

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

En Madrid, a 18 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Laphysan, S.A.U., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de medicamentos de fluidoterapia para el Hospital Universitario Puerta de Hierro-Majadahonda” número de expediente GCASU2021-3-FAR este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 18 de mayo de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 4 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.625.434,24 euros y su plazo de duración será de 24 meses con posible prórroga por 12 meses más.

Segundo.- Interesa a los efectos de resolver el presente recurso señalar los siguientes apartados de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP):

“1.- Definición del objeto del contrato:

Este contrato tiene por objeto la adquisición de diversos medicamentos del grupo terapéutico fluidoterapia, con destino al servicio de Farmacia del Hospital U. Puerta de Hierro Majadahonda, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

División en lotes: Sí

Número y denominación de los lotes:

Nº LOTE	DENOM. LOTE	CPV
1	CLORURO SÓDICO 0,9% Y SOLUCIÓN GLUCOSA 5%/SALINA 0,9% CON POTASIO	33692000-7
2	RINGER LACTATO	33692000-7
3	GLUCOSALINO	33692000-7
4	GLUCOSA HIPERTÓNICA	33692000-7

Apartado 8.2.1 Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: hasta 45 puntos:

(...) Puertos de adición e infusión protegidos por lámina de aluminio. Se cumple el criterio 15 puntos/ no se cumple 0 puntos. (...).”

Tercero.- El 8 de junio de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Laphysan, S.A.U., en el que solicita la nulidad de la división en lotes, especialmente del lote 1 por contener más de un principio activo y la nulidad del criterio de adjudicación por el que se otorga 15 puntos a la propuesta que cuente con Puertos de adición e infusión protegidos por lámina de aluminio.

El 14 de junio de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- Solicita la adopción de medidas cautelares por el recurrente no ha lugar a pronunciarse sobre ellas al proceder directamente a la resolución del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica (potencial licitador, excluida, clasificada en segundo lugar, que pretende la declaración de desierto), *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 18 de mayo de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 8 de junio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso la recurrente plantea dos motivos de impugnación. El primero de ellos sobre la posibilidad de que un mismo lote contenga diversos principios activos y la obligatoriedad de concurrir a todos los números de orden de lote y en segundo lugar la existencia de un criterio de adjudicación que si bien está vinculado al objeto del contrato, no es adecuado para la determinación de la mejor oferta.

5.1 Lote que contiene más de un principio activo.

El recurrente considera inadecuado incluir más de un principio activo en un lote, máxime cuando es obligatorio concurrir a todos los números de orden que concurren en el lote.

“Manifiesta que no se encuentra justificado en el informe de necesidad de la contratación los motivos para división en lotes, toda vez que considera que: ‘No cabe entender soslayado dicho defecto de motivación con la expresión “la configuración de los lotes se ha realizado considerando que el centro ha contado desde su inauguración en 2008 con un sistema logístico de distribución de sueros por picking en 39 unidades”, pues la referencia a ‘los lotes’ en plural se refiere a la totalidad de los lotes, no al lote 1 en concreto, a lo que debe añadirse que la descripción de un sistema logístico de distribución idéntico para todos los lotes, o lo que es lo mismo, no previéndose un sistema logístico de distribución diferenciado para cada lote, es

evidente que este no puede constituir una justificación válida en la que amparar la división en lotes, ni, en los aquí nos o, la configuración del lote 1”.

Invoca distintas resoluciones de Tribunales Especiales de Contratación sobre la necesidad de que cada lote de un contrato de suministro farmacéutico contenga u solo principio activo.

Considera además que se vulnera la libre competencia teniendo en cuenta: *“Véase que en el mercado, sin perjuicio de que existan cuatro empresas que pueden licitar al lote 1 porque producen la totalidad de los productos farmacéuticos en él integrados (Baxter, Fresenius, Grifols y Braun) únicamente existe una empresa que produce los productos farmacéuticos que los restantes operadores no producen (Altan Pharmaceuticals, S.A.), como resulta del informe que se acompaña.*

Ello supone que la única Unión Temporal de Empresas que podría formar mi representada para concurrir a la licitación del lote 1 es con la empresa Altan Pharmaceuticals, S.A. (pues mientras que Baxter, Fresenius, Grifols y Braun no la necesitan para concursar, Ern, Serra Pamie S y Tesolpar producen los mismos productos que mi representada), lo que puede entrañar una práctica colusoria con arreglo al art. 69, en relación con los arts. 132.3 y 150.1 de la Ley de Contratos que, a su vez, podría derivar en su exclusión del procedimiento de contratación”.

A este respecto el órgano de contratación manifiesta que ya en 2018 pretendió presentarse al mismo procedimiento de contratación al que nos enfrentamos en la actualidad, ya en esa fecha se le dieron las mismas explicaciones que hoy se recogen en el informe de necesidad de la contratación. Considera que de haber interesado al recurrente esta licitación, desde el año 2018 ha tenido tiempo suficiente para haber establecido las alianzas comerciales necesarias o haber integrado en su producción los productos que conforman el lote 1 de este contrato.

Considera asimismo y tal y como figura en el informe de necesidad de la contratación que: *“La configuración de los lotes se ha realizado considerando que el centro ha contado desde su inauguración en 2008 con un sistema logístico de distribución de sueros por picking en 39 unidades.*

Este sistema exige una correcta, segura y eficiente gestión de pedidos, recepción y distribución interna de las cajas de sueros paletizadas para cada unidad. Por ello, es imprescindible una máxima coordinación y estandarización del circuito de gestión de pedidos, entregas y dinámicas de reparto, proceso que se repite dos días en semana y que requiere además una exquisita coordinando en festivos y puentes, locales y nacionales.

El almacén de Farmacia, no dispone de espacio suficiente para asegurar un stock adecuado de productos que pueda hacer frente a las necesidades del centro. Por otra parte, en las unidades de hospitalización, debido a la configuración de los almacenes periféricos, no es posible almacenar más de 2 palets por cada unidad de enfermería.

El sistema está diseñado ante la imperiosa necesidad de simplificar y facilitar la gestión del picking en el reparto intrahospitalario de los sueros, con el único fin de maximizar la seguridad y eficiencia del proceso logístico”.

Debe recordarse que previamente a la entrada en vigor de la LCSP, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE explicaba la conveniencia de división de los contratos en lotes *“A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos”.* En cuanto a la configuración de los lotes señala *“La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a*

adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”.

No obstante lo dicho la Sociedad Nacional de Farmacia siempre ha establecido como criterio orientativo para los órganos de contratación, la división de los contratos en lotes según sus principios activos. De tal forma que ha sido lo habitual en los contratos de suministros farmacéuticos.

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

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

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

Tal como señaló este Tribunal en su Resolución 104/2015, de 1 de julio, ‘En el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas y de homogeneidad agrupar los productos descritos en un único lote. Sin embargo, no es esta una razón o motivación suficiente,

pues se está obligando a las empresas a licitar por la totalidad de los 18 productos y se constata que hay al menos dos, los números 9 y 18, que presentan una especialidad que hace que sean para “usos muy puntuales”, como reconoce el Jefe de Servicio de Análisis Clínicos en su informe, y que motiva su adquisición en cantidades sensiblemente inferiores al resto de productos del lote”.

En el concreto caso que nos ocupa la realidad admitida por ambas partes de que solo cuatro empresas producen todos los principios activos del lote 1 y que el resto para lograr su participación deberían recurrir a formar UTE con una sola empresa nos lleva sin lugar a dudas a considerar que la división en los lotes efectuada por el órgano de contratación no se encuentra motivada ni justificada conforme a las reglas de división del objeto de contrato, alterando el principio de libre concurrencia al procedimiento.

Por todo ello se estima la pretensión de la licitadora, anulándose los pliegos de condiciones a fin de que se divida el contrato en los lotes que sean necesarios a fin de que cada uno de los se refiera exclusivamente a un principio activo.

5.2 En relación con la inclusión de un criterio de valoración no ajustado a lo establecido en el art. 145 de la LCSP.

El recurrente considera que a la luz del artículo 116.4 de la LCSP el informe de necesidad de la contratación deberá justificar la elección de los criterios de valoración en especial su vinculación con el objeto del contrato y su especial naturaleza para determinar la mejor oferta relación calidad-precio.

Constata que el informe de necesidad de la contratación no justifica ninguno de estos extremos en su texto, limitándose a enumerar los criterios de adjudicación que serán utilizados.

De todo lo cual se deduce que el apartado 8.2.1 de la cláusula primera del

PACP: *“establece como criterio de adjudicación común a todos los lotes la inclusión de ‘puertos de adición e infusión protegidos por lámina de aluminio’ al que se atribuye un baremo de puntos de cero (0) a quince (15), pero no explica en qué medida contribuye a lograr de la oferta más beneficiosa, ni la calidad o eficacia adicional que con el mismo se pretende, ni, en definitiva, motiva las razones de su inclusión, lo que implica la obligada exclusión de dicho criterio.*

Tampoco resulta proporcionado, pues los sistemas de protección comunes no ofrecen unas prestaciones de inferior calidad que las láminas de aluminio, como señala el Informe que se acompaña del que se destacan las siguientes consideraciones:

Este requisito limita a la amplia mayoría de empresas de fluidoterapia a la obtención de la puntuación citada (15 puntos) en los criterios cualitativos del expediente.

Además, este sistema de cierre no aporta ninguna ventaja ni en la aditivación e infusión así como tampoco en la conservación de la solución contenida en los diferentes envases de los lotes ofertados.

A mayor abundamiento, dicho criterio de adjudicación resulta extremadamente perjudicial para los licitadores, pues al indicar la Memoria justificativa de la necesidad y económica para la contratación del suministro de medicamentos Fluidoterapia con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda en su apartado 8 que “para poder valorar la oferta económica, previamente se ha fijado un umbral mínimo del 50% en los criterios cualitativos que asegure una calidad mínima y suficiente de los productos”, su cumplimiento o no puede determinar la aceptación o rechazo de una oferta sin que ello implique unas prestaciones más beneficiosas.

En resumen, dado que la inclusión del criterio de adjudicación examinado no se encuentra debidamente motivado, resulta desproporcionado y perjudicial para los licitadores, este debe ser excluido de la presente licitación”.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta: *“Respecto al criterio de valoración consistente en puerto de adición e infusión protegidos por lámina de*

aluminio, se ha establecido teniendo en cuenta la elevada cantidad de sueros que se manipulan a diario por el personal de enfermería, especialmente en unidades quirúrgicas, críticos y urgencias.

Esta realidad, hace necesario priorizar en la medida de lo posible la utilización de medicamentos que faciliten la manipulación del usuario, de forma que puedan trabajar en las mejores condiciones posibles.

En la prospección de mercado realizada previa al concurso hemos considerado importante valorar este criterio con esta puntuación, ya que la apertura con aluminio consideramos que es la alternativa que se adapta mejor a las necesidades anteriormente expuestas”.

En este motivo de recurso nos enfrentamos a dos aspectos objeto de estudio, en primer lugar la necesidad de justificar motivadamente en el informe de necesidad de la contratación a tenor de lo dispuesto en el art. 126.4 de la LCSP la elección de los criterios de adjudicación. Por otro lado el cumplimiento por el mencionado criterio de los requisitos establecidos en el art. 145 de la LCSP.

Es un hecho constatado por las partes y por este Tribunal que en el informe de necesidad de la contratación ni en ningún otro que forme parte del expediente administrativo remitido por el órgano de contratación no se justifica la elección de los criterios de adjudicación concretados en el PCAP.

Cuando la LCSP incluye la necesidad de justificación de los distintos aspectos que enumera su artículo 126.4 no lo efectúa por mero capricho del legislador, más bien al contrario, considera de vital importancia la justificación de los distintos rasgos definitorios de las condiciones de la contratación, no obstante lo cual la ausencia de dicha justificación por sí sola no sería un defecto que justificara la anulación del procedimiento, toda vez que puede ser subsanado. En el momento y caso actual, teniendo en cuenta que los pliegos de condiciones deberán modificarse por la estimación del primer motivo de recurso de Laphysan, S.A.U., es el momento adecuado para ampliar el mencionado informe de necesidad de la contratación y

motivar y justificar todos los requisitos establecidos en el apartado 4 del artículo 126 de la LCSP, entre los que se encuentran los criterios de adjudicación.

Por lo que se refiere al fondo del motivo de impugnación, esto es la idoneidad del criterio de adjudicación que no ocupa, es indudable que se encuentra vinculado al objeto del contrato, pues califica con mayor puntuación a aquellas propuestas que presenten el medicamento en determinada forma, lo cual incide como es obvio en el suministro a adquirir.

Por lo que respecta a la necesidad de que el medicamento incluya puertos de adición e infusión protegidos por lámina de aluminio debemos puntualizar que esta forma de presentación no es requisito técnico mínimo y exigible, por lo que de no contar con ello, el licitador podrá participar en la licitación solo que no obtendrá dicha puntuación.

En segundo lugar es criterio de este Tribunal que 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 corresponde determinarlas al órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 116.1 de la LCSP, estando en el presente supuesto ante cuestiones de índole técnica relativas a la mayor o menor idoneidad de determinadas propiedades de un sistema de presentación de un medicamento.

Este Tribunal, evidentemente, carece de los conocimientos médicos precisos para discernir si determinadas propiedades son relevantes y adecuadas de manera que proceda su exigencia, aun cuando solo determinadas empresas o empresa puedan ofertar productos que tengan esas propiedades, por lo que en este caso debemos estar al principio de discrecionalidad técnica de la Administración que debe reconocerse al órgano de contratación del HUPH-M para conformar el objeto y condiciones de la presente contratación. De las argumentaciones esgrimidas por el órgano de contratación en su informe no se aprecia arbitrariedad, sino preferencia, de

ahí que la presentación referida sea considerada criterio de adjudicación y no requisito técnico exigible.

En este sentido conviene citar, en apoyo de las facultades técnicas de los Servicios de Farmacia del HUPH-M, la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, que en su fundamento de derecho cuarto reconoce: *“(...) la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos’ (...). Y continúa: (...) ‘la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado’.* (...)

Por todo ello se estima parcialmente el segundo motivo de recurso en cuanto que precisa de justificación en el informe de necesidad de la contratación de los criterios de adjudicación y se desestima en cuanto a la determinación del criterio *“inclusión de puertos de adición e infusión protegidos por lámina de aluminio”*.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Laphysan S.A.U., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de medicamentos de fluidoterapia para el Hospital Universitario Puerta de Hierro-Majadahonda” número de expediente GCASU2021-3-FAR, anulando los pliegos de

condiciones de conformidad con lo establecido en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

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.