispuesto en la normativa respecto de aquellos licitadores que no quieran infringir la normativa y no hagan tal ofrecimiento.

Finalmente solicita que se *“declare (i) la anulabilidad de todas las cláusulas del PCAP y del PPT identificadas en el cuerpo del presente escrito de recurso por las que se exige, como un criterio de valoración de la oferta o como una condición*

de la ejecución del contrato por parte del adjudicatario, la entrega directa de los productos de fluidoterapia objeto de la licitación en unidades asistenciales del Hospital 12 de Octubre distintas a la unidad asistencial de Farmacia, y (ii) declare la anulabilidad de la cláusula 3 del PPT que agrupa en un lote único trece productos de fluidoterapia y exige como característica técnica para todos los trece productos su presentación en bolsa de plástico flexible, todo ello con fundamento en que dichas cláusulas son contrarias al ordenamiento jurídico y por lo tanto inválidas y anulables conforme a lo dispuesto en los artículos 31 y 33 del TRLCSP”.

Tercero.- El 3 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. No se ha formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación activa para la interposición del recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.*

La legitimación de una asociación para representar los intereses de sus asociados ante los tribunales ha sido reconocida de forma reiterada por la jurisprudencia y por la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, sobre la legitimación activa de las Asociaciones, el artículo 24.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre establece que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.

El reconocimiento de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

El suministro de productos de fluidoterapia es una actividad que ejercen los asociados de FARMAFLUID, por lo que éstos ostentan un interés directo en la licitación convocada por el Hospital 12 de Octubre. FARMAFLUID representa en el ámbito nacional a la industria fabricante y comercializadora de medicamentos y productos sanitarios destinados a fluidoterapia y nutrición parenteral (artículo 10 de los Estatutos de la Asociación), y tiene entre sus fines representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los campos económico, profesional, social, tecnológico y comercial frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos públicos o privados, españoles o extranjeros, a las

Administraciones Públicas y las organizaciones profesionales (artículo 7 de sus Estatutos).

La interposición del presente recurso especial en materia de contratación supone el ejercicio por parte de FARMAFLUID de los fines estatutarios de la asociación. En defensa del interés colectivo del sector, puede impugnar unos pliegos de suministro de medicamentos de fluidoterapia sobre la base de considerar algunas de sus cláusulas ilegales y contrarias a los intereses de sus asociados.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso y se ha aportado Acta de la reunión de la Junta Directiva acordando la interposición del recurso.

Tercero.- El artículo 44.2.a) del TRLCSP dispone que:

“a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

El citado artículo 158 establece que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”.*

El desarrollo reglamentario contenido en el artículo 19.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece en cuanto al

plazo de recurso contra los pliegos, que “*el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido*”. El apartado 1 del citado artículo, relativo al plazo de interposición del recurso contra el anuncio de licitación, indica que el plazo comenzará a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la ley no exija que se difunda por este medio.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011, se pronuncia por la interpretación del *dies a quo* en el sentido de que el pliego se puso a disposición de los licitadores desde el día de publicación de los anuncios, fecha a partir de la cual el pliego se pudo recoger en las oficinas según se hace constar en los mismos; que la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo y no de un hecho aleatorio cuál es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los pliegos; que la eficacia de los pliegos no puede depender de que la parte quiera o no conocerlos; y por último que el plazo de interposición del recurso es improrrogable y materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio.

En consecuencia, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos es el día en que se haya publicado la convocatoria en el DOUE cuando en ella se indique dónde se pueden obtener los mismos, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios, si se pone a disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos los pliegos y su documentación complementaria. En este caso la convocatoria fue publicada el 6 de julio en el DOUE, por lo que, en principio

el plazo finalizaría el 23 del mismo mes. No obstante los pliegos ni consta que se le hubieran entregado con anterioridad, ni estaban a disposición de los interesados hasta el 12 de julio en que fueron publicados en el perfil de contratante. En consecuencia, la concurrencia de ambos requisitos (publicidad y puesta a disposición) se produce el 12 de julio y debe concluirse que el recurso se interpone dentro del plazo de los quince días hábiles que establece el artículo 42.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato mixto de suministro y de servicios, cuyo mayor importe desde el punto de vista económico es el de suministro debiendo calificarse a efectos de tramitación y recurso como sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), al definir en su cláusula 1 las características del contrato objeto de la licitación, lo califica como un contrato mixto que contiene prestaciones correspondientes tanto al contrato de suministro como al contrato de servicios. Mediante el contrato de suministro el órgano de contratación pretende la adquisición de los productos de fluidoterapia y por medio el contrato de servicios pretende contratar la gestión integral del aprovisionamiento en el hospital de los productos de fluidoterapia previamente adquiridos.

Entre los criterios técnicos de adjudicación figura *“criterio 1. Gestión de los sueros, del transporte, recursos materiales, técnicos y humanos de que se dispone para la realización del servicio. Hasta 20 puntos”*. Será de aplicación la siguiente ponderación en la valoración de los criterios técnicos establecidos en el punto 8.2:

“Criterio1: las ofertas que presenten un servicio completo de almacenamiento, preparación de los pedidos distribución y entrega en la Unidades Asistenciales del Hospital especificando los recursos materiales, técnicos y humanos implicados en el

proceso, obtendrán la máxima puntuación en este apartado, valorándose a cero si no se prestase alguno de dichos servicios”.

Señala la Asociación recurrente que el criterio será valorado con cero puntos si la proposición presentada por el licitador no ofrece la entrega directa en las Unidades Asistenciales del Hospital 12 de Octubre, lo que equivale a imponer la oferta de la entrega directa a la unidades asistenciales, pues de lo contrario el licitador perderá 20 puntos sobre un máximo de 100, lo que prácticamente equivale a la imposibilidad de resultar adjudicatario del contrato.

El apartado 9 del cuadro de Características del Contrato enumera la documentación técnica a presentar en relación a los criterios objetivos de adjudicación:

“Los licitadores deberán presentar un proyecto que incluya lo siguiente:

- *Gestión de los sueros: almacenamiento, preparación de los pedidos y entrega del producto en las Unidades asistenciales del Hospital.*
- *Gestión del transporte: transporte desde al almacén externo del Hospital, y distribución a la Unidades asistenciales del Hospital.*
- *Recursos materiales, humanos y técnicos de que dispone la Empresa para la ejecución del servicio”.*

El PPT, en su ordinal 4 *“descripción del modelo de gestión integral del aprovisionamiento del Hospital”*, describe el modelo de gestión integral de aprovisionamiento, e indica expresamente que las empresas licitadoras deberán desarrollar una oferta atendiendo, entre otras, a las siguientes indicaciones:

“b) Traslado, a su costa, de los sueros desde las instalaciones del adjudicatario, a las distintas unidades del Hospital.

c) Gestión de los movimientos, trazabilidad de los productos, entrega en el Servicio de Farmacia de albaranes valorados en los que conste el lote y la caducidad de los

productos entregados en las unidades del Hospital.

(...).

e) Distribución y colocación de los productos en los almacenes de las unidades del Hospital, o en los lugares que se les indique por parte de los responsables de la distintas unidades del Hospital”.

También el PPT establece en relación al contenido del servicio en el punto 4 que *“el Servicio de Farmacia del Hospital, remitirá diariamente a la empresa adjudicataria, siguiendo el calendario establecido para la distribución en las distintas Unidades del Hospital, relación de los materiales que debe hacer entrega, con un plazo previo de 48 horas a dicha entrega. Una vez realizada la misma, y con el conforme firmado por el responsable de cada Unidad, se entregará en el Servicio de Farmacia del Hospital, un documento/albarán en el que consten las entregas realizadas ese día, con el detalle que se determinará por el Servicio de Farmacia”.*

Asimismo el PPT, entre las condiciones de entrega, establece que *“se realizará de acuerdo con las programaciones recogidas en el calendario que establecerá el Servicio de Farmacia y se efectuará en el lugar que disponga el mencionado Servicio. Ello incluye la entrega directa en aquellas unidades que el Servicio de Farmacia determine”.*

Las Unidades asistenciales del Hospital 12 de Octubre donde el adjudicatario deberá efectuar la entrega directa del medicamento son todas aquellas relacionadas en el Anexo I del PPT.

Al efecto expone la recurrente que el PPT exige a las empresas licitadoras que desarrollen una oferta en la que se contemple no solo la entrega directa de los sueros desde sus instalaciones a las distintas Unidades del Hospital, sino también la distribución y colocación de aquellos donde les indiquen los responsables de las distintas Unidades asistenciales del mismo. Las Unidades asistenciales del Hospital

donde el adjudicatario deberá entregar directamente los sueros, no son necesariamente el Servicio de Farmacia.

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, en su Anexo II, define el Servicio de Farmacia del siguiente modo:

“U.83 Farmacia: unidad asistencial que, bajo la responsabilidad de un farmacéutico, o farmacéutico especialista en Farmacia hospitalaria en el caso de hospitales, lleva a cabo la selección, adquisición, conservación, dispensación, preparación, seguimiento e información sobre los medicamentos a utilizar en el centro y aquellos que requieren una especial vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de salud”.

Concluye la recurrente que cuando los pliegos hacen referencia a la entrega directa de los sueros en las distintas unidades asistenciales del Hospital, se están refiriendo a las indicadas en el Anexo I del PPT que no son precisamente la Unidad asistencial de Farmacia, sino otras, y que nada tienen que ver con aquella y están bajo la responsabilidad de un médico especialista que no es farmacéutico o farmacéutico especialista en Farmacia Hospitalaria y que, en consecuencia, no está habilitado para la recepción, custodia y conservación de los medicamentos.

De la normativa sectorial aplicable al caso que nos ocupa, concluye la recurrente, que los laboratorios sólo pueden entregar físicamente sus medicamentos en el servicio o unidad de farmacia autorizado de forma individualizada para cada hospital o centro. Dicha entrega, además, deberá efectuarse en las instalaciones específicamente autorizadas para dicho servicio o unidad, y que deben aparecer identificadas y especificadas en la autorización administrativa que haya expedido al efecto la autoridad competente de la Comunidad Autónoma donde radique el centro u hospital. Finalmente, que la entrega física de dichos productos en estas concretas

instalaciones debe llevarse a cabo *“con la presencia y actuación profesional”* del farmacéutico.

Según el informe del órgano de contratación la Ley 29/2006 de Garantías y uso racional de los medicamentos, y demás normativa cuya infracción alega el recurrente, se refieren a las tareas de custodia, conservación y dispensación de medicamentos que corresponden a las oficinas de farmacia y servicios de farmacia de los Hospitales. No obstante, estas tareas no se ven alteradas por el criterio de adjudicación de distribución en planta, que siempre se realizará bajo la supervisión e indicaciones del Servicio de Farmacia, tal y como se recoge en los Pliegos que rigen esta contratación, en el buen entendimiento de que si se puede hacer la entrega de sueros en el almacén centralizado donde no hay presencia permanente del farmacéutico, no debe haber obstáculo para hacer la entrega en las plantas de hospitalización donde, al menos, siempre hay un farmacéutico de guardia. Añade que la distribución de sueros a las diferentes unidades asistenciales de consumo de los Hospitales, viene siendo algo habitual que se realiza con normalidad por los proveedores, habiendo ya muchos Hospitales que cuentan con contratos relativos al suministro de sueros que contemplan la distribución de los mismos entre los servicios y almacenes de los centros de consumo del Hospital, cuyo Servicio de Farmacia asume la responsabilidad técnica de la custodia y distribución.

En cuanto al fondo del asunto cabe mantener la misma argumentación sostenida por este Tribunal en la Resolución 120/2016, de 23 de junio, en relación al recurso 121/2016 formulado por la misma Asociación y argumentos casi idénticos.

La Directiva 2001/83/CE, por la que se aprueba el Código comunitario para los medicamentos de uso humano, dispone en su artículo 77.3 que *“la posesión de una autorización de fabricación implica la de distribuir al por mayor los medicamentos a que se refiere dicha autorización”*. A lo que el artículo 80 añade que *“el titular de una autorización de distribución estará obligado a cumplir al menos los requisitos siguientes: (...) proporcionar medicamentos sólo a personas que posean la*

autorización de distribución o que estén autorizadas o facultadas en el Estado miembro de que se trate para dispensar medicamentos al público”.

Ello implica, *sensu contrario*, que los laboratorios farmacéuticos no pueden hacer entrega de estos productos en una oficina de farmacia, en un hospital o en un centro sanitario de atención primaria, si la entrega no se hace a una persona que esté legalmente habilitada en ese estado para custodiar y dispensar medicamentos.

El artículo 70.1 de la Ley 29/2006, de Garantías y uso racional de los medicamentos, en el mismo sentido, establece que *“los almacenes mayoristas y, en su caso, los laboratorios farmacéuticos que distribuyan directamente sus productos”* están obligados a *“disponer de locales, y equipos dotados de medios personales, materiales y técnicos para garantizar la correcta conservación y distribución de los medicamentos, con plena garantía para la salud pública”*. Y ello por tratarse de entidades que disponen de una autorización administrativa expedida por la autoridad competente para conservar, custodiar, y suministrar los medicamentos, tras haber acreditado debidamente que disponen de los medios y personal adecuados para garantizar el correcto almacenamiento y conservación de estos productos.

En este sentido, se invocan los artículos 64.1, 82.2 g) y 83.2 b) de la Ley 29/2006, de Garantías y uso racional de los medicamento, para concluir que la dispensación de medicamentos en el contexto hospitalario, entendida como puesta de los mismos a disposición de los profesionales sanitarios encargados de administrarlos a los pacientes, queda reservada legalmente al farmacéutico a cargo del Servicio de Farmacia.

El artículo 82.2.g) de la Ley encomienda a los responsables de dichas unidades o servicios de farmacia *“garantizar y asumir la responsabilidad técnica de la adquisición, calidad, correcta conservación, cobertura de las necesidades, custodia, preparación de fórmulas magistrales o preparados oficinales y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias y*

de aquellos otros, para tratamientos extrahospitalarios, que requieran una particular vigilancia, supervisión y control”.

Finalmente, el artículo 83.2.b) de esta misma Ley dispone que estas actividades deberán llevarse a cabo *“con la presencia y actuación profesional del o de los farmacéuticos necesarios para una correcta asistencia”.*

Según concluye la recurrente los laboratorios solo pueden entregar físicamente sus medicamentos en el servicio o unidad de farmacia autorizado de forma individualizada para cada hospital o centro.

Según el del PPT y criterio de adjudicación discutido se refieren a la distribución logística del objeto del contrato en los almacenes de consumo de los centros hospitalarios.

Tal como ya indicó este Tribunal en su Resolución 120/2016, de 23 de junio y previamente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sus Resoluciones 75/2014, de 4 de abril al recurso 187/2013, 114/2014, de 8 de mayo, al recurso 62/2014 y 124/2014, de 19 de mayo, al recurso 135/2014, hemos de diferenciar los conceptos distribución y dispensación.

Matiza la asociación recurrente que lo que se recurre no es que a los laboratorios farmacéuticos se les imponga dispensar medicamentos, sino que se les imponga la obligación de suministro del medicamento a quien no esté autorizado para recibirlo (unidades asistenciales del Hospital 12 de Octubre distintas al Servicio de Farmacia del hospital). Salvo la unidad asistencial del Servicio de Farmacia del Hospital 12 de Octubre, las otras unidades asistenciales del Hospital no pueden recibir el medicamento directamente del laboratorio farmacéutico que lo suministra, sino que lo han de recibir de la unidad asistencial del Servicio de Farmacia. La Asociación no confunde entrega/suministro con dispensación y sus alegaciones van dirigidas a poner de manifiesto que los pliegos imponen al laboratorio farmacéutico

suministrador del medicamento una obligación de entrega que nada tiene que ver con la dispensación, que es contraria a la ley al exigirle que el destinatario de la entrega física del producto sea una unidad asistencial del Hospital a quien el laboratorio farmacéutico tiene prohibido entregarle el medicamento. Cuando la Asociación argumenta que los pliegos imponen al laboratorio farmacéutico adjudicatario la obligación de entrega directa del medicamento en unidades asistenciales del hospital distintas al Servicio de Farmacia, la Asociación se está refiriendo al segundo de los procesos indicados, es decir, el de suministro y distribución mayorista (que no logística) del medicamento.

Dispensar supone que la entrega física al paciente o al facultativo se haga bajo el control y supervisión de un farmacéutico, por la oficina de farmacia o el servicio de farmacia, pero ello no quiere decir que sea esta persona quien lo entregue físicamente. La entrega es la obligación típica y propia que corresponde a todo vendedor de un producto. Así, el adjudicatario del contrato de suministro, en su condición de vendedor, tiene la obligación de entregar el producto al comprador. Distribuir significa la entrega física de una mercancía, en este caso, la entrega de los medicamentos (sueros) que constituyen el objeto del suministro. La dispensación no tiene nada que ver con el compromiso de distribución del material en planta, ni se puede decir que la unidad asistencial no sea una entidad no autorizada para vender o suministrar medicamentos, como alega el recurrente, porque su función no es ni la de suministrar ni la de vender medicamentos, sino la de recibir la entrega para su posterior dispensación. Los pliegos no imponen a los laboratorios la obligación de dispensar el medicamento (su entrega al paciente o facultativo).

Según el diccionario de la Real Academia Española, distribuir significa *“entregar una mercancía a los vendedores y consumidores”*. Se trata, pues, de un concepto común aplicable a cualquier mercancía que no es específico de la legislación farmacéutica, ni cobra un significado especial cuando se aplica a los medicamentos. El término se refiere a la entrega física de la mercancía o, en el caso examinado, a la entrega de los medicamentos que constituyen el objeto del

suministro. En este sentido, el Anexo I del PCAP recoge las unidades asistenciales donde efectuar la entrega de los productos.

Asimismo como hemos visto el PPT regula las condiciones de entrega y recepción de las mercancías y dispone que con el proceso de entrega y recepción se materializa el compromiso adquirido por la empresa adjudicataria de poner a disposición la mercancía.

Por tanto, en un principio, la distribución de los medicamentos en los almacenes de consumo de los centros sanitarios solo significa que la empresa adjudicataria debe entregar los mismos en dichos lugares. Es decir, se valora la propuesta del licitador de efectuar directamente la entrega del producto en los almacenes de consumo, en lugar de hacerlo en el almacén central que luego habría de distribuirlo a aquéllos.

En este sentido, la distribución logística en los almacenes de consumo no sería más que la materialización de la obligación prevista en el artículo 292.1 del TRLCSP para el contrato de suministro: *“El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto del suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas”*.

Por el contrario, el término *“dispensar”* sí tiene un significado específico en el marco de la legislación farmacéutica y su propia definición, según el Diccionario de la Real Academia Española, lo conecta con el término *“medicamento”*. En este sentido, dispensar es expender o despachar un medicamento y desde esta óptica, se ha de dar la razón al recurrente cuando indica que solo los servicios de farmacia pueden dispensar medicamentos a los profesionales sanitarios encargados de administrarlos a los pacientes. Ahora bien, esta dispensación no tiene nada que ver con la propuesta de distribución logística del medicamento, ni con la entrega en los puntos de distribución a que se refiere el PPT.

Por consiguiente, acudiendo a la propia literalidad del término, la distribución del medicamento, entendida como entrega física y recepción del mismo en el almacén, es un paso previo y totalmente distinto a la dispensación que, en el ámbito sanitario, corresponde exclusivamente al servicio de farmacia o se realiza bajo su responsabilidad técnica (artículos 2.6 y 82.2 a) de la Ley 29/ 2006, de 26 de julio).

En consecuencia, no puede apreciarse en el criterio de adjudicación impugnado, ni en las previsiones del PPT, vulneración de los preceptos legales mencionados.

Se expone por la recurrente que las distintas unidades asistenciales del Hospital 12 de Octubre a las que se refieren los pliegos que se impugnan como los lugares donde el adjudicatario efectuará la entrega directa del medicamento, no son un servicio o unidad asistencial de Farmacia legalmente autorizados, ni tampoco forman parte integrante de las dependencias del servicio o unidad asistencial de Farmacia. Aquellas otras y distintas unidades asistenciales a las que se refieren los pliegos, con total seguridad no están identificadas en la autorización administrativa de la que debe disponer el servicio o Unidad asistencial de Farmacia del Hospital 12 de Octubre para poder llevar a cabo su actividad dentro del hospital.

Las otras y distintas unidades asistenciales del Hospital 12 de Octubre, tales como, por ejemplo y por citar algunas de las enumeradas en el Anexo I del PPT, la Unidad asistencial de Dermatología (DERM), de Hematología (HEMA), de Radiodiagnóstico (RADG), de Psiquiatría (PSQH), o de Aparato Digestivo (DIGE) son todas ellas distintas de la Unidad asistencial de Farmacia, que es la única legalmente autorizada para recibir la entrega de los medicamentos y custodiarlos hasta su dispensación al paciente.

Pues bien, el artículo 64.1 letras b) y g) de la Ley 29/2006 establecen que *“Sin perjuicio de las demás obligaciones que vengan impuestas por disposición legal o*

reglamentaria, el laboratorio farmacéutico deberá cumplir las siguientes obligaciones:

b) Suministrar los medicamentos de acuerdo con la legislación vigente.

g) Garantizar que el transporte de los medicamentos hasta destino, sea a almacenes mayoristas o servicios u oficinas de farmacia, se realiza cumpliendo tanto las obligaciones impuestas en la autorización de los mismos como las normas de correcta distribución de los medicamentos”.

Del precepto en cuestión, no cabe inferir que el suministro de medicamentos tenga que efectuarse físicamente en los servicios de farmacia. No en balde, la letra g) del referido artículo 64.1 se refiere, indistintamente, a almacenes mayoristas o a servicios u oficinas de farmacia, queriendo poner el acento en que, cualquiera que sea el lugar de entrega, el transporte de los medicamentos hasta su destino debe realizarse cumpliendo todas las garantías previstas a nivel normativo.

En consecuencia, no es posible concluir, como hace la Asociación recurrente, que la entrega física de medicamentos en almacenes de consumo o unidades clínicas podría constituir una infracción administrativa grave tipificada en la Ley 29/2006, de 26 de julio; primero, porque ya se ha indicado que la norma citada no obliga a efectuar físicamente la entrega del medicamento en el servicio de farmacia y segundo, porque la infracción grave descrita en aquel precepto se refiere al suministro o venta a entidades no autorizadas para ello, es decir, a entidades no autorizadas para suministrar o vender medicamentos, y difícilmente puede predicarse de un almacén de consumo o unidad clínica hospitalaria, la definición de entidad no autorizada a aquellos efectos, entre otras razones porque su función no es ni la de suministrar ni la de vender medicamentos, sino la de efectuar la recepción del producto para su posterior dispensación en los términos previstos en la Ley 29/2006.

Considera la recurrente que el responsable de la unidad asistencial de farmacia del hospital no es libre para autorizar o disponer un sistema de entrega que

vulnera y entra en conflicto con la normativa sectorial. Las disposiciones legales exigen que la entrega del medicamento se efectúe físicamente en las dependencias expresamente autorizadas para el servicio o unidad de farmacia, y las actuaciones que recaen bajo la responsabilidad de dicho servicio o unidad requieren la actuación personal del farmacéutico responsable, lo que excluye la posibilidad de que puedan designarse dependencias distintas para la entrega del medicamento o que pueda delegarse su recepción y custodia en un tercero.

En el mismo sentido que lo hizo el Tribunal Administrativo de Recurso Contractuales de la Junta de Andalucía en las Resoluciones anteriormente citadas con las que se comparte el razonamiento, tampoco cabe colegir del precepto alegado la conclusión que hace la recurrente. El artículo 83.2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, está ubicado en el Capítulo III *“Del uso racional de los medicamentos en la atención hospitalaria y especializada”* del Título VI *“Del uso racional de los medicamentos de uso humano”*, de dicha norma y su tenor es el siguiente: *“Las Administraciones sanitarias con competencias en ordenación farmacéutica realizarán tal función en la farmacia hospitalaria manteniendo los siguientes criterios:*

- a) Fijación de requerimientos para su buen funcionamiento, acorde con las funciones establecidas.*
- b) Que las actuaciones se presten con la presencia y actuación profesional del o de los farmacéuticos necesarios para una correcta asistencia.*
- e) Los farmacéuticos de las farmacias hospitalarias deberán haber cursado los estudios de las especialidad correspondiente”.*

Así pues, el precepto se refiere a “actuaciones” sin especificar cuáles, si bien por su ubicación en la norma, cabe inferir que alude a todas aquellas actuaciones tendentes a contribuir al uso racional de los medicamentos que se determinan en el artículo 82, ninguna de las cuales se refiere a la entrega física o recepción del suministro de medicamentos.

En definitiva, el criterio de adjudicación y PPT objeto de impugnación, en cuanto se refieren a la distribución logística y entrega de los medicamentos en los almacenes de consumo de centros hospitalarios, no colisionan con los preceptos de la Ley 29/2006 invocados por la recurrente, pues dicha ley no regula aquel proceso previo de entrega, sino el posterior de custodia, conservación y dispensación de medicamentos, funciones estas últimas que sí corresponden a los servicios de farmacia.

Sexto.- Como segundo motivo de recurso se alega que el PPT solo permite que se ofrezcan sueros cuya presentación sea en bolsa de plástico flexible y además solo permite que la oferta sea por la totalidad de los productos objeto de licitación (lote único). El PPT describe las características técnicas del material de fluidoterapia, que agrupa en un solo lote. El material ofertado debe tener presentación en bolsa de plástico flexible.

Señala la recurrente que tal y como se describen en el PPT las características técnicas de los trece productos de fluidoterapia objeto de la licitación, agrupados en un solo lote, solamente podrán concurrir a la licitación aquellos miembros de la Asociación que reúnan la siguiente doble condición: (i) Que comercialice todos los trece productos de fluidoterapia objeto de la licitación; y (ii) que además todos los productos (los trece) sean comercializados por el laboratorio en una presentación concreta: bolsa de plástico flexible.

Conforme al PPT quedan automáticamente excluidos de la licitación tanto los laboratorios asociados a FARMAFLUID que no comercializan los trece productos agrupados en el lote único, como también los laboratorios asociados a FARMAFLUID que, aun comercializando todos los trece productos agrupados en el lote único, lo hagan con una presentación en bolsa de plástico semirrígido o en vidrio, distinta a la bolsa de plástico flexible. A todos ellos se les impide la posibilidad de participar en la licitación y presentar su oferta. La bolsa de plástico flexible no tiene unas condiciones de uso y/o manejo ni mejores ni peores que el envase en

botella de plástico rígido o en botella de vidrio. Las condiciones de uso o manejo de uno u otro tipo de envase es una característica del producto cuya valoración es muy personal y subjetiva. Cada tipo de envase tiene sus propias características, ni mejores ni peores, sino distintas, y la apreciación y valoración de aquellas dependerá de cada usuario. Tampoco un tipo de envase u otro permite un mejor almacenamiento del producto y dependerá, otra vez, de apreciaciones subjetivas y particulares, de las características del propio almacén, etc. las condiciones de uso o manejo del producto, su almacenamiento, etc. deberían ser características incorporadas en los pliegos como criterios de valoración subjetiva, susceptibles de recibir distinta puntuación en función de las particulares necesidades u apreciaciones de los servicios técnicos del órgano de contratación, pero no deben ser características del producto que, por si mismas, impidan la participación a la licitación de un determinado tipo de envase. Tampoco cabe alegar cuestiones relativas a la seguridad del producto para intentar justificar desde el punto de vista técnico la exclusión a la licitación de un determinado tipo de envase. Todos los productos de fluidoterapia objeto de la licitación, ya sean envasados en bolsa de plástico, botella de plástico semirrígido o botella de vidrio, que comercializan los miembros de la Asociación FARMAFLUID, son medicamentos que disponen de la preceptiva autorización de comercialización y esta ha sido concedida tras haber demostrado ante las autoridades sanitarias competentes su calidad, eficacia y seguridad. Los distintos tipos de envases con los que se comercializan los productos de fluidoterapia no permiten la producción de burbujas pues todos ellos permiten que la solución que contienen se vacíe completamente sin la necesidad de una entrada de aire que pudiera contaminar la solución. Todos los diferentes envases son totalmente colapsables por igual y de forma igual de eficiente. Al no haber entrada de aire con ninguno de los diferentes envases no se pueden producir burbujas, pues ésta solo se puede producir si entra aire dentro del envase. Por último, también considera que no es posible ajustar los procesos de fabricación de los productos de fluidoterapia, modificando el tipo de envase con el que fabrican sus productos los distintos miembros de la Asociación, para adaptarlo a los requerimientos técnicos del pliego, sin incurrir en unos costes millonarios. Un cambio tecnológico de envase

requiere millones de inversión y años de desarrollo y es por lo tanto, inviable pretender que un miembro de la Asociación vaya adaptando sus procesos de fabricación en función de los requerimientos técnicos de la convocatoria. Los Pliegos atribuyen injustificadamente una posición de ventaja a aquellos contratistas que disponen de la única presentación aceptada, en contra de los que no. El respeto al principio de libre competencia exige garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces aspiren a ser contratistas, y esto no ocurre en el presente supuesto -cuyos Pliegos no tratan por igual a los posibles licitadores de la contratación, plenamente capaces de cumplir con el objeto de la contratación que consiste en el suministro de medicamentos para fluidoterapia.

Señala asimismo que la obligación de que se presente una oferta por la totalidad del objeto del contrato, es un requisito que constituye una restricción injustificada al principio de libre competencia que rige la contratación pública. Es un obstáculo a la apertura de la contratación pública a la competencia, sin que haya razón o motivo alguno que lo justifique. La restricción a la competencia ni está justificada en el expediente de contratación ni es proporcionada con el objeto del contrato que es el suministro de medicamentos para fluidoterapia, para lo que sirven plenamente tanto las presentaciones en envase bolsa de plástico flexible, o en plástico semirrígido o en envase de vidrio.

Según informa el órgano de contratación la solicitud de que los productos se envasen en bolsa de plástico flexible, obedece a cuestiones de índole asistencial y logística basadas en las características de manejo y uso que hacen los profesionales del personal sanitario del hospital, debido a su fácil manejo que ayuda a hacer una mejor purga del sistema, evitando la inseguridad que produce la aparición de burbujas, más fácil de producir con las presentaciones del producto en bolsas semirrígidas o envases de vidrio, lo que ha dado lugar a que tradicionalmente en el Hospital siempre se haya contado con el material de fluidoterapia en la presentación solicitada. Además, la homogeneidad o uniformidad, en el aspecto físico de un producto de la misma composición pero con diferentes volúmenes, permite un

correcto almacenamiento, distribución y una rápida identificación en las unidades asistenciales, evitando que se puedan confundir productos para administración intravenosa, con productos de irrigación o con productos de uso tópico.

Señala también que estos productos están presentes en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlos, motivo por el cual se exige por parte del Hospital una forma de presentación concreta, determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir lo exigido adaptando su producción a lo requerido. *“Entendemos que podemos exigir una presentación determinada ajustada a nuestras necesidades y que serán los licitadores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, los que han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida, teniendo la posibilidad de ofrecer los productos solicitados en la presentación y con la capacidad exigida, ajustando en su caso, la producción a las necesidades del hospital”.*

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia 14 diciembre 2004, asunto C-434/02 y Sentencia 9 septiembre 2004, asunto C-304/01) en la que se declara la necesidad de respetar el principio de igualdad de trato entre los competidores. En la Sentencia de 3 de marzo 2005, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, en esta línea, se ha declarado que *“el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia (sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 81 y la jurisprudencia que allí se cita)”.*

En su Sentencia de 12 de marzo de 2008, Asunto T-345/03, el Tribunal de Justicia recuerda, con una profusa cita de su jurisprudencia anterior, que los poderes adjudicadores están obligados a velar, en cada fase del procedimiento, por el respeto de la igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores, y que el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*. El órgano de contratación tiene derecho a determinar el tipo de material que desea utilizar. Como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1996, cuando señala que *“las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre concurrencia (...)”*.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público. El artículo 117.2 del TRLCSP establece que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Esto supone

la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de la misma que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando 29 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE: *“Las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios.*

Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisito de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo (...).”

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato, manifiesta que éste responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de

aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. En cuanto a la amplitud de la misma, en el apartado 85, señala que *“el hecho de que solo un número reducido de empresas, entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora, pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Por tanto, hay que analizar si con otras presentaciones diferentes a las requeridas se obtendría el mismo resultado o se están excluyendo a aquellas otras que también son capaces de cumplir la misma función o las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. Al efecto se justifica por el órgano de contratación la necesidad de esa forma de presentación en bolsa flexible en cuestiones logísticas y de seguridad para evitar la formación de burbujas más fáciles de producir en presentaciones semirrígidas o de vidrio, pero la recurrente no argumenta cuál es la limitación que impide fabricar y entregar los productos en la presentaciones solicitadas a las empresas asociadas, o que esa forma de presentación está reservada a una determinada marca comercial. Solo alega la dificultad y lo costoso de la adaptación del proceso de producción.

Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación concreta, que viene determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación o formato que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada, la más conveniente para satisfacer sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las

prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto. Tal como se motiva en la mencionada sentencia Bus Finland, la existencia de pocos productores o que los demás tengan dificultades para cumplir con lo que motivadamente se justifica como necesario para satisfacer las necesidades del órgano de contratación no supone vulneración del principio de igualdad de trato.

En los Pliegos no se menciona una fabricación o procedencia determinada, ni se requieren marcas, aunque sí una presentación con un sistema de cierre a la que deberán adaptarse las ofertas, estando justificado lo requerido por lo señalado en el informe del órgano de contratación.

El Tribunal considera que no cumplen la misma funcionalidad presentaciones de productos aunque sirvan para la misma finalidad. Así, por ejemplo, si se quiere adquirir pan para una residencia o un colegio, no cumplen la misma función las presentaciones individuales de cierto peso que las que presenten un peso desproporcionado o requieran manipulación, estando en manos de la discrecionalidad del órgano convocante determinar la mejor manera de satisfacer el interés público que se pretende satisfacer con la contratación. Tampoco presenta la misma finalidad un medicamento que atendiendo a las mismas indicaciones su forma de administración es incomoda o inadecuada para un grupo de pacientes. La vulneración del principio de igualdad implica un trato desigual a situaciones iguales y, en ocasiones, no es lo mismo para la finalidad que se pretende una u otra presentación, pues atienden a funcionalidades distintas.

Por tanto, este Tribunal considera que la exigencia de este requisito de presentación del producto en envase flexible está justificada por las necesidades a satisfacer, por ser considerada la más idónea para el cumplimiento del objeto del contrato, no limita la concurrencia pues a la misma pueden adecuarse los

productores si lo desean, se adecúa a lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP. Este además fue el criterio ya manifestado en el recurso interpuesto por la misma Asociación contra el Pliego de la convocatoria que realizó también el Hospital 12 de Octubre que fue objeto de recurso por la Asociación recurrente y objeto de la Resolución 120/2016, sin que exista motivo para separarse del mismo criterio.

Séptimo.- Finalmente cabe analizar el motivo de recurso referido a la no división del objeto del contrato en lotes.

El artículo 86 del TRLCSP establece que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

El principio general de la contratación pública venía siendo la unidad y no la división del objeto contrato con las excepciones que el citado artículo 86 y el 109.2 del TRLCSP recogen para la licitación por lotes. Por otra parte, el principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación individual de los objetos más reducidos, a fin de facilitar el acceso a los contratos a la pequeña y mediana empresa, intensificando la competencia. La colisión de ambos principios ha de resolverse a la luz de la propia normativa de contratación, es decir determinando si el objeto del contrato es fraccionable por ser sus partes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituir una unidad funcional o porque lo exija la naturaleza del contrato. Por tanto, en principio, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en uno o en varios lotes.

Con la finalidad de facilitar la participación de las PYME en la contratación pública 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, en sus considerandos 78 y 79, señala que la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo 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, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados por el poder adjudicador.

El artículo 46 de la citada Directiva regula la división del contrato en lotes en el sentido antes mencionado. Es decir, se establece que la división del objeto de los contratos en lotes constituye la regla general, de manera que hay que justificar la decisión de no hacerlo.

La Directiva 2014/24/UE tiene efecto directo en algunos aspectos desde el 18 de abril en que finalizó el plazo de transposición a la legislación nacional sin que haya tenido lugar. El efecto directo pretende garantizar la aplicación de la normativa de la Unión Europea y concede primacía al ordenamiento jurídico comunitario. Ello implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido incorrectamente transpuesta, sus preceptos, cuando sean suficientemente precisos en incondicionados como para permitir invocarlos a un particular frente a los poderes adjudicadores son directamente aplicables con preferencia a cualquier otra norma interna que los contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades y órganos jurisdiccionales del Estado.

La publicidad de esta contratación es posterior al 18 de abril de 2016 de manera que estas previsiones introducidas en la Directiva son directamente aplicables.

La aplicación de estas posibilidades implica que en el expediente de contratación debe constar la justificación de la no división del objeto del contrato en lotes. En este sentido se pronuncian el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña y la Nota Informativa 2/2014, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: Aplicación del artículo 46 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, relativo a la división de contratos en lotes.

El diseño y la regulación de la división en lotes tiene que efectuarse teniendo en cuenta aspectos tales como la tipología o el fundamento de la división del objeto del contrato (lotes por funcionalidades, por criterios geográficos, por umbrales o franjas económicas, etc.) y el sector a que se dirige la licitación, así como el perfil y la tipología de empresas llamadas a participar.

El principio de concurrencia, invocado por la recurrente, tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación mediante división del objeto en lotes, intensificando la participación de licitadores. Sin embargo, si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que deberá motivarlo en el expediente. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento.

El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

Consta en el expediente un informe en el que se explica que el expediente se ha elaborado de acuerdo a la Resolución 120/2016 de este Tribunal que estimó parcialmente el recurso formulado por FARMAFLUID contra los pliegos de un contrato anterior con el mismo objeto. En la cláusula 1 del PCAP se ha incluido la justificación del lote único invocando la conveniencia de adjudicar un solo lote que incluya tanto el suministro de los productos de fluidoterapia como la prestación del servicio para la gestión integral de su aprovisionamiento en planta, por criterios de eficiencia organizativa y simplicidad logística y para garantizar en este caso, el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes, en aras de perseguir la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo. Se menciona que de acuerdo con el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, las razones de este órgano de contratación para no dividir el objeto del contrato son *“el hecho de que dicha división podría conllevar el riesgo de 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”*.

En este caso se justifica el lote único *“por criterios de eficiencia organizativa y simplicidad logística y para garantizar en esta caso, el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división de*

lotes, en aras a perseguir la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo". Y así la división que se hiciera en lotes de los diversos tipos de sueros, con una prestación de entrega por una empresa que puede, según el propio pliego, ser subcontratada, haría tal como dice el considerando 78 de la Directiva citada y por las razones expresadas en los párrafos anteriores excesivamente difícil e incluso onerosa la ejecución del contrato, desde el punto de vista técnico y logístico, pues estaríamos ante la dificultad de controlar no sólo la provisión de los distintos tipos de sueros, por empresas diferentes, sino controlar varias empresas con entrega física de los sueros, dificultando con ello el control del stock de seguridad, la seguridad del reparto, la certeza del mismo y el control y dependencia de una sola empresa. Por otra parte, y tal como establece el párrafo segundo del citado considerando, en cualquier caso, se tendría que coordinar con gran dificultad a los diferentes contratistas de los diversos lotes, con una sola empresa o varias de entrega de los sueros, pues es difícil entender que o bien cada adjudicatario de lotes, tenga una empresa de entrega física del producto, o bien que se tengan que coordinar entre ellas, con la inseguridad que eso produciría para abonar por prorrata a una única empresa de entrega.

El recurso no contiene ningún reproche concreto respecto de la justificación hecha constar en el PCAP en relación a la conveniencia de seleccionar un solo proveedor que garantice el suministro y el servicio de distribución sino que considera que el órgano de contratación pudo convocar un procedimiento de contratación con un solo lote del que resultará adjudicatario un solo proveedor pero pudo también hacerlo de tal manera que en cada número de orden se permitiera la oferta del producto de fluidoterapia en cuestión o en bolsa o en botella de plástico o en botella de vidrio, y luego seleccionar solo un tipo de envase y adjudicar el contrato a un mismo y único proveedor que suministraría todas las presentaciones de los medicamentos de fluidoterapia -o todas en bolsa, o todas en botella de plástico, o todas en botella de vidrio- y que ofreciera el servicio de logística en planta. Al efecto sugiere una descripción de los productos en el PPT que incluya las diferentes formas de presentación con lo que el contrato también podría adjudicarse a un solo y mismo

proveedor del suministro y del servicio logístico y también quedarían resueltas las cuestiones relativas a la logística, supervisión de la entrega y gestión de incidencias aludidas en el Informe justificativo como aval del sistema elegido. Se admite indirectamente la selección de un solo proveedor pero insiste en la necesidad de admitir otras formas de presentación de los fluidos objeto de adquisición, cuestión ya resuelta en el fundamento anterior.

En consecuencia, procede desestimar el motivo de recurso.

Octavo.- El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores”*.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ1990\3637. La Sentencia 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En el presente caso, el recurso reitera los mismos argumentos que ya fueron objeto de análisis en el recurso 121/2016, interpuesto contra un PCAP del mismo Hospital resuelto por este Tribunal el reciente mes de junio y en otros recursos resueltos también con argumentos muy similares: por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 450/2013 al Recurso nº 509/2013 CA. Cantabria de 16 de octubre de 2013 y Resolución nº 305/2014 al Recurso nº 393/2014 CA. Illes Balears de 19 de mayo de 2014; y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sus Resoluciones 75/2014, de 4 de abril al recurso 187/2013, 114/2014, de 8 de mayo, al recurso 62/2014 y 124/2014, de 19 de mayo, al recurso 135/2014.

La reiteración de argumentos y la reincidencia en la interposición de sucesivos recursos demuestra temeridad merecedora de la imposición de la multa prevista en el mencionado artículo 47.5 del TRLCSP. Al efecto el Tribunal considerando el retraso en la tramitación de la licitación y el número de repeticiones del recurso, entiende que debe imponerse por un importe de dos mil (2.000) euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 don S.K., Presidente de la Asociación Española de Laboratorios Farmacéuticos de Fluidoterapia y Nutrición Parenteral Hospitalaria (FARMAFLUID), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato mixto de suministro para la adquisición de productos de fluidoterapia y de servicios

para la gestión integral de su aprovisionamiento en el Hospital 12 de Octubre, número de expte: P.A. 2016-0-121.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP por importe de 2.000 (dos mil) euros.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.