

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado “Suministro de material fungible y equipamiento para la realización de tratamientos de hemodiálisis en pacientes adultos en el Hospital Universitario La Paz”, número de expediente PA 2023-0-53, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el 8 de noviembre de 2023, así como en el BOCM el 16 de noviembre del mismo año, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en cinco lotes.

El 20 de noviembre de 2023, se publica rectificación de errores del Pliego de

Prescripciones Técnicas.

El valor estimado de contrato asciende a 3.094.323,97 euros y su plazo de duración será de doce meses.

Segundo.- El plazo de presentación de ofertas concluyó el 4 de diciembre de 2023, habiendo presentado oferta cuatro licitadores, de acuerdo con el listado aportado por el órgano de contratación.

En esa misma fecha consta publicación en el Portal de anuncio de suspensión del procedimiento ante la interposición del recurso especial que nos ocupa.

Interesa, a los efectos de resolución del recurso, transcribir las siguientes cláusulas de los pliegos:

Del PCAP, la Cláusula 1, apartados 1, 3 y 22:

“1.- Definición del objeto del contrato: *Este contrato tiene por objeto la contratación del suministro del material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis en las unidades de hemodiálisis de pacientes crónicos y agudos en el Hospital General Universitario La Paz de Madrid, así como la cesión de los equipos necesarios para la realización de estos tratamientos. También incluye la adquisición de dializadores de características especiales. Adicional al suministro, el contrato incluye la gestión logística de los materiales descritos en el lote 1 (salvo números de orden 3 y 4)”.*

“3.- Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara.

Tipo de presupuesto: (máximo estimado)

Presupuesto.

Base imponible (10%) 725.127,27

Base imponible (21%) 11.616,53

Importe del I.V.A. (10%) 72.512,73

Importe del I.V.A. (21%) 2.439,47

Importe total: 811.696,00

“22.- Régimen de pagos.

Lote 1, número de orden 1 y 2: Forma de pago: Importe fijo pagadero cada mes, en base a la media de sesiones/mes, estableciéndose esta en 639 sesiones completas (con dializador), y 323 sesiones/mes sin dializador, y una regularización cada 6 meses en función del número de sesiones efectivamente realizadas.

Lote 1, número de orden 3 y 4 y lotes 2 al 5: Forma de pago: Se realizarán pagos parciales previa recepción parcial de las sucesivas partes del suministro, según el calendario de entregas del contrato, con las especialidades recogidas en el número 19, en el supuesto de incumplimiento de la ejecución parcial por parte del contratista”.

Y del PPT, los apartados 1, 2, 4.1.3, 4.1.4 y 4.1.5:

“1. OBJETO DEL CONTRATO.

El presente Pliego de Prescripciones Técnicas tiene por objeto la contratación del suministro del material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis en las unidades de hemodiálisis de pacientes crónicos y agudos en el Hospital General Universitario La Paz de Madrid, así como la cesión de los equipos necesarios para la realización de estos tratamientos. También incluye la adquisición de dializadores de características especiales.

Adicional al suministro, el contrato incluye la gestión logística de los materiales descritos en el lote 1 (salvo números de orden 3 y 4)”.

“2. ALCANCE DEL CONTRATO

El adjudicatario del lote 1 deberá suministrar todo el material y equipamiento necesarios para la realización de los tratamientos de hemodiálisis y hemodiafiltración en línea. Cada sesión tiene consumibles específicos. Está incluido también el mantenimiento del equipamiento que se utilice durante el periodo de vigencia de este contrato.

Se suministrarán todas las referencias que se especifican posteriormente y tanta cantidad de producto como sea necesario para la realización de 11.550 sesiones de diálisis al año sin establecer límites mínimos ni máximos. Se estima que,

aproximadamente, 1/3 de las sesiones anuales se realizarán con dializadores de características especiales definidos en los lotes 2, 3 y 4.

El número de sesiones ha sido calculado en base a las realizadas en períodos anteriores. En caso de que dicho número varíe durante la vigencia del contrato, se realizarán los ajustes oportunos en base a lo establecido en la cláusula “Régimen de pagos” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

“4.1.3 Sillones para hemodiálisis.

El adjudicatario de este lote deberá ceder, sin coste alguno, 18 sillones para hemodiálisis (...).”.

“4.1.4 Monitores de Televisión Sala Hemodiálisis.

El adjudicatario del Lote 1 deberá ceder, sin coste alguno, 16 monitores de televisión (...).”.

“4.1.5 Planta de agua portátil.

El adjudicatario del Lote 1 deberá ceder, sin coste alguno, una planta de agua portátil (...).”.

Por su parte, el Anexo al PPT contiene una tabla con desglose de precios unitarios por orden y lote, que para las órdenes 1 y 2 correspondientes al Lote 1 se establece viene referida al “MATERIAL FUNGIBLE NECESARIO PARA LA REALIZACIÓN DE SESIONES DE DIÁLISIS EN LA UNIDAD DE HEMODIÁLISIS”.

Tercero.- El 28 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FENIN en el que solicita la anulación del anuncio y los pliegos, así como la suspensión del procedimiento.

Tras un segundo requerimiento, el 18 de diciembre de 2023, 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, de oficio, por el órgano de contratación, según anuncio publicado en el Portal de Contratación el 4 de diciembre de 2023.

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 la Federación, 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 FENIN de una organización empresarial sectorial representativa de intereses colectivos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares fueron publicados en el Portal el 8 de noviembre de 2023 y la rectificación del pliego de prescripciones técnicas, el 20 del mismo mes. Por su parte, el recurso fue interpuesto, en este Tribunal, el 28 de

noviembre de 2023, 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 y los pliegos, en el marco de un contrato de suministro 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, este se articula en torno a la ilegalidad, a juicio del recurrente, del régimen de determinación del precio y al régimen de pago, pues tratándose de un contrato de suministros, la retribución al contratista no se efectúa por material suministrado, sino por sesión de hemodiálisis que realiza el Hospital con el material entregado, vulnerándose los artículos 100 y 102, 300 y 301 y 198.4 de la LCSP, así como el 1256 del Código Civil.

Señala FENIN que, siendo por cuenta del contratista en el lote 1 el suministro de los materiales fungibles necesarios para la realización de las sesiones de hemodiálisis, la cesión de los equipos para su realización, el mantenimiento del equipo cedido, el suministro del software necesario y la formación del personal, es el Hospital quien, en sus instalaciones y con su personal, realiza la actividad de diálisis con el material y equipos que le son entregados, efectuando a los pacientes las sesiones de hemodiálisis.

Y, en este contexto, conforme a los pliegos, en los números de orden 1 y 2 del lote 1:

- No se fija un precio unitario por cada producto que el suministrador haya de entregar, sino que la retribución de esta prestación se fija como precio unitario por sesión de hemodiálisis realizada (la “unidad” es la sesión de diálisis realizada).
- El precio se paga al contratista no por cada elemento de material que ese contratista entrega al Hospital, sino por cada sesión de hemodiálisis que el Hospital lleva a cabo con el material entregado (nótese que en los cinco primeros meses de

cada semestre se facturará una “media” teórica de sesiones, pero en el sexto mes se regularizará “en función del número de sesiones efectivamente realizadas”).

Por este motivo, entiende, el precio que se paga al contratista viene dado por el resultado de la actividad del Hospital y no por el material que suministra. Y apunta que la ilegalidad de este sistema de fijación y pago del precio respecto de contratos con idéntico objeto al que nos ocupa, ha sido reiterada y constantemente declarada por los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como por los Tribunales administrativos de recursos contractuales; resoluciones y sentencias cuya exposición detallada se contiene en el recurso.

Considera igualmente ilegal la obligación de entregar productos en depósito prevista en la cláusula 7 del PPT para los números de orden 1 y 2 del lote 1.

Solicita el órgano de contratación la desestimación de las pretensiones de la Federación recurrente, citando gran número de licitaciones propias para suministro de material, en que se prevén similares cláusulas referidas al depósito de material o al pago mensual según número de intervenciones quirúrgicas realizadas.

Alude al principio de libertad de pactos y defiende la legalidad del cálculo del precio y el pago por sesión de hemodiálisis, apoyando su argumento en el voto particular del Presidente del TACRC en la resolución 577/2018, citada por la recurrente, que recoge en su informe: *“El precio se ha de pagar cuando se cumple por el suministrador su prestación que en nuestro caso ocurre, no cuando dice que se entregan los productos fungibles, sino cuando se efectúa la prestación global o suma de las parciales, lo que ocurre cuando, además, se usa el equipo de diálisis en cada una de estas sesiones; es decir, el contratista cumple totalmente cada prestación sucesiva cuando se realiza cada sesión, no cuando entrega o pone a disposición los bienes fungibles.*

(...)

Por tanto, el pago mensual por sesiones realizadas no es un pago distinto al que se debe hacer por entrega de los bienes suministrados, sino un pago por entrega global o cumplimiento de todas las prestaciones a cargo del contratista que integran cada entrega singular completa”.

En referencia a la infracción de preceptos señalada por FENIN, apunta lo siguiente:

“No se ha infringido en ningún caso el tenor de los artículos 300 y 301, como se aduce de contrario por cuanto el precio está debidamente fijado tal y como se ha acreditado, al tratarse de un contrato de suministro compuesto por diferentes elementos que conforman la prestación principal, que será realizada en un momento posterior a su entrega y de este modo se procederá al pago”.

“Tampoco se infringen los artículos 100 y 102 de la LCSP pues el PPT establece cada uno de los componentes necesarios para la realización de sesiones de diálisis contenidas en los números de orden 1 y 2, así como el resto de material objeto de la licitación, en el sentido establecido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en resolución 96/2022”.

Y, por último, *“No por la prestación de bienes en depósito que se solicita en los pliegos se incumple precepto legal alguno”*, con dicha actuación se garantizan las prestaciones médicas y quirúrgicas realizadas en el Hospital y que de otro modo no sería posible prestar.

Vistas las alegaciones de las partes, debe analizarse, como se hizo en la invocada Resolución del TACRC, número 1126/2023, de 14 de septiembre, la legalidad del sistema de facturación por sesión de hemodiálisis como régimen de determinación y pago del precio en un contrato calificado como contrato de suministro, en cuyo objeto se integran prestaciones de cesión y mantenimiento de equipos, y de formación del personal del Hospital en el manejo del material y equipos.

Como señala la citada Resolución, *“Siendo varias las prestaciones objeto del contrato, no se advierte ningún obstáculo legal en la LCSP, para que el sistema de fijación del precio lo sea en función de una de las prestaciones, por ejemplo la del suministro, que integra todas las restantes que no por eso son gratuitas. En estos casos es preciso, como señala el recurrente, con cita de diversas resoluciones de este Tribunal, que el órgano de contratación proceda a desglosar del precio unitario máximo (referido a una parte o componente de la prestación) con indicación de los importes parciales que corresponden a cada una de esas otras prestaciones y que permita saber cómo se ha determinado el presupuesto del contrato por referencia al precio unitario máximo de cada kit o unidad a suministrar”*.

En el expediente que nos ocupa, los pliegos han establecido, para los números de orden 1 y 2 del lote 1, un precio unitario que incluye todo el material fungible a suministrar, necesario para la realización de las sesiones de hemodiálisis, que no incluye, ni desglose de importes parciales de dicho material, ni del resto de prestaciones complementarias o accesorias a la principal, como son la cesión de equipos o la formación, no permitiendo reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato y que han servido para el cálculo del precio unitario máximo.

No consta Memoria económica publicada en el Portal, ni obra en el expediente remitido por el órgano de contratación.

En atención a las anteriores consideraciones, entiende este Tribunal que no se ha determinado el precio del contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la LCSP, no permitiendo a los licitadores hacer un cálculo del precio del suministro a ofertar en consideración al conjunto de prestaciones que conforman el objeto del contrato.

En lo concerniente al sistema de facturación por sesión de hemodiálisis, estipula el artículo 300.3 de la LCSP que *“Cuando el acto formal de la recepción de*

los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra” y el artículo 301.1 del mismo texto legal que “El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato”.

Por su parte, el artículo 198.4 de la LCSP establece que *“La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio”.*

El sistema de pago previsto por el pliego aquí impugnado implica un desfase entre el momento de entrega y recepción de los materiales a suministrar y el momento en que va a generarse la obligación del pago, que coincide con la realización de las sesiones de hemodiálisis, vulnerándose lo dispuesto en el precepto transcrito.

A mayor abundamiento, el pago del precio en este caso, no depende del *“cumplimiento de todas las prestaciones a cargo del contratista que integran cada entrega singular completa”*, como se recoge en el voto particular de la Resolución analizada por ambas partes, sino que depende de la actividad del Hospital, a quien

corresponde realizar las sesiones de hemodiálisis.

No encontrándose correctamente determinados los precios unitarios, ni el régimen de pagos que se calcula en función de las sesiones de hemodiálisis realizadas, referidos a las órdenes 1 y 2 del Lote 1, procede anular los pliegos impugnados, así como los actos del expediente relacionados con su aprobación, de conformidad con lo previsto el artículo 57.2 in fine de LCSP, siendo necesaria la retroacción de actuaciones al momento de redacción de los pliegos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado “Suministro de material fungible y equipamiento para la realización de tratamientos de hemodiálisis en pacientes adultos en el Hospital Universitario La Paz”, número de expediente PA 2023-0-53, anulando los actos impugnados.

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 multa 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.