

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2021

VISTO el recurso en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral (en adelante, AENE) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del acuerdo marco para la adquisición centralizada de 56 lotes de productos dietoterápicos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud y Centros Sociosanitarios de la Comunidad de Madrid , Número de expediente: AM.PA.SUM 05/2021 este Tribunal ha adoptado la siguiente ,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

Cláusulas Administrativas Particulares fundado en dos motivos: nulidad por inclusión de los centros sociosanitarios privados; insuficiencia de la justificación del presupuesto.

Tercero.- En fecha 14 de octubre de 2021 se recibe el informe y el expediente del órgano de contratación conforme al artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP),

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurrente se encuentra legitimado para comparecer e interponer el recurso como titular de intereses colectivos, a tenor del artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso, como presidente de esta Asociación.

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

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

Quinto.- Motivos del recurso

1. Nulidad de incluir dentro del acuerdo marco a los centros sociosanitarios privados.

Alegaciones de AENE:

Se funda en la incompetencia del SERMAS para adquirir los productos dietoterápicos objeto de licitación para los pacientes de los centros sociosanitarios de titularidad privada.

Ese objeto del contrato se define en la cláusula 1.1. del PCAP. El Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, el PPT) a que se remite la cláusula transcrita del PCAP se contiene la relación de la totalidad de los centros sociosanitarios privados actualmente existentes en la Comunidad de Madrid, que asciende a más de 400.

Todos los centros sociosanitarios de la Comunidad de Madrid, sean de titularidad pública o privada, pierden su facultad de gestionar por sí mismos la adquisición de los productos dietoterápicos que precisen sus usuarios, asumiendo dicha competencia el SERMAS.

No existe disposición normativa alguna que permita al SERMAS asumir *motu proprio* y de manera unilateral la gestión de la adquisición de los productos dietoterápicos que hayan de ser dispensados en el marco de los centros sociosanitarios de titularidad privada.

En la misma cláusula 1.1 del PCAP se afirma expresamente que será la central de compras del SERMAS quien lleve a cabo la adquisición centralizada de todos los productos objeto del acuerdo marco, incluidos, por tanto, los destinados a los centros

sociosanitarios privados, cuando su competencia se circunscribe expresamente al ámbito de los centros y entes adscritos o dependientes del SERMAS, tal y como recoge el artículo 22 de la Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012

La manifiesta incompetencia del SERMAS para incluir en el objeto del acuerdo marco a los centros de titularidad privada se deriva igualmente de la regulación actualmente vigente en materia de ordenación y atención farmacéutica en los centros sociosanitarios.

El artículo 54 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid obliga a los centros sociosanitarios a crear sus servicios de farmacia o depósitos de medicamentos en los supuestos que determina.

Parece obvio que, si los centros sociosanitarios tienen la posibilidad de establecer sus propios servicios de farmacia, ello significa que serán éstos quienes determinen las necesidades de contratación de productos farmacéuticos (y dietéticos) en los centros y adquieran en consecuencia los medicamentos y productos sanitarios que sean precisos para atender los cuidados de sus clientes.

Esta misma concepción se refleja en la normativa estatal aplicable a la atención farmacéutica en los centros sociosanitarios. El Real Decreto-Ley 6/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones que, en su artículo 6, establece las medidas relativas a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social (en los que se encuadran los centros sociosanitarios) y en los centros psiquiátricos, que obliga a instalar un servicio de farmacia hospitalario propio en los centros sociales con más de cien camas, teniendo un depósito de medicamentos en otros caso.

La regulación contenida en el pliego del acuerdo marco infringe, por tanto, la normativa contemplada en el artículo 54 de la Ley 19/1998 y en este artículo 6 del

Real Decreto-Ley 6/2012, en la medida en que desvirtúa por completo el deber o facultad, según los casos, que asiste a los centros sociosanitarios privados para dotarse de un servicio de farmacia propio o de un depósito de medicamentos vinculado a una oficina de farmacia, ajenos a la injerencia del SERMAS.

La asunción por parte del SERMAS de la competencia de adquirir de manera centralizada los productos dietoterápicos que precisen los centros sociosanitarios de titularidad privada vacía por completo de contenido las facultades inherentes a los servicios de farmacia propios o a las oficinas de farmacia a las que se hallen vinculados, en su caso, los depósitos de medicamentos de los centros privados.

Por otro lado, debe ponerse de manifiesto la inexistencia de convenios o acuerdos entre el SERMAS y los centros sociosanitarios privados, en virtud de los cuales éstos atribuyan al SERMAS la competencia para adquirir en su nombre los productos dietoterápicos que requieran para atender las necesidades de sus usuarios.

La medida adoptada por el SERMAS atenta contra de la libertad de empresa de dichos centros, así como de las entidades asociadas a AENE ,reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española y que también debe ser salvaguardada en el ámbito de la contratación administrativa.

No cabe duda de que la asunción injustificada por parte del SERMAS de la competencia para adquirir de manera centralizada los productos dietoterápicos que precisen los centros sociosanitarios de titularidad privada vacía por completo de contenido las facultades inherentes a los servicios de farmacia propios o a las oficinas de farmacia a las que se hallen vinculados, en su caso, los depósitos de medicamentos de los centros privados, vulnerando de esta forma su derecho al libre ejercicio de la profesión y la libertad de empresa de la farmacia.

Igualmente, esta decisión adoptada por el SERMAS atenta contra la libertad de empresa de los fabricantes y distribuidores de productos dietoterápicos, a los que representa AENE, toda vez que se ve limitada, sin soporte legal alguno, su capacidad de dirigir su actividad económica en atención a las condiciones de mercado y de

negociar con los servicios y oficinas de farmacia vinculados a los centros sociosanitarios privados las condiciones de comercialización de tales productos.

En definitiva, resulta acreditado que el SERMAS es manifiestamente incompetente por razón de la materia para incoar el procedimiento de licitación del acuerdo marco y, por tanto, para aprobar los pliegos rectores del mismo y acordar su adjudicación, en la medida en que incluye en su ámbito subjetivo de aplicación a los centros sociosanitarios privados cuando resulta acreditado que la normativa vigente no le atribuye en modo alguno la facultad de adquirir en nombre de éstos los productos dietoterápicos objeto del acuerdo marco.

Esta incompetencia manifiesta por razón de la materia determina la nulidad de pleno Derecho del anuncio de licitación del Acuerdo marco y de sus pliegos, con fundamento en la letra b) del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Alegaciones del órgano de contratación:

Según el informe del órgano de contratación, el ámbito materia de competencia viene definido por una serie de disposiciones , sobre las que transcribe los artículos referidos a la prestación de productos dietéticos: artículos 7 y 18 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Anexo VII de cartera de servicios comunes de prestación con productos dietéticos del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en su ANEXO VII; el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, el cual en su artículo 8 ter. y disposición adicional segunda desarrolla dentro de la Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, comprende la prestación con productos dietéticos.

El contrato contempla cubrir las necesidades de productos dietoterápicos de los pacientes del SERMAS, que se encuentren institucionalizados en hospitales o en

centros sociosanitarios (residencias) con independencia de que estos centros sociosanitarios sean públicos o privados.

Como no podía ser de otra manera, al tratarse de una prestación sanitaria la financiación es con cargo exclusivamente al presupuesto del SERMAS. Esta situación únicamente modifica con respecto al momento actual el modelo de prestación (receta electrónica vs. adquisición directa) de tal forma que los productos dietéticos suministrados a los residentes, ya sean de un centro público o privado, se efectúan a través del presupuesto de este organismo autónomo.

Los centros sociosanitarios públicos o privados no adquieren estos productos para los pacientes que en ellos residen. Actualmente la adquisición se realiza a través de atención primaria para los centros de asistencia social de titularidad pública relacionados en el Decreto 230/2015, de 20 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia Madrileña de Atención Social a los que daba cobertura el AM PA SUM-10/2017 *“suministros de productos dietoterápicos a hospitales del Sermas y centros y servicios asignados a la Agencia Madrileña de Atención Social y para el resto de centros sociosanitarios”*, mediante receta en las oficinas de farmacia sin ningún cargo para el paciente, reintegrando el coste total el SERMAS.

Por lo tanto, no cabe una financiación conjunta ya que no existen dos financiaciones distintas. El gasto lo soporta en exclusiva el SERMAS, como organismo autónomo que tiene a su cargo la prestación de la asistencia sanitaria, así como la adquisición de los productos que se precisan para efectuar dicha prestación.

El SERMAS y concretamente la entidad que tiene competencia en la prestación farmacéutica, es decir, la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios (SGFPS), unidad promotora de este AM es responsable de la prestación con productos dietéticos de los usuarios del SERMAS.

Este Acuerdo marco, además de favorecer la continuidad asistencial y la equidad, pretende mejorar la eficiencia de la prestación sin menoscabo de la calidad

asistencial. Por otra parte, iguala la prestación a los pacientes del SERMAS independientemente de donde residan, pues existen muchas ineficiencias y desigualdades. Los centros sociosanitarios son simplemente puntos de distribución.

Fundamentos del Tribunal:

A juicio de este Tribunal la argumentación de AENE confunde en gran parte las condiciones de la prestación farmacéutica con las propias de la prestación dietoterápica. Los productos dietéticos no son medicamentos ni forman parte de la prestación farmacéutica del sistema. Estos productos no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

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

Ya la Ley General de la Seguridad, Decreto 2065/1974 de 30 de mayo en su artículo 106 excluye de la prestación farmacéutica a los productos dietéticos. Y en el 107 distingue dos vías de dispensación de medicamentos: hospitalaria a los pacientes ingresados y adquisición en las oficinas de farmacia.

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

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

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

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

establecido por las Administraciones sanitarias con competencias en la gestión de esta prestación”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Las Comunidades Autónomas, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), en

sus respectivos ámbitos de gestión y a efectos de establecer los importes de facturación de las oficinas de farmacia o como referente máximo para la adquisición de productos dietéticos que faciliten a través de centros sanitarios a pacientes no ingresados, aplicarán los precios de oferta a los doce meses de la entrada en vigor de la presente orden, salvo para aquellos productos que, de acuerdo a lo señalado en el apartado 2, hayan solicitado la aplicación de los importes máximos en dos etapas, en cuyo caso a los doce meses se aplicará la cantidad aceptada en la primera etapa y seis meses después el precio de oferta” (disposición final segunda Orden SPI/2958/2010, de 16 de noviembre).

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

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

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

AENE , Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de productos de nutrición enteral, tiene por fin la defensa de los derechos e intereses de sus asociados, siendo los mismos los fabricantes y distribuidores de productos de nutrición enteral. Las facultades de organización de los centros sociosanitarios y de sus servicios de farmacia son ajenas a los fines de AENE. Estos centros no consta hayan impugnado ni el anuncio ni los Pliegos. Tampoco el Colegio de Farmacéuticos.

La libertad de empresa y de negociación de las empresas pertenecientes a la Asociación recurrente de la provisión de productos dietoterápicos con los centros sociosanitarios, no se encuentra amenazada por el procedimiento de contratación si la dispensación a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud se efectúa a través de las oficinas de farmacia, tal y como afirma el órgano de contratación. Textualmente: *“señalar que los centros sociosanitarios públicos o privados no adquieren estos productos para los pacientes que en ellos residen”*.

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

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

2. La justificación presupuestaria del Acuerdo marco es insuficiente.

Alegaciones de AENE:

En segundo lugar se afirma que la justificación ofrecida por el órgano de contratación respecto del precio del acuerdo marco y de su presupuesto base de licitación es, a todas luces, insuficiente, lo que impide a los licitadores confeccionar sus proposiciones económicas de manera adecuada con arreglo a criterios reales acerca del coste que verdaderamente supone la ejecución de las prestaciones inherentes al acuerdo marco.

La ausencia de justificación alguna en la estimación del presupuesto base de licitación del contrato infringe de manera clara lo dispuesto en los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP.

El artículo 100 de la LCSP, relativo al presupuesto base de licitación, es suficientemente explícito al afirmar la necesidad de que en los pliegos de la licitación

se desglosen de manera detallada los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.

Abundando en esta idea, el artículo 102.3 de la LCSP exige al órgano de contratación la correcta determinación del importe del contrato atendiendo al precio general de mercado

El órgano de contratación, prescindiendo de las exigencias contenidas en los citados preceptos, se ha limitado a fijar unos precios unitarios de licitación, sin desglosar el importe a que ascienden los costes directos e indirectos y demás gastos asociados a la ejecución del acuerdo marco (en particular, los gastos logísticos) ni justificar el origen de tales precios unitarios.

Únicamente el apartado 13 de la cláusula 1 del PCAP, relativo a la revisión de precios, alude, si bien de manera claramente insuficiente, a la determinación de los precios unitarios de licitación. No obstante, tampoco se desglosan los componentes que integran dichos precios, es decir, los costes directos, indirectos y demás costes vinculados a que se refiere expresamente el artículo 100.2 de la LCSP.

Por lo demás, no consta publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el informe de necesidad del acuerdo marco ni tampoco ningún otro informe que pudiera justificar el cálculo del presupuesto base de licitación llevado a cabo por el órgano de contratación.

En consecuencia, se constata el claro incumplimiento de las exigencias establecidas en los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP.

Por otro lado, resulta ciertamente sorprendente la afirmación contenida en el apartado 13 de la cláusula 1 citado, según la cual *“los precios unitarios de licitación se han establecido en función de los precios actuales de mercado y las previsibles fluctuaciones de los mismos durante el periodo de duración inicial del contrato y sus eventuales prórrogas”*, toda vez que los precios unitarios fijados en el PCAP son idénticos a los precios que se contemplaron en la licitación anterior, que tuvo lugar

hace cuatro años, y que además únicamente incluía en su ámbito subjetivo a los centros sanitarios dependientes del SERMAS y a las residencias de titularidad pública (alrededor de 25 centros).

Es más, el apartado 13 de la cláusula 1 del PCAP descarta la posibilidad de que se opere la revisión de precios durante la vigencia del acuerdo marco, pese a que la cláusula 27 del PCAP permite al órgano de contratación acudir a este mecanismo de la revisión de precios transcurridos dos años desde la formalización del acuerdo marco.

A la vista de lo expuesto, parece evidente que no se ha contemplado, a la hora de configurar el presupuesto base de licitación del acuerdo marco, el coste logístico que han de tener en cuenta los licitadores, a fin de configurar adecuadamente sus ofertas, por lo que difícilmente puede sostenerse la adecuación del presupuesto base de licitación al precio general del mercado. La extensión del ámbito subjetivo del acuerdo marco a todos los centros sociosanitarios de la Comunidad de Madrid implica que los adjudicatarios deberán suministrar los productos sanitarios a más de 400 centros repartidos por todo el territorio de la Comunidad de Madrid. De este modo, la ampliación exponencial del número de centros destinatarios y su dispersión por toda la geografía madrileña supone necesariamente un incremento de los costes logísticos, costes que no se contemplan en absoluto en el PCAP.

Además, debe tenerse en cuenta que el PCAP tampoco establece la obligación de que los pedidos que efectúen los distintos centros destinatarios hayan de incluir un número mínimo de productos para que puedan ser suministrados.

Considerando la reducida dimensión de algunos de los centros integrados en el Acuerdo marco y la dispersión geográfica apuntada, no cabe duda de que el coste logístico va a ser muy elevado, hasta el punto de que es muy posible que, si no se contempla el mismo en el precio, muchos licitadores consideren antieconómico participar en esta licitación.

Alegaciones del órgano de contratación:

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

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

En la memoria económica de este acuerdo marco, también se detalla *“en los casos de los lotes que no estaban contemplados en el anterior expediente (3,10,24,25,28, 31,38,52,53,56), el precio de licitación para cada lote se ha establecido de acuerdo al precio que los proveedores están ofertando a los centros hospitalarios dependientes del SERMAS compensándolo con el precio oficial al que adquieren las centros de atención social, siendo el resultado la aplicación de un descuento del 40% sobre el precio oficial (importe máximo de financiación) publicado en el Nomenclátor Oficial de Dietoterápicos”*. Este mismo criterio es el que se estableció para definir el precio de licitación en el AM SUM-10/2017, en el que todos los licitadores pudieron ofertar e incluso mejorar el precio.

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

En la memoria queda justificado el precio del acuerdo marco y la estimación del presupuesto base de licitación del contrato.

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

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

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

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

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

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

Con respecto a que en el PCAP tampoco establece la obligación de que los pedidos que efectúen los distintos centros destinatarios hayan de incluir un número mínimo de productos para que puedan ser suministrados, el apartado 21 de la cláusula 1 del PCAP, se establece que *“en ningún caso los adjudicatarios podrán imponer ninguna exigencia en cuanto a solicitudes de pedidos mínimos, ni en importe, ni en número de unidades”*. Este requisito se ha establecido con el objetivo de favorecer la continuidad asistencial garantizando que a cada paciente se le suministre el producto que mejor se adapte a sus necesidades clínicas independientemente del número de unidades necesarias a adquirir para ello. Este requisito ya se estableció en el AM SUM-10/2017. La unidad de contratación consideramos que el coste logístico de este requisito, de nuevo, se ve compensado con el volumen de venta del proveedor y el diferencial el diferencial entre el precio de licitación y el precio del primer adjudicatario del AM anterior (reflejado en la tabla 1).

Fundamentos del Tribunal:

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

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

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

Por otro lado, los precios financiados por el sistema se consignan en el Nomenclátor de productos dietéticos financiados por el Sistema Nacional de Salud, Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre. En esta memoria se detalla la fuente del precio de licitación de cada uno de los 56 lotes del presente acuerdo marco. Igualmente se detalla el consumo anual estimado y los precios unitarios de licitación de cada uno de los lotes, y se afirma que el precio de cada producto se cumplimentará como precio final, es decir, que ya incluirá todos los gastos del embalaje, transporte, seguros, impuestos, tributos.

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

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

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

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

Tal y como consta en la memoria el precio incluye todos los gastos y se establece en base a precios unitarios por unidades de entrega de los suministros,

según fija el artículo 102.4 de la LCSP. No siendo posible una desagregación entre costes directos e indirectos, que el órgano proponente desconoce.

Tal y como acuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 84/2019 de 1 de febrero, precio del contrato y desglose del presupuesto son dos conceptos asociados, no siendo exigible en el contrato de suministro el desglose de costes propio de un contrato de servicios: *“El segundo de los fundamentos del recurso estima que el apartado 4.3 del PCAP infringe el artículo 100.2 de la LCSP, toda vez que no toma en consideración todos los costes directos, indirectos y otros gastos que lleva aparejada la ejecución de las prestaciones impuestas al contratista. Abbott estima que el PCAP debería desglosar los costes”* El artículo 100.2 de la LCSP prevé que: *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

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

presupuesto es suficiente para cubrir los mencionados costes laborales, y otros necesarios para la correcta prestación del servicio.

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

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

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

La no obligación de diferenciar entre costes directos e indirectos o desglosar los costes en este tipo de contratos se ha afirmado taxativamente por este Tribunal, entre otras en Recurso nº 420/2018 de 9 de enero de 2020: “Mención especial merece el contrato de suministros, donde no existe un coste de personal directamente vinculado al objeto del contrato y donde los costes directos e indirectos son difícilmente determinables. Indeterminación que se hace más evidente en los múltiples casos en que el licitador no es el productor sino un distribuidor.

Se advierte que en el caso de los suministros no existe razón de protección de derechos sociales que justifiquen el desglose de costes directos e indirectos, es más, la distinción podría atentar con el principio de secreto mercantil, por lo que se considera que en el caso de los suministros el desglose del precio no ha de ser obligatorio para el órgano de contratación, quien podrá optar por su desglose o por su tratamiento unificado.

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

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

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

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

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco para la adquisición centralizada de 56 lotes de productos dietoterápicos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud y Centros Sociosanitarios de la Comunidad de Madrid, Número de expediente: AM.PA.SUM 05/2021

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.