

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

En Madrid, a 18 de enero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don S.K., en nombre y representación 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 “Suministro de material de fluidoterapia” para el Hospital Universitario de Fuenlabrada, número de expediente PA SUM 16/035, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17,19 y 20 de diciembre de 2016, se publicó en el DOUE, BOCM, Perfil del contratante y en el BOE respectivamente, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 967.924,43 euros, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios.

Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el contrato consiste en un único lote con 21 números de orden.

Segundo.- El 4 de enero de 2017, FARMAFLUID presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación.

Aduce la recurrente que los Pliegos impugnados atentan contra los principios de no discriminación e igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia en cuanto se licita un único lote con 21 números de orden y tras el examen de los mismos sostiene que *“hay diez (10) números de orden con el principio activo “Cloruro sódico 0,9%”, distinguiéndose uno de los otros por el tamaño de la ampolla (10 ml, 50 ml, 100 ml, 250 ml, 500 ml y 1000 ml) y la forma de presentación (ampolla de plástico, vial de plástico semirrígido o bolsa de plástico flexible).*

- *ocho (8) números de orden con el principio activo “Glucosa 5%”, distinguiéndose uno de los otros por el tamaño de la ampolla (50 ml, 100 ml, 250 ml, 500 ml y 1000 ml) y la forma de presentación (vial de plástico semirrígido o bolsa de plástico flexible);*

- *dos (2) números de orden con el principio activo “Glucosalino 1/3”, distinguiéndose uno del otro por el tamaño de la ampolla (250 ml y 500 ml) pero ambos con presentación vial de plástico semirrígido; y*

- *un (1) número de orden con el principio activo “Ringer lactato 1/3”, de 500 ml, presentación en vial de plástico semirrígido”.*

Por lo tanto considera que *“a la vista de los requerimientos del PPT, que exigen para la admisión de las ofertas que éstas contemplen los medicamentos de fluidoterapia de todos los veintiún números de orden, podemos concluir que solo podrán presentar una oferta que sea admisible las empresas que comercialicen todos los veintiún medicamentos de fluidoterapia, en todas las presentaciones y formatos descritos en los veintiún números de orden del lote único”.*

Comunicada la interposición del recurso al órgano de contratación y requerido el envío del expediente administrativo y del informe preceptivo 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), el 13 de enero tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación

solicitada. En el informe remitido se indica que *“tras la finalización del plazo de licitación y viendo que efectivamente solamente se ha presentado la empresa Fresenius Kabi España S.A., y tras la oportuna revisión del PPT por el servicio de Farmacia, habiéndose recabado información en el mercado, llegamos a la conclusión de que evidentemente y sin ánimo de mala fe, al realizar el Hospital el pliego en un único lote se limitaba dicha licitación a una empresa”*.

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.- Se acredita en el expediente la legitimación activa FARMAFLUID, para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) en su condición de asociación representativa de los intereses colectivos del sector de laboratorios farmacéuticos de fluidoterapia y nutrición parenteral, tal y como se establece en sus Estatutos aportados por la recurrente el 6 de octubre, en trámite de subsanación.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos, previa su publicación en el DOUE el 17 de diciembre, fueron puestos a disposición de los interesados el 19 de diciembre mediante su publicación en el perfil de contratante e

interpuesto el recurso el 4 de enero de 2017, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se funda, en la vulneración del principio de concurrencia por injustificada agrupación de artículos en un lote, ya que la agrupación de las diferentes presentaciones de los productos, hacen que solo puedan suministrarse por una empresa del mercado.

Por su parte el órgano de contratación reconoce que la agrupación no está motivada y que además ha supuesto una vulneración del principio de concurrencia, dándose la circunstancia de que ha concurrido un solo licitador.

Como ya señaló el Tribunal en su Resolución 96/2016 de 28 de mayo, *“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 es 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 (...). 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 no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo suponga 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”.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso habiendo señalado el órgano de contratación en su informe que no ha existido motivación en la agrupación en un solo lote de todos los productos y presentaciones y su disposición a modificar el PPT dividiendo la licitación en varios lotes, procede estimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 interpuesto por don S.K., en nombre y representación 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 “Suministro de material de fluidoterapia” para el Hospital Universitario de Fuenlabrada, número de expediente PA SUM 16/035, anulando los Pliegos y la licitación que deberá dividirse en los lotes que el órgano de contratación considere necesarios de acuerdo con los términos expuestos.

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 47.5 del TRLCSP.

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.