



Recursos nº 1481 y 1488/2019 C. A. de Castilla-La Mancha 118 y 116/2019

Resolución nº 180/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 6 de febrero de 2020.

VISTOS los recursos formulados respectivamente por D. Javier López-Belmonte Encina, en nombre y representación de LABORATORIOS FARMACÉUTICOS ROVI, S.A. (en adelante, ROVI), y por D. David García Calleja y D. Luis Agustín Menéndez Menéndez, en nombre y representación de BAYER HISPANIA, S.L. (en adelante, BAYER), contra los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación convocado por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para contratar el "*Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos, sueros y contrastes para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Parte III: medios de contraste) - lotes 109, 110, y 111*", expediente 2019/000150-III; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 18 de julio de 2019 el Secretario General del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante, SESCOAM) dictó resolución iniciando expediente de licitación del Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos, sueros y contrastes para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (exp nº 2019/000150); asimismo, con fecha 1 de octubre de 2019 se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que habrán de regir en el citado procedimiento.

Segundo. El anuncio de licitación se publicó el día 31 de octubre de 2019 en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El plazo de presentación de ofertas terminaba el 2 de diciembre de 2019, pero posteriormente fue ampliado hasta el día 19 de diciembre de 2019.



Tercero. El 22 de noviembre de 2019 ROVI (Recurso nº 1481/2019), y BAYER (Recurso nº 1488/2019) interpusieron sendos recursos especiales en materia de contratación.

Cuarto. Interpuestos los recursos, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 5 de diciembre de 2019 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que ésta afecte al plazo de presentación de ofertas, y de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Quinto. En cuanto a los motivos de los recursos, pasamos a referirnos a los fundamentos de cada uno de los recursos a los que se refiere la presente resolución.

En primer lugar, en cuanto al recurso interpuesto por ROVI, el mismo se basa en tres motivos, relativos a los lotes 109, 110, y 111, que podemos resumir del siguiente modo:

I.- Se refiere, en primer lugar, a la supuesta inclusión en el pliego de contratación de prestaciones ajenas al objeto del contrato, al entender que éste *“se ciñe exclusivamente al suministro de medicamentos, sueros y medios de contraste”* y, sin embargo, se exige *“la aportación de equipos inyectoros y el suministro de fungibles que son necesarios para la administración de cada uno de los contrastes”*, señalando el PPT que *“el laboratorio suministrará de manera gratuita todo el material fungible necesario para la inyección del contraste en el Servicio de Radiodiagnóstico (...)”*. A juicio de la entidad recurrente, esta previsión es contraria al principio de proporcionalidad, que al amparo de los artículos 100.2 y 102 de la LCSP implica que todo aquello que se exija en el marco del procedimiento y suponga un coste ha de estar adecuadamente reflejado en el presupuesto base de licitación a favor de determinar un *“precio cierto”* a cualquier *“prestación”* que tenga lugar dentro del procedimiento. Alega que estas prestaciones escapan del objeto del contrato, y ni se concretan ni se cuantifican en los Pliegos, originando costes que deberá soportar el adjudicatario, y vulnerando con ello el principio de transparencia y acceso a las licitaciones.

II.- En segundo lugar, alega la recurrente el incumplimiento de la obligación consistente en la división en lotes del objeto del contrato, quebrando con ello el principio de búsqueda de la máxima concurrencia que debe inspirar la contratación administrativa. Se refiere con ello



a los lotes 109, 110 y 111, que *“son contenedores de principios activos distintos, no intercambiables entre sí, por lo que la no división no se justificaría en este caso. Así, tratándose, de entrada, de principios activos distintos no requieren, por tanto, de una adquisición conjunta a través de un mismo lote al que ha de licitarse de forma completa”*. Continúa alegando que dentro de los contrastes agrupados en los lotes 109 y 110 *“se encuentran 8 principios activos distintos, con características claramente diferenciadas en cuanto a su concentración e indicaciones terapéuticas, lo que hace que NO sean intercambiables entre sí”*, y que según la recurrente serían las siguientes:

- Diferentes características moleculares
- Diferentes concentraciones comercializadas
- Diferentes indicaciones terapéuticas según el tipo de población
- Diferentes advertencias y precauciones de empleo
- Diferentes indicaciones terapéuticas en relación a los procedimientos para los que están indicados

Entiende la recurrente que:

“la conformación de los lotes 109, 110 y 111 (...) quebranta el principio de búsqueda de la máxima concurrencia, el principio de libre competencia y el principio de libertad de acceso a las licitaciones, restringiendo artificialmente el acceso a la licitación de potenciales operadores de mercado y es que todos aquellos que comercialicen uno o varios de los principios activos que constituyen los subgrupos de contraste V08AB y V08CA, tendrá soluciones válidas para dar cobertura a las necesidades del órgano de contratación y, sin embargo, se verán impedidos en orden a acceder a la licitación con causa en la configuración expuesta que agrupa los referidos medios de contraste en un mismo lote cuando debieran haberse recogido en lotes distintos”, y ello al entender que *“no existe una verdadera razón que avale, desde un punto de vista técnico la agrupación de los medios de contraste requeridos, en tan solo 3 lotes considerándose la obligación de licitar a lote completo, cuando nos hallamos*



ante una multiplicidad de medios de contrastes con principios activos y funcionalidades claramente diferenciadas”.

III.- Alega, por último, la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en los artículos 38 de la LCSP y 47 de la Ley 39/2015, al entender que los pliegos “*vulneran las normas más esenciales que rigen los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración, al tiempo que supone también un perjuicio indirecto para la propia Administración contratante, que ve restringido el abanico de posibles licitadores de manera innecesaria e injustificada con el consiguiente agravio al interés público*”.

Sexto. En segundo lugar, en cuanto al recurso interpuesto por BAYER, el mismo se refiere a los lotes 109 y 111, por ser en los que está interesada en presentar oferta la entidad recurrente. En relación con dichos lotes, impugna la licitación con base en la inclusión de peticiones de otros productos y servicios que no pertenecen al objeto del contrato.

Se refiere el recurso en este punto a la exigencia del suministro, sin coste, de los inyectores que fueran necesarios para la administración del contraste iodado en los servicios de radiodiagnóstico, así como el mantenimiento, la reparación, las actualizaciones de los equipos por parte del adjudicatario, y el suministro de todo el material fungible necesario para la inyección del contraste, incluyendo equipos para bombas, alargaderas y jeringas, sin determinar cuantía alguna.

Señala la recurrente que dichos materiales “*no son instrumental o equipamiento específico de nuestra empresa, de tal manera que no se pudiera utilizar el contraste que figura en los lotes 109 y 111 si no aportamos todo lo que solicitan gratuitamente*”. Entiende que se le están exigiendo productos que no tienen por qué ser necesariamente de la misma casa comercial que los contrastes.

A su juicio, conforme a la doctrina de este Tribunal es jurídicamente admisible la fijación de un único precio para varias prestaciones del contrato (cita la Resolución 577/2018), pero en este caso entiende que no se fija dicho precio unitario para todos los bienes que se solicitan conjuntamente con el contraste. Critica que el pliego no contenga información que permita a los licitadores hacer un cálculo del precio del suministro a ofertar, considerándolo



en el conjunto de prestaciones del objeto del contrato, al entender que se contraviene con ello la exigencia de precio cierto.

Con base en lo anterior, solicitan la anulación de los pliegos impugnados.

Séptimo. A la vista de los recursos citados se elaboraron sendos informes por el órgano de contratación, en los que solicita la desestimación de los mismos con base en los siguientes argumentos:

I. En cuanto a las alegaciones relativas a la inclusión en el pliego de prestaciones ajenas al objeto del contrato y enriquecimiento injusto de la Administración.

Dice en este punto el OC que:

“se aclara ante el TACRC que la inclusión de fungibles y cesión de equipos inyectoros, también contemplada en licitaciones de otros servicios de salud, se justifica en la memoria justificativa (documento 3 del índice) también publicada en la plataforma de contratación del sector público:

“En todos los lotes de contrastes, se ha incluido en relación con el objeto del contrato, la aportación de equipos inyectoros y el suministro de fungibles que son necesarios para la administración de cada uno de los contrastes. Esta cesión y suministro, que ya se viene haciendo por algunos proveedores, determina de forma relevante los costes reales de las técnicas diagnósticas y se considera por tanto necesaria su inclusión en la oferta”.

Debe indicarse que la compatibilidad de inyectoros y fungibles con el producto, determina la necesidad del suministro conjunto a un precio cierto para el servicio de salud, y que el precio unitario de licitación, sensiblemente superior al de adjudicación de otras licitaciones en otras CCAA, contempla ya la repercusión de estos costes.

El recurrente es conocedor de esta cuestión y además se perdería realmente el valor de precio cierto si estos accesorios no se incluyen en el suministro de estos



lotes quedando el Sescam (y cualquier Administración) al arbitrio de la empresa para suministrar fungibles y resto de elementos que permitan la ejecución de la prestación. El término de la memoria justificativa y del PPT "sin coste" es cierto que puede inducir a que se prestan gratuitamente lo que sería incompatible con el carácter oneroso de los contratos como ya determina la LCSP y en la doctrina del TACRC, si bien el significado real aunque no sea literal es que ese precio ya figura en el suministro y no puede suponer un sobrecoste para la Administración, porque el número de fungibles, inyectores y elementos accesorios no pueden determinarse previamente por la Administración quedando a disposición únicamente de la empresa contratista la ejecución y coste final de la prestación. Todo ello, se incide, además, en garantizar la compatibilidad de todos los elementos. Los elementos, por tanto, no son gratuitos, sino que se incluyen en el precio final del medicamento. Además, esta circunstancia no ha sido desvirtuada por la recurrente que no aporta coste real del medicamento y de los inyectores y otros elementos porque realmente no podrá enervar ni desvirtuar que el precio del lote es adecuado al mercado y garantiza el pago total de la prestación".

II. En cuanto a la división en los lotes 109, 110 y 111, sin hacer un lote para cada principio activo.

Alega el OC que:

"la memoria justificativa (página 6 del documento 3 del índice) del expediente de contratación publicada en la plataforma de contratación del sector público justifica la razón de la división en lotes de los medios de contrastes. Esta justificación, a juicio del órgano de contratación, se ha basado en las causas técnicas que suscribe el Área de Farmacia de la Dirección General de Asistencia Sanitaria en la propia memoria justificativa. Dicha división en lotes es compatible con el artículo 99 de la LCSP y con la propia doctrina del TACRC que no es preciso desarrollar en el informe, pero resulta patente e indubitada".

En dicha memoria, se señala lo siguiente:



“En el lote 109 se agrupan todos los contrastes yodados no iónicos iodados de baja osmolaridad e isoosmolares por compartir todos ellos una misma funcionalidad y no presentar diferencias relevantes en su seguridad. En este sentido se ha valorado que el contraste isoosmolar no se ha mostrado en diversas revisiones sistemáticas que tengan menor riesgo de nefrotoxicidad que los de baja osmolaridad (a excepción de iohexol), y que en todo caso la prevención de riesgos específicos de pacientes tiene cabida en la ejecución del contrato. Por el contrario, sí se ha licitado separadamente los contrastes iodados en presentación de unidosis precargada (lote 110), por su repercusión práctica, y por sus mayores costes de producción.

En el lote 111 se agrupan todos los contrastes basados en gadolinio que tienen la característica común de ser macrocíclicos. Además de su utilidad en el mismo tipo de técnicas diagnósticas, esta característica les confiere una particular estabilidad y seguridad en su manejo”.

III. En cuanto a la nulidad de la licitación a la que se hace referencia en el recurso de ROVI.

Manifiesta el OC que la recurrente no concreta qué normas, estipulaciones o cláusulas de los pliegos considera la recurrente que conculcan la legalidad administrativa y que justificarían la imposición de la máxima sanción a un acto administrativo cual es la nulidad del mismo, por lo que se aprecia que este tercer motivo resulta vacío de contenido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 46 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), y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 15 de octubre de 2012 (BOE de fecha 02/11/2012), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 2 de febrero de 2016 (BOE de fecha 11/02/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 10 de octubre de 2018 (BOE de fecha 16/10/2018).



Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 a) de la LCSP.

Tercero. Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello. En ambos casos, la legitimación de las recurrentes deriva del hecho de constar entre su objeto social la actividad económica que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir (artículo 50.1 b) de la LCSP).

Quinto. Entrando ya en el fondo de los recursos, pasamos a analizar cada una de las cuestiones controvertidas en los mismos, comenzando por la supuesta inclusión en el pliego de prestaciones ajenas al objeto del contrato, consistentes en la exigencia de que el adjudicatario aporte equipos inyectoros, y suministre los fungibles que son necesarios para la administración de cada uno de los contrastes cuyo suministro se licita.

Sobre esta cuestión dice el PPT en el punto tercero, relativo a las condiciones del suministro, que:

“En los lotes de contrastes, los adjudicatarios suministrarán sin coste los inyectoros que fueran necesarios para la administración del contraste iodado en los Servicios de Radiodiagnóstico. El mantenimiento, reparación y actualizaciones de estos equipos será por cuenta del laboratorio. En caso de avería del equipo, el laboratorio deberá garantizar la rápida y eficaz atención en un periodo inferior a 8 h. Si la avería fuese grave y la reparación no se pudiera solucionar en la visita del técnico, el laboratorio se compromete a instalar otro inyector de manera inmediata hasta la reparación del averiado, con el fin de no interrumpir la actividad asistencial del Servicio de Radiodiagnóstico.

En todos los lotes de contraste el laboratorio suministrará de manera gratuita, todo el material fungible necesario para la inyección del contraste en el Servicio de Radiodiagnóstico, incluyendo si fueran necesarias:

- Equipos para bomba inyectora de contraste



- *Alargaderas de paciente con válvula anti retorno validada (certificada), y si fuera necesaria para el funcionamiento, cualquier otra alargadera.*

- *Jeringas para la inyección del contraste.”*

A juicio de las recurrentes, estas prestaciones escapan del objeto del contrato, y ni se concretan ni se cuantifican en los Pliegos, originando costes que deberá soportar el adjudicatario, y vulnerando con ello, dicen, los principios de proporcionalidad, transparencia y acceso a las licitaciones, haciendo hincapié en el hecho de que no pueden conocer el precio cierto del contrato.

Frente a tales alegaciones, manifiesta el órgano de contratación que la necesidad de este suministro se fundamenta en la memoria justificativa, y que viene motivada por la necesidad de garantizar la compatibilidad de inyectoros y fungibles con el producto, señalando en cuanto al coste de dicha prestación que el mismo ya se ha tenido en cuenta al fijar el precio unitario de licitación, (que, según el SESCAM, es sensiblemente superior al de adjudicación de otras licitaciones en otras CCAA). Entiende el OC que, de no hacerlo así, el Servicio de Salud quedaría al arbitrio de la empresa para suministrar fungibles y resto de elementos que permitan la ejecución de la prestación, y reconoce que el término de la memoria justificativa y del PPT “sin coste” puede inducir a que se presten gratuitamente, *“lo que sería incompatible con el carácter oneroso de los contratos como ya determina la LCSP y en la doctrina del TACRC si bien el significado real aunque no sea literal es que ese precio ya figura en el suministro y no puede suponer un sobrecoste para la Administración porque el número de fungibles, inyectoros y elementos accesorios no pueden determinarse previamente por la Administración quedando a disposición únicamente de la empresa contratista la ejecución y coste final de la prestación”*.

Entienden las recurrentes que se vulnera con esta previsión el principio de transparencia, principio que conforme a la jurisprudencia del TJUE *“implica por tanto que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente*



diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (sentencia del Tribunal de 19 de marzo de 2010, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-50/05, Rec. p. II-1071, apartado 59)."

En el presente caso, la licitación tiene por objeto *"la selección de proveedores de medicamentos, sueros y contrastes para los centros dependientes del SESCAM"*, tal y como se recoge en la memoria justificativa, por lo que a juicio de las recurrentes no es lícita la exigencia a los licitadores de que aporten de forma gratuita (el OC como hemos visto entiende que está incluido en el precio de licitación) los equipos inyectoros y los suministros de fungibles, así como que asuman los costes de mantenimiento, reparación y actualizaciones sin cobrar nada por ello. Dice ROVI en su recurso que *"las cuestiones mencionadas escapan al tipo de prestaciones propias de un contrato de suministro de medicamentos, sueros y medios de contraste, de forma tal que las mismas, en la futura licitación que se publique, habrán de estar correctamente tasadas, tipificadas, cuantificadas en sus costes y concebidas como una prestación propia del contrato que, en su caso dada la naturaleza de las prestaciones descritas habría de calificarse como un contrato mixto".*

Para analizar este motivo de impugnación, debemos partir de la asentada doctrina de este Tribunal acerca de las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual. Al respecto, en nuestra Resolución nº 991/2015 razonábamos como sigue:

"En el análisis de la cuestión controvertida, debe tenerse presente que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el artículo 1 del TRLCSP, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos.

Decíamos en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, "que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este



sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad.”

Señala el órgano de contratación en este caso que esa cesión y suministro *“determina de forma relevante los costes reales de las técnicas diagnósticas y se considera por tanto necesaria su inclusión en la oferta”*.

Este Tribunal ya se ha pronunciado en el pasado sobre la cuestión debatida, considerando admisible que el órgano de contratación exija, juntamente con los suministros que se demandan, la cesión de los equipos necesarios para su uso, y otras prestaciones necesarias y complementarias para la consecución del fin a que se refiere el suministro.

Dijimos en nuestra Resolución 577/2018 (Recurso 354/2018) lo siguiente:

“SEXTO. FENIN advierte que la configuración de las distintas prestaciones del contrato, de las cuales sólo será objeto de retribución el suministro de material fungible para realizar las pruebas de diálisis, es contrario a los artículos 2 y 87.1 del TRLCSP.

Las prestaciones del contrato comprenden tanto un suministro de material fungible necesario para la realización de sesiones de diálisis, como la cesión de los equipos necesarios para su realización, el mantenimiento de los equipos y la formación de los usuarios, estas últimas serán sin coste para la Administración, que únicamente abonará los suministros necesarios para las pruebas.

El recurso funda esta pretensión en los fundamentos de la Resolución 133/2014, de 21 de febrero y la Resolución 48/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



El artículo 87 del TRLCSP, dispone que: “1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”.

El apartado 2 del anexo de Características del Pliego define el objeto del contrato diciendo: “suministro de material fungible necesario para la realización de las sesiones de diálisis (hemodiafiltración on line/hemodiálisis expandida, hemodiálisis de alto flujo, hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con heparina y hemodiafiltración/hemofiltración/hemodiálisis continua anticoagulación con citrato) en el Hospital La Fe”, así como, la cesión de los equipos necesarios para su realización, su mantenimiento y la formación de los usuarios, sin coste para la Administración.”

El PCAP contiene, a diferencia de lo que ocurría en la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos de Andalucía, todas las prestaciones que son objeto del contrato, y advierte que algunas de estas, no llevan coste para la Administración, configurando la retribución en consideración a los usos que de los equipos pueda hacerse, considerando que este uso está directamente relacionado con la prestación principal del contrato que no es otra que el suministro del material necesario. Esta fórmula que configura la retribución del contratista no resulta



contraria al artículo 87 del TRLCSP que permite fijar el precio en consideración a parte de las prestaciones del contrato y considerando precios unitarios referidos a los componentes de la prestación. En definitiva, sin perjuicio de la incorrecta determinación del precio, en consideración con el número de sesiones de diálisis que realice el hospital, no se aprecia infracción alguna cuando el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación que permite reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así, si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello. De manera que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones cual es el suministro de los elementos necesarios para las pruebas de diálisis, toda vez que este suministro tiene una relación que revela la utilización de los equipos que se suministran y el mantenimiento de estos. La formación en el uso de los equipos será una prestación accesoria necesaria en todo contrato que comprende la cesión de una maquinaria técnica.

La configuración de los precios de la forma prevista en el PCAP no resulta contraria al carácter oneroso del contrato, que requiere que la contraprestación de una parte lo sea en consideración con la prestación de la otra. A juicio del Tribunal, el PCAP permite 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 consecuencia, este argumento debe ser rechazado”.

Procede, por tanto, desestimar el motivo de recurso que considera que esta exigencia de suministrar los inyectores necesarios (con su mantenimiento, reparación y actualizaciones de equipos), así como todo el material fungible necesario para la inyección del contraste, supone un enriquecimiento injusto de la Administración, por ser prestaciones “*gratuitas*”, ya que, como afirma el órgano de contratación, dichas prestaciones se han tenido en cuenta para determinar el precio unitario máximo de licitación. Es decir, esas prestaciones son sin coste adicional, pero no, gratuitas, ya que su importe por cada uso o empleo al



aplicar los contrastes se ha imputado en la cuantificación del precio unitario cierto y determinado de la prestación principal, que es el suministro de los contrastes.

No obstante lo anterior, sí deben ser estimados los recursos en la medida en que ni en el PCAP ni en el expediente (p.e. la Memoria justificativa) se recoge el desglose del precio unitario máximo determinado de los contrastes con la indicación de cada uno de los importes parciales de las otras prestaciones complementarias o accesorias, sean cesión de equipos, suministro de otros fungibles, etc., que se imputan en aquél precio unitario y han servido para determinar el precio unitario máximo de licitación de los contrastes como precio unitario del conjunto (importe unitario del suministro propiamente dicho de los contrastes, más el de los inyectores y del resto de fungibles y consumibles, etc.), para que de este modo se pueda constatar que el importe o coste de tales prestaciones complementarias y/o adicionales o accesorias integran el precio unitario citado, no son gratuitas, sino que su importe estimado está incluido dentro del precio unitario de licitación, es decir, no tienen coste adicional separado al ya estimado e imputado en el precio unitario del producto principal objeto del suministro.

Sexto. Debemos referirnos, en segundo lugar, al supuesto incumplimiento de la obligación consistente en la división en lotes del objeto del contrato, quebrando con ello, a juicio de las recurrentes, el principio de búsqueda de la máxima concurrencia que debe inspirar la contratación administrativa, y ello como consecuencia de la configuración de los lotes 109, 110 y 111, al entender que se agrupan en cada uno de los lotes distintos principios activos que no son intercambiables, por lo que deberían licitarse de forma independiente.

Frente a tales alegaciones, dice el OC en sus informes a la vista de los recursos que:

“la memoria justificativa (página 6 del documento 3 del índice) del expediente de contratación publicada en la plataforma de contratación del sector público justifica la razón de la división en lotes de los medios de contrastes. Esta justificación, a juicio del órgano de contratación, se ha basado en las causas técnicas que suscribe el Área de Farmacia de la Dirección General de Asistencia Sanitaria en la propia memoria justificativa. Dicha división en lotes es compatible con el artículo 99 de la



LCSP y con la propia doctrina del TACRC que no es preciso desarrollar en el informe, pero resulta patente e indubitada”.

Debemos recordar que en dicha memoria se señala lo siguiente:

“En el lote 109 se agrupan todos los contrastes yodados no iónicos iodados de baja osmolaridad e isoosmolares por compartir todos ellos una misma funcionalidad y no presentar diferencias relevantes en su seguridad. En este sentido se ha valorado que el contraste isoosmolar no se ha mostrado en diversas revisiones sistemáticas que tengan menor riesgo de nefrotoxicidad que los de baja osmolaridad (a excepción de iohexol), y que en todo caso la prevención de riesgos específicos de pacientes tiene cabida en la ejecución del contrato. Por el contrario, sí se ha licitado separadamente los contrastes iodados en presentación de unidosis precargada (lote 110), por su repercusión práctica, y por sus mayores costes de producción.

En el lote 111 se agrupan todos los contrastes basados en gadolinio que tienen la característica común de ser macrocíclicos. Además de su utilidad en el mismo tipo de técnicas diagnósticas, esta característica les confiere una particular estabilidad y seguridad en su manejo”.

Pues bien, atendiendo a la regulación legal en este punto, nos encontramos con que el artículo 99.3 de la LCSP exige la división en lotes, al precisar que *«siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta».*

En el presente contrato, es evidente que el órgano de contratación ha cumplimentado en términos generales lo que establece este artículo, ya que ha desglosado los productos a adquirir en nada menos que 79 lotes (lotes 33 a 111).

Sentado lo anterior, para dar respuesta a la cuestión de si la configuración de los lotes 109, 110 y 111 infringe la normativa de contratación pública, es necesario partir de la discrecionalidad técnica que ostenta la Administración en la configuración del objeto del



contrato para satisfacer sus necesidades de la manera que se considere conveniente, de acuerdo con los principios que rigen la contratación.

Como recoge la Resolución nº 1201/2018, corresponde al órgano de contratación decidir la contratación y el modo en que se dividen los lotes, aplicando los criterios que mejor se ajusten a las necesidades que persigue, sin que pueda prevalecer en una impugnación el criterio subjetivo de los licitadores:

“En este sentido, en la Resolución 756/2014, de 15 de octubre, se precisa que «lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él». (...) No obstante, esta discrecionalidad no puede implicar arbitrariedad alguna, por lo que debe estar justificada la división en lotes. A juicio de este Tribunal, y como ya se ha venido anticipando a lo largo del presente fundamento, la división en lotes y el criterio empleado por el órgano de contratación se ajustan plenamente a los principios rectores de la contratación en el sector público, por lo que no se aprecia arbitrariedad ni error manifiesto en su configuración, de tal suerte que el motivo invocado debe rechazarse”.

Pues bien, partiendo de ese criterio, nos encontramos con que en el presente caso las recurrentes alegan que se tenía que haber procedido a la división en tantos lotes como principios activos se contienen en cada uno de los lotes 109, 110 y 111, a lo que se opone el OC por entender que los contrastes agrupados tienen una misma funcionalidad y no presentan diferencias relevantes en su seguridad.



En relación con esta cuestión, se cita la sentencia del Tribunal Supremo 98/2018, de 29 de enero, en la que señala que:

*“(...) el debate litigioso se centra en determinar si es posible mantener la validez de la fragmentación del objeto del contrato cuando el Lote 20 reunía dos principios activos distintos de medicamentos biológicos, circunstancia que [...] determina que se imponga la equivalencia de dos medicamentos distintos y que no pueda apreciarse la existencia de una unidad funcional susceptible de realización independiente que permita la fragmentación del objeto del contrato, fragmentación que tampoco es exigida por la naturaleza misma del objeto del contrato y que no está justificada motivadamente en el expediente de contratación, considerando, en definitiva, que **si el objeto -lo pretendido- es la selección de principio activos el contrato se debería haber dividido en lotes definidos en función de cada uno de los principios activos de los medicamentos que pretendan adquirirse y no en función de la indicación terapéutica para la que sirven los principios activos que se enumeran y están incluidos en el mismo subgrupo terapéutico de la clasificación oficial ATC(...)**”.* (el subrayado es nuestro).

Pues bien, en nuestro caso, a diferencia del de esta Sentencia, el órgano de contratación no ha pretendido la división del contrato por principios activos. Así lo explica y ha quedado reflejado en el Antecedente de Hecho Séptimo de esta Resolución. En el Lote 109 se agrupan todos los contrastes yodados no iónicos, iodados de baja osmolaridad e isoosmolares por compartir todos ellos la misma funcionalidad y no presentar diferencias relevantes en su seguridad. Por el contrario, sí se han licitado separadamente los contrastes iodados en presentación de unidosis precargada (Lote 110), por su repercusión práctica y por sus mayores costes asociados. Finalmente, en el Lote 111 se agrupan todos los contrastes basados en gadolinio que tienen la característica común de ser macrocíclicos. Además de su utilidad en el mismo tipo de técnicas diagnósticas, esta característica les confiere una particular estabilidad y seguridad en su manejo.

Como vemos, el contrato no pretende la selección por principios activos, sino en base a otras características, respecto de las que se ofrece una explicación razonable.



Además, a diferencia del caso de la citada Sentencia del Tribunal Supremo, el presente se refiere a “contrastes”, que son medicamentos, medios diagnósticos, pero no tienen finalidades terapéuticas.

En consecuencia, procede desestimar este motivo de recurso.

Séptimo. La tercera alegación de la recurrente ROVI está destinada a solicitar la nulidad o, en su caso, anulabilidad, de la convocatoria en su conjunto, con base en los artículos 38 de la LCSP y 47 de la Ley 39/2015, al entender que los pliegos se han aprobado *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

A la vista de tal alegación, manifiesta el OC que la recurrente *“no concreta qué normas, estipulaciones o cláusulas de los pliegos considera el recurrente que conculcan la legalidad administrativa y que deba imponerse la máxima sanción a un acto administrativo cual es la nulidad del mismo, por lo que se aprecia que este tercer motivo resulta vacío de contenido”*.

Pues bien, sobre esa pretendida nulidad o anulabilidad de los pliegos, lo cierto es que, aun estimando las demás pretensiones de la recurrente por los motivos expuestos en los dos fundamentos anteriores, ello no conlleva la nulidad del procedimiento de licitación en su conjunto, sino únicamente la necesidad de retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos rectores del mismo, con el fin de redactarlos teniendo en cuenta el pronunciamiento de este Tribunal. Y ello porque, de conformidad con los artículos 49 y 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la nulidad parcial del pliego no implica la de los actos del procedimiento independientes del anulado, ni la del resto del pliego no anulado, conservándose por tanto los actos, parte de los mismos, y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

En definitiva, no se observa, por los motivos expuestos en el escrito de recurso, fundamento para declarar la nulidad de la convocatoria del procedimiento de licitación ni tampoco la nulidad total de los pliegos, sino únicamente una nulidad parcial que obliga a la retroacción de las actuaciones para proceder a la redacción de los pliegos con las modificaciones



necesarias para que los mismos se adapten a la normativa de contratación pública en los términos expuestos en la presente resolución.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente los recursos formulados respectivamente por D. Javier López-Belmonte Encina, en nombre y representación de LABORATORIOS FARMACÉUTICOS ROVI, S.A. (en adelante, ROVI), y por D. David García Calleja y D. Luis Agustín Menéndez Menéndez, en nombre y representación de BAYER HISPANIA, S.L. (en adelante, BAYER), contra los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación convocado por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para contratar el *“Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos, sueros y contrastes para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Parte III: medios de contraste) - lotes 109, 110, y 111”*, expediente 2019/000150-III, anulando la cláusula que determina los precios unitarios de licitación de los lotes 109, 110 y 111, solo en cuanto no se ofrece en ella ni en el Pliego de cláusulas administrativas ni en el expediente información explicativa sobre el desglose de los importes estimados de las demás prestaciones complementarias, adicionales o accesorias que se incluyen o se han imputado para determinar el precio unitario máximo de los contrastes, teniendo en cuenta las prestaciones exigidas, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento hasta la resolución de los recursos interpuestos sobre el mismo procedimiento.

Tercero. 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.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.