

Recurso 322/2019

Resolución 72/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 3 de marzo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA** contra el anuncio y los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro soluciones para tratamiento a pacientes con implantes de prótesis osteoarticulares” (Expte. PA 34/19), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Poniente de Almería, ente dependiente de la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de julio de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, en dicho día los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las posibles personas interesadas.

Posteriormente se realizan modificaciones de los pliegos y se amplía el plazo de presentación de ofertas, que fueron publicadas el 8 de agosto de 2019 en el DOUE y los días 26 y 29 de julio y 7 de agosto de 2019 en el perfil de contratante.



El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 3.999.3738,09 euros, con un plazo de ejecución de 48 meses.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 12 de agosto de 2019, tuvo entrada en el registro electrónico de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (en adelante FENIN) contra el anuncio y los pliegos. En su escrito de recurso, la federación recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. Mediante comunicación de 13 de agosto de 2019, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo así como la documentación necesaria para su resolución. La documentación solicitada fue aportada el 21 de agosto de 2019.

QUINTO. Por Resolución de este Tribunal, de 30 de agosto de 2019, se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. Previa petición, el órgano de contratación remite el 9 de septiembre de 2019 listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efecto de notificaciones.



SÉPTIMO. Con fecha 19 de septiembre de 2019, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad STRYKER IBERIA, S.L..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la federación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«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.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».*

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra el anuncio y los pliegos y ello por entender que en aquellos se incumplen determinados preceptos de la LCSP relativos,



entre otros, a los contratos mixtos, al objeto y su división en lotes, al precio y su pago y a la entrega y recepción de los bienes.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de FENIN su finalidad es la coordinación, representación, gestión, fomento, defensa y tutela de los intereses generales y comunes de sus miembros y en particular, representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los órdenes económicos, profesionales, sociales, tecnológicos y comerciales frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros (artículo 7), así como en orden a la consecución de los fines propuestos, le corresponde ejercitar ante los poderes públicos las acciones que correspondan en defensa del empresariado y de sus intereses (artículo 8.7).

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la federación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, puesto que al impugnar el anuncio y los pliegos persigue la anulación de cláusulas que perjudican los intereses de aquellos, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe al recurso denuncia que el escrito presentado ha de ser inadmitido por falta de capacidad procesal al haberse ejercido una acción sin adoptar el correspondiente acuerdo conforme a la ley o a sus estatutos (artículo 45.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En este sentido, se ha de indicar que el acuerdo para que las personas jurídicas puedan entablar acciones es un requisito procesal exigido, como alega la recurrente, en el artículo 45.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que no se recoge ni en la regulación específica del recurso especial -LCSP y Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre-, ni en la normativa supletoria, a saber, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), conforme al artículo 56.1 de la LCSP que dispone que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la citada Ley 39/2015, con las especialidades que se recogen en el propio precepto, y el apartado 1 de la disposición final cuarta de dicha LCSP conforme a la cual « *Los procedimientos regulados*



en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias».

Al respecto, el artículo 51.1.a) de la LCSP solo exige, en lo que aquí interesa, el documento que acredite la representación del compareciente y el artículo 24.3 del Reglamento antes citado, señala únicamente que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto.

Por su parte, la Ley 39/2015, al regular la representación en su artículo 5, no menciona tampoco ninguna autorización específica para la interposición de recursos por las personas jurídicas.

En definitiva, en vista de lo expuesto, ha de concluirse que el requisito procesal exigido en la LJCA para que las personas jurídicas puedan ejercer acciones judiciales no es trasladable sin más al ámbito del recurso especial, que tiene su regulación propia en la materia, la cual no establece aquella condición o presupuesto, y en ella no existe vacío normativo alguno que deba colmarse acudiendo a la Ley procesal. En todo caso, de tener que acudir supletoriamente a alguna norma, esta debería ser la Ley 39/2015 -por así disponerlo el artículo 51.1.a) de la LCSP-, pero tampoco en dicho cuerpo legal se prevé norma equivalente a la de la LJCA.

En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 295/2016, de 18 de noviembre, así como, entre otros, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su Resolución 51/2016, de 19 de abril.

Así las cosas, se ha de concluir que la asociación recurrente ha acreditado adecuadamente su representación en este procedimiento especial, ostentando legitimación para la interposición del presente recurso.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.



El objeto de la licitación, según consta en la memoria justificativa y en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es un contrato mixto de suministro y servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, y el objeto del recurso son el anuncio y los pliegos, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP, disponen que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el anuncio, los pliegos y determinadas modificaciones de éstos se publicaron los días 22, 26 y 29 de julio y 7 de agosto de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, poniéndose esos días a disposición de las entidades interesadas el contenido de los mismos y demás documentos contractuales, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso el 12 de agosto de 2019 en el registro electrónico de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado, aun cuando se computase a partir del 22 de julio de 2019.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La federación recurrente interpone el presente recurso contra el anuncio y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación y a la de la licitación.



Denuncia la exigencia de entrega, por un lado, en cesión de uso de determinados armarios automatizados en los lotes 1, 3, 4 y 5, y por otro lado, de los productos a través de unos supuestos almacenes de regulación intermedia, que materialmente equivalen a la entrega en los denominados depósitos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la federación recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad STRYKER IBERIA, S.L., en su escrito de alegaciones, se adhiere al recurso indicando su conformidad con los términos del mismo, y exponiendo los motivos por los cuales a su juicio el recurso interpuesto debe ser estimado.

En este sentido, se ha de poner de manifiesto, como ya ha hecho este Tribunal en varias ocasiones (v.g., entre otras, Resoluciones 277/2017, de 22 de diciembre y 381/2019, de 14 de noviembre, y Resolución 807/2017 de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual), que no existe en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación un trámite de adhesión al recurso que permita plantear cuestiones nuevas no incluidas en el mismo o, simplemente, formular pretensiones, más allá de las alegaciones, por lo que no se pueden atender las pretensiones de la entidad interesada.

SEXTO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso, FENIN denuncia la exigencia de entrega en cesión de uso de determinados armarios automatizados en los lotes 1, 3, 4 y 5. En este sentido, la federación recurrente plantea tres cuestiones a las que se opone: la calificación del contrato como mixto y para el supuesto de no atenderse la anterior, la no división en lotes de dichos armarios y que éstos no tienen fijada una retribución.

En cuanto a la denuncia de que el contrato no debe calificarse como mixto, la federación recurrente afirma que se están fusionando prestaciones de suministro sucesivo por precio unitario de las prótesis osteoarticulares (que es la prestación principal) y la cesión del armario automatizado (armario RFID Dyane Smartcabinet de doble columna, lector HHPP L XENON 1902 KIT USB). En este sentido, indica que dichos



armarios no son equipos para realizar la implantación de las prótesis, sino para facilitar o mejorar la logística del órgano de contratación y su gestión de la trazabilidad.

Indica la asociación recurrente que de conformidad con el artículo 34.2 de la LCSP, que transcribe, únicamente podrán fusionarse las prestaciones de distintos contratos en un contrato mixto cuando concurra -cumulativamente- un doble requisito: que las prestaciones que se fusionan en el mismo contrato estén directamente vinculadas entre sí y que mantengan relaciones de complementariedad que exijan (no basta que lo hagan aconsejable) su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad.

A continuación, FENIN refiere determinadas resoluciones de los órganos administrativos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, transcribiendo parte de la 135/2018, de 10 de mayo, de este Tribunal, para señalar que en la misma se trata un supuesto con notas análogas al presente, en el que se establece como prestación principal el suministro de medicamentos (en el de ahora prótesis osteoarticulares) y como prestación adicional o mejora la entrega de armarios automatizados de dispensación y/o almacenamiento de medicamentos (ahora y como prestación accesoria la entrega en cesión de uso de armarios automatizados para la gestión logística de las prótesis).

En este sentido, indica que las mismas consideraciones que se hacen en dicha resolución cabe realizar en el supuesto que se examina, debiendo concluirse que entre la prestación de suministro (entrega) de las prótesis y la prestación de entrega (en cesión de uso) de los armarios automatizados no existe “vinculación directa”, por lo que su fusión en un mismo contrato incurre en infracción del artículo 34.2 de la LCSP.

Es más, afirma FENIN, aun cuando se sostenga que la referida doctrina únicamente es aplicable en relación con los criterios de adjudicación y no al supuesto que se analiza, basta con acudir a las circunstancias aquí concurrentes para comprobar que desde luego no existe una vinculación directa entre las prestaciones que “exija” su consideración o tratamiento como una unidad funcional.

En este sentido, concluye que los armarios automatizados cuya cesión exigen los pliegos pueden utilizarse para cualquier tipología y marca de prótesis. De hecho, señala que los pliegos indican que el hospital ya dispone de algunos de esos armarios, que son de su propiedad y que puede utilizar con independencia de



cuál sea la marca de esas prótesis o la casa comercial que las suministre, pretendiendo que se le entreguen cuatro más. Al respecto, señala que lo que reconoce el pliego de prescripciones técnicas (PPT) es que esos armarios, que ya son de su propiedad, son los suministrados por una concreta casa comercial, habiendo desarrollado e implementado el hospital la integración de sus sistemas con los armarios de esa casa comercial, precisando que se le faciliten el mismo tipo de armarios.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la funcionalidad de los armarios automatizados no es otra que la adecuada gestión, reposición y facturación de los materiales por los suministradores, así como la de integrar, de forma automatizada, la información de los implantes realizados a los pacientes, esto es, de las prótesis que ya se han implantado con el registro de implantes quirúrgicos, con la historia clínica digital, así como con los sistemas logísticos para que la facturación; son equipos que facilitan y mejoran la gestión logística tanto de los suministradores como del órgano de contratación y la trazabilidad de los productos, de tal suerte que tanto ésta como la reposición de los materiales consumidos sea adecuada (conceptos estos para nada extraños en la cadena de suministro no ya de cualquier producto consumible, sino singularmente en la industria alimentaria y sanitaria).

Vistas las alegaciones de la partes, procede analizar si como denuncia FENIN el contrato no debe calificarse como mixto. Al respecto, en lo que aquí interesa, el artículo 18.1 de la LCSP dispone que «*Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la presente Ley (...)*».

Por su parte, el citado artículo 34.2 de la LCSP establece que «*Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante*».

Así pues, son contratos mixtos aquéllos cuyo objeto contiene prestaciones que corresponden a dos o más contratos diferentes, conforme a la delimitación de tipos contractuales que se contiene en los artículos 12 y siguientes de la LCSP. A saber, obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios.



Asimismo, para analizar este alegato de la posible vulneración del 34.2 de la LCSP, con una redacción prácticamente idéntica al artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), es necesario resolver la cuestión de si el contrato está bien calificado como un contrato mixto. Al respecto el precepto mencionado establece dos requisitos fundamentales, por un lado la existencia de prestaciones que estén directamente vinculadas entre sí y, por otro, que a esa vinculación debe añadirse un elemento como es que esas prestaciones vinculadas puedan calificarse como complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia de la entidad contratante (v.g., entre otras, Resolución 220/2015, de 10 de junio, de este Tribunal).

Por tanto, esa vinculación debe ser material, no meramente subjetiva ni tampoco formal. Es decir, debe ser aquella en la que exista una relación material directa porque las materias a las que afecte versen sobre cuestiones muy próximas. Esta interpretación es la que se deduce de la parte final del precepto cuando exige *“su consideración y tratamiento como una unidad funcional”* pues para que se cumpla tal previsión esa complementariedad únicamente lo ha de ser desde el punto de vista material. Esa necesaria vinculación material exige que los límites establecidos en el mencionado artículo 34.2 no deban analizarse en términos económicos o de oportunidad sino en términos jurídicos, en el sentido expresado en el precepto de vinculación material y complementariedad.

En el presente supuesto, es necesario partir de las prestaciones contenidas en los pliegos respecto al suministro y a los servicios, en lo que aquí interesa, cuya gestión integral por un único empresario constituye el objeto del contrato para cada uno de los lotes citados.

Al respecto, la cláusula 2.1.1 del PCAP establece que *«El objeto del contrato al que se refiere el presente pliego es el señalado en el apartado B del cuadro-resumen y Anexo I, de acuerdo con las condiciones establecidas en el PPT y en su caso, las modificaciones de este que puedan acordarse.*

El detalle de los materiales y conceptos objeto de licitación, descripción, características técnicas, unidades estimadas, etc., así como las condiciones particulares del contrato se especifican en el PPT».

En este sentido, el apartado B del cuadro resumen del PCAP define el objeto del contrato como *«soluciones para tratamiento a pacientes con implantes de prótesis osteoarticulares»* y en el anexo I de dicho pliego se dispone que:



«Constituye el objeto del contrato el conjunto de soluciones que permitan prestar atención sanitaria a los pacientes que requieran, mediante la implantación de prótesis osteoarticulares que realicen la compensación o sustitución de elementos anatómicos naturales, cuando el tratamiento con medicación, fisioterapia u operaciones previas no consiguen mejorar un estado de dolor o invalidez graves, producidos por lesiones traumatológicas.

Se consideran dentro del conjunto de soluciones el suministro de los implantes quirúrgicos; de los accesorios y materiales necesarios para la práctica quirúrgica; la formación continua y perfeccionamiento del personal asistencial de todas las categorías profesionales que intervienen en la práctica quirúrgica; la gestión logística de los implantes, materiales, componentes, accesorios, etc.; así como, y de forma primordial, la trazabilidad de los implantes quirúrgicos para asegurar una respuesta rápida en caso de que surjan problemas inesperados para garantizar la seguridad del paciente.

De forma exhaustiva, se incluyen dentro del conjunto de soluciones:

- 1. Los implantes quirúrgicos correspondientes a prótesis primarias de rodilla, prótesis de rodilla con características hipoalergénicas (para aquellos pacientes con sensibilidad a metales), prótesis de cadera, mini prótesis de cadera y mini prótesis de cadera con interposición acetabular (ambas para pacientes con gran movilidad), prótesis de hombro y prótesis trapezometacarpiana, así como componentes precisos para la práctica quirúrgica como son espaciadores, cementos quirúrgicos, etc.*
- 2. Los accesorios y materiales que se precisan para el desarrollo de las técnicas quirúrgicas parte del objeto del contrato, como cajas de instrumental, motores de corte y fresado, etc., materiales necesarios para el uso de los motores, hojas de sierra, brocas, fresas, etc., así como su reposición y mantenimiento, y otros recursos, tangibles e intangibles que sean necesarios para el desarrollo de la práctica asistencial de implantación de prótesis.*
- 3. La formación para el inicio de la práctica quirúrgica con los implantes, accesorios, materiales, equipamientos, sistemas, etc., correspondientes al adjudicatario, para todo el conjunto de profesionales asistenciales que intervienen en la práctica quirúrgica: médicos, titulados de enfermería, titulados auxiliares de enfermería, celadores, etc.; así como su formación continua y perfeccionamiento durante toda la duración de los contratos.*
- 4. La gestión logística de implantes quirúrgicos, accesorios, materiales, equipamientos, etc., en sentido integral, desde la gestión de la necesidad por parte de los centros hospitalarios, disponibilidad en los centros, plazos de reaprovisionamiento, transporte, control de stock, reaprovisionamiento, y logística inversa; posibilidad de comunicaciones EDI para la gestión de aprovisionamientos; disponibilidad de armarios inteligentes con RFID para gestionar stock y consumos, a la vez que se acelera la reposición de implantes utilizados.*
- 5. El registro y control de la trazabilidad de los implantes quirúrgicos en la herramienta informática RiQ (Registro de Implantes Quirúrgicos) de la Agencia Pública Sanitaria Poniente, para salvaguardar la seguridad del paciente*



mediante la gestión automatizada de estos y la inclusión de la información de los implantes realizados de forma automática en la Historia Clínica de los pacientes, en el Informe Clínico de Alta que el paciente se lleva consigo cuando abandona el centro hospitalario, y en el centro de información y Servicio de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía SALUD RESPONDE».

Así las cosas, en el supuesto examinado, como se ha expuesto el objeto genérico del contrato son soluciones para tratamiento a pacientes con implantes de prótesis osteoarticulares. En este sentido, como se expone en el anexo I del PCAP, forman parte del contrato, por una parte, la adquisición de los implantes quirúrgicos y de los accesorios y materiales necesarios para la práctica quirúrgica, y por otra, la formación continua y perfeccionamiento del personal asistencial de todas las categorías profesionales que intervienen en la práctica quirúrgica, la gestión logística, entre otros, de los implantes, materiales, componentes y accesorios, y la trazabilidad de los implantes quirúrgicos para asegurar una respuesta rápida en caso de que surjan problemas inesperados para garantizar la seguridad del paciente.

En este sentido, la federación recurrente alega que entre el suministro de las prótesis y la cesión de los armarios automatizados no existe una vinculación directa entre las prestaciones que exija su consideración o tratamiento como una unidad funcional.

No obstante, a juicio de este Órgano, dichas prestaciones sí están relacionadas. En este sentido, es evidente que el objeto principal del presente contrato mixto se refiere a la adquisición de los implantes quirúrgicos y de los accesorios y materiales necesarios para la práctica quirúrgica, siendo el resto de prestaciones (la formación continua y perfeccionamiento del personal asistencial, la gestión logística y la trazabilidad de los implantes quirúrgicos) exigencias adicionales necesarias para poder ejecutar la prestación en el sentido que ha sido configurada por el órgano de contratación.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, 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 28 y 99 de la LCSP, de tal suerte que 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 misma pretende con él (v.g. Resoluciones 207/2015, de 2 de junio, entre otras muchas, y 346/2019, de 24 de octubre, entre las más recientes).

Que duda cabe, como alega la recurrente, que ambas prestaciones -la adquisición de las prótesis y la cesión de los armarios automatizados- podrían licitarse por separado. En concreto, respecto a los armarios automatizados señala que pueden utilizarse para cualquier tipología y marca de prótesis, cuestión esta que no discute este Tribunal, pero no es menos cierto que en la configuración del objeto del contrato, en particular en los lotes 1, 3, 4 y 5, solo la adquisición de las prótesis no es suficiente para satisfacer sus necesidades, pues las mismas pasan, además, por conocer y controlar la trazabilidad de los implantes quirúrgicos para asegurar una respuesta rápida en caso de que surjan problemas inesperados para garantizar la seguridad del paciente. En este sentido, los pliegos solo exigen armarios automatizados para determinados lotes, aquellos para los que la Administración no cuenta con ellos en la actualidad, lo cual viene a confirmar que sus necesidades no son únicamente la adquisición de los implantes quirúrgicos, sino además su trazabilidad.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, ambas prestaciones alegadas por la asociación recurrente, esto es, el suministro sucesivo por precio unitario de las prótesis osteoarticulares y la cesión de uso del armario automatizado en los lotes 1, 3, 4 y 5, se encuentran directamente vinculadas entre sí y mantienen relaciones de complementariedad, por lo que su exigencia en un único contrato o lote se considera ajustada a lo dispuesto en los artículos 18 y 34.2 de la LCSP.

Y ello, con independencia de que la prestación consistente en la cesión de uso del armario automatizado pudiera ser considerada como un arrendamiento sin opción de compra, y por tanto, un suministro, y de que existen otras prestaciones no cuestionadas por la asociación recurrente que son claramente servicios y que permitirían en todo caso la calificación del contrato que se examina como mixto, por ejemplo, la formación para el inicio de la práctica quirúrgica con los implantes, accesorios, materiales, equipamientos, sistemas, etc., para todo el conjunto de profesionales asistenciales que intervienen en la práctica quirúrgica: médicos, titulados de enfermería, titulados auxiliares de enfermería, celadores, etc.; así como su formación continua y perfeccionamiento durante toda la duración del contrato.

Procede, pues, desestimar esta primera parte del primer motivo del recurso.



SÉPTIMO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso, FENIN, además de indicar que el contrato no debe calificarse como mixto, denuncia que la exigencia de entrega en cesión de uso de determinados armarios automatizados debe licitarse en lotes separados.

En este sentido, tras transcribir el primer párrafo del artículo 99.3 de la LCSP, afirma que resulta evidente que la obtención de esos armarios constituye una parte del objeto del contrato susceptible de realización independiente que, como tal, debería articularse como un lote distinto o como un contrato diferente. Al respecto, señala que no existe vinculación directa o unidad funcional que justifique la integración o fusión en el mismo lote de la prestación de suministro (entrega) de las prótesis y de la prestación de entrega (en cesión de uso) de los armarios automatizados, ni tampoco existe razón técnica u operativa que lo justifique, pues esos armarios no están unívocamente ligados a las prótesis de cada suministrador o casa comercial (de hecho, el mantenimiento de los armarios lo va a tener que realizar una empresa distinta de la proveedora de las prótesis).

A su juicio, la única justificación que existe para integrar estas prestaciones es un mismo lote es la de financiar la entrega o cesión de los armarios con cargo al suministro de las prótesis. Pero esta justificación es, como ya han advertido los tribunales y se señala en el próximo alegato, ilegal.

Pues bien, la presente pretensión está íntimamente ligada a la anterior -la calificación del contrato como mixto-, y a ella se ha de remitir para analizar la presente dado que las argumentaciones son similares, debiendo entenderse justificada la no separación en lotes distintos de los armarios automatizados. En este sentido, es preciso añadir que la posible división en un lote o en lotes separados de los citados armarios podría producir que estos, por cualquier motivo, no fuesen adjudicados, lo que haría inoperante la adquisición de las prótesis en el presente procedimiento pues no se podrían culminar las necesidades de la Administración contratante.

Procede, pues, desestimar esta segunda parte del primer motivo del recurso.

OCTAVO. Como última cuestión del primer motivo del recurso, la federación recurrente denuncia que la cesión de uso de los armarios automatizados en los lotes 1, 3, 4 y 5, no tiene fijada una retribución



vulnerándose con ello la exigencia de precio cierto, como -según manifiesta- ha sido declarado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 33/2015, de 25 de febrero y 139/2018, de 29 de mayo.

Al respecto, indica FENIN que conforme al documento denominado Ficha I del PPT en los lotes 1, 3, 4 y 5 no se contempla para los citados armarios importe de licitación ni precio de referencia. Asimismo, señala que los pliegos establecen que el sistema de determinación del precio es el de precios unitarios, y que las cantidades a entregar son estimadas al estar subordinadas las entregas a las necesidades del hospital, configurándose así un suministro sucesivo por precio unitario del artículo 16.3.a) de la LCSP. En este sentido, afirma que el artículo 102.1 de la LCSP (artículo 87.1 del TRLCSP) impone que el precio de todo contrato ha de ser un precio cierto, y el artículo 301 de la citada LCSP (artículo 293 del TRLCSP) consagra el derecho del contratista a cobrar ese precio cierto por los bienes que suministre.

Asimismo, indica que si bien las prótesis tienen fijado un precio unitario, al imputarse a dicho precio la retribución por la cesión de uso de los armarios, ese precio pasaría a ser incierto; esto es, el precio que efectiva y realmente se percibe por cada “prótesis total rodilla con conservación LCP (CR)” o por cada “prótesis de cadera primaria”, deviene incierto, de tal forma que va a ser mayor o menor en función de que el hospital solicite una mayor o menor cantidad de esos productos pues si solicita una cantidad menor de la estimada, el importe que, en concepto de cesión de uso de los armarios, tendrá que repercutir sobre el precio unitario de la prótesis será mayor y, por ende, la contraprestación real que percibe por esa prótesis será menor. Como consecuencia de ello la retribución final de la prestación de suministro no se conocerá por la entidad licitadora hasta la finalización del contrato, momento en el que deberá imputar a lo abonado por las prótesis entregadas el precio (coste) de los equipos cedidos (sin precio alguno que las retribuya) por exigencia de los pliegos.

Para reforzar su alegato, como se ha expuesto, trae a colación la Resolución 139/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (que cita la 33/2015 de dicho Tribunal).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica, por un lado, que ha fijado en el presupuesto base de licitación el coste y por tanto el precio cierto de los citados armarios, y por otro lado, que desde el principio hasta el final de la vida del contrato aquellos son propiedad de las entidades



adjudicatarias, que no se ceden a la Agencia Pública Sanitaria Poniente por ningún título jurídico, y que al finalizar son retirados por aquellas.

Asimismo, señala que el coste de implantación de los denominados armarios intermedios se incluye dentro de las distintas ofertas que se hagan por cada prótesis, y en absoluto se exige que necesariamente la propiedad sea del oferente pues incluso podría establecerse otro mecanismo (por ejemplo, arrendamiento) para su incorporación, a la vez que se dispone en los pliegos (anexo VIII «Subcontratación/cesión» del PPT) la posibilidad de cesión o subcontratación de la gestión de los armarios, su mantenimiento, etc.

Al respecto, señala el órgano de contratación que no existe afectación a la certeza del precio en absoluto (artículo 102 y concordantes de la LCSP). En este sentido, indica que en el presupuesto de licitación de los lotes 1, 3, 4 y 5 (anexo III del PCAP) ha incluido el coste de la gestión logística, tanto el de los armarios como el de los servicios a realizar por medios propios o ajenos, calificándolos como costes indirectos y eventuales y ha fijado la retribución que la incorporación de los citados armarios representa para las entidades licitadoras (coste y precio cierto), que dependerá de la concreta propuesta económica que realicen dichas licitadoras y desarrollen las empresas adjudicatarias, atendiendo a lo previsto en el apartado 3.2 «Aspectos generales de la licitación» del PPT.

Vistas la alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia en la que FENIN denuncia que la cesión de uso de los armarios automatizados en los lotes 1, 3, 4 y 5, no tiene fijada una retribución vulnerándose con ello la exigencia de precio cierto.

Al respecto, es preciso aclarar una supuesta contradicción en lo alegado por la federación recurrente. En este sentido, indica por un lado que conforme a la Ficha I del PPT en los lotes 1, 3, 4 y 5 no se contempla para los citados armarios importe de licitación ni precio de referencia, y por otro lado, que si bien la prótesis tienen fijado un precio unitario, al imputarse a dicho precio la retribución por la cesión de uso de los armarios, ese precio pasaría a ser incierto. Así las cosas, de la primera afirmación se desprende que dichos armarios no están retribuidos y de la segunda que si lo están pero imputados al precio unitario de las prótesis.



Sin embargo, no existe tal contradicción. En este sentido, en el anexo III del PCAP «presupuesto base de licitación» en el que se hace un desglose del importe de licitación, entre otros, en costes directos, indirectos y total licitación (impuesto sobre el valor añadido excluido), aparece para todos los lotes (13), entre otros, un determinado coste directo y un importe total de licitación; sin embargo, para los lotes 1, 3, 4 y 5, además se contempla como “costes indirectos y eventuales” un importe de veinte mil euros.

Por su parte, en la ficha I del PPT solo aparecen retribuidas por precio unitario las distintas prótesis que se pretenden adquirir pero no el coste de los armarios ni del resto de prestaciones (accesorios y materiales necesarios para la práctica quirúrgica y formación continua y perfeccionamiento del personal asistencial), pero el importe de licitación total para cada lote coincide con el previsto en el anexo III del PCAP.

En definitiva, de los pliegos se infiere que la cesión de los armarios sí está retribuida y forma parte del presupuesto base de licitación de los lotes citados, aunque ello podría haberse recogido en aquellos de forma más explícita sin necesidad de requerir una excesiva labor de análisis.

Resta, pues, por analizar si como alega la federación recurrente al imputarse la retribución por la cesión de uso de los armarios al importe unitario de la prótesis, ese precio pasaría a ser incierto.

Al respecto, el artículo 102 de la LCSP en sus apartados 1 a 4 dispone lo siguiente:

«1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente.

2. Con carácter general el precio deberá expresarse en euros (...).

3. 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 base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios (...).

4. 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 este sentido, para los lotes citados, los pliegos contienen todas las prestaciones que son objeto del contrato así como su retribución (anexo III del PCAP), configurando la adquisición de las distintas prótesis por precio unitario, imputando a dicho precio el coste del resto de las prestaciones, incluida la cesión de los armarios automatizados, dado que su uso está directamente relacionado con la prestación principal del contrato que no es otra que el suministro de las prótesis.

Esta fórmula que configura la retribución del contratista no resulta contraria al artículo 102 de la LCSP que permite fijar el precio en consideración a parte de las prestaciones del contrato, como precios unitarios referidos a los componentes de la prestación. De esta manera, teniendo en cuenta el número de bienes que ha de suministrar el contratista, 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 fija en consideración a los suministros realizados que sería la prestación principal, no sería contrario que aquel comprenda otras prestaciones accesorias (en el presente caso, entre otras, cesión de uso de armarios automatizados), siempre que tengan relación directa con los suministros del material que se emplean para ello.

Cuestión distinta, sería el supuesto que se examina en el que no se sabe con certeza hasta que no finalice el contrato el número de prótesis que va a adquirir el órgano de contratación, pues ello dependerá de las necesidades que le vayan surgiendo a lo largo de la ejecución del contrato. En este sentido, tanto la propia denominación de la Ficha I del PPT «composición de los lotes, estimación de unidades e importes máximos de licitación», como parte de su contenido «unidades estimadas del producto a adquirir», denotan la indeterminación del número de prótesis que finalmente se van a suministrar.

Pues bien, inexorablemente, la indeterminación del número de unidades a suministrar, comporta la del precio del contrato, de tal suerte que el precio tanto de las prótesis como del resto de prestaciones (incluido el armario automatizado) queda indeterminado, pues las entidades licitadoras han de ofertar un precio unitario en el que estén comprendidas todas las prestaciones, sin que en el momento de presentar la oferta conozca el importe total de entregas que ha de realizar, lo que vulnera la exigencia de un precio cierto pues dependiendo del número de solicitudes de entrega de prótesis el precio repercutido puede ser mayor o menor, sin que se pueda predeterminedar el precio que se está pagando en cada entrega por las prótesis o,



por ejemplo, por el armario automatizado, lo que llevará a la entidad licitadora con toda probabilidad a elevar el precio unitario para asegurarse que no tendrá pérdidas.

En este mismo sentido, se pronuncia la Resolución 33/2015, de 25 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, citada por la recurrente.

Procede, pues, estimar el presente alegato del recurso en el que federación recurrente denuncia que la cesión de uso de los armarios automatizados en los lotes 1, 3, 4 y 5 vulnera la exigencia de precio cierto.

NOVENO. Como segundo y último motivo del recurso, la federación recurrente denuncia la exigencia de entrega de los productos a través de unos supuestos almacenes de regulación intermedia, que materialmente equivalen a su entrega en depósito.

En este sentido, indica el recurso que los pliegos imponen a los contratistas una obligación, consistente en entregar los bienes o productos (las prótesis y sus componentes) a través de unos denominados “almacenes de regulación intermedia” que, materialmente, equivalen a la entrega en los denominados “depósitos”, ya declarados ilegales tanto por los órganos administrativos de revisión de recursos contractuales como por los Tribunales de Justicia. En este sentido, afirma que en la presente licitación se articula un sistema que materialmente tiene las mismas consecuencias y efectos, tratando de eludir la infracción por la vía de sustituir la referencia a los depósitos por la de almacenes de regulación intermedia.

Seguidamente, tras transcribir la Ficha V del PPT, y efectuar una serie de consideraciones sobre su contenido, afirma que los pliegos han establecido un mecanismo (el suministro a través de un supuesto almacén de regulación intermedia) por el que la Administración se beneficia retrasando o difiriendo, en perjuicio del suministrador y alterando las previsiones legales al respecto, tanto el momento en que pasa a asumir el riesgo de los bienes suministrados como la fecha en que comienza el plazo de pago en favor del contratista.

En este sentido, indica la recurrente que los pliegos que, en licitaciones anteriores y en otras análogas de las que han conocido los tribunales administrativos y los órganos judiciales, decían que los bienes que se hallaban en los armarios automatizados estaban en “depósito”, ahora dicen que están en un “almacén de



regulación intermedia”; sin embargo, señala la recurrente que la realidad es la misma, únicamente se sustituye una expresión por otra.

Asimismo, indica que el contratista tiene derecho a cobrar el precio de la Administración en un determinado plazo (artículos 198.4 en relación con el 301.1 de la LCSP -216.4 en relación con el 293 del TRLCSP-), y a transmitir los riesgos sobre los bienes suministrados en un determinado momento (artículo 300 de la LCSP -art. 292 del TRLCSP-); estos derechos del contratista son establecidos en normas imperativas, no dispositivas, por lo que la Administración no puede alterarlos invocando una supuesta (y a estos efectos inoperante) libertad de pactos.

En definitiva, a su juicio, las previsiones de los pliegos expuestas obligan al contratista a entregar los bienes en el denominado “almacén de regulación intermedia”, manteniendo la “propiedad” de los mismos y, con ello, soportando los riesgos por deterioro, defectos o caducidades, y habiendo de retirar la parte de los productos no utilizada por la Administración, sin poder facturar cantidad alguna por esos productos, con clara infracción del citado artículo 300 de la LCSP (292 del TRLCSP), por lo que han de ser anuladas.

Asimismo, señala FENIN que, como se ha expuesto, el contratista tiene derecho a cobrar el precio de la Administración en un determinado plazo, como máximo, de 60 días (30 días desde que la Administración apruebe el documento que acredite la conformidad de los bienes o desde que haya transcurrido el plazo máximo de que la Administración dispone para ello, que es de 30 días desde la entrega efectiva de los bienes), así como a que, transcurrido dicho plazo, se devenguen a su favor intereses de demora. Sin embargo, el régimen de suministro o entrega en el llamado “almacén de regulación intermedia” que configuran los pliegos supedita dicho cobro (y, con ello, el inicio del plazo en que el contratista tiene derecho a cobrar el precio) a la utilización y consumo de los bienes por la Administración (por el Hospital), con infracción del artículo 198.4 en relación con el 301.1 de la LCSP (216.4 en relación con el 293 del TRLCSP).

Para reforzar su alegato, la federación recurrente trae a colación determinadas sentencias de Juzgados y Tribunales de Justicia (Sentencia de 15 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla, Sentencia 22 de septiembre de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Sevilla, Sentencia de 19 de marzo de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, o la más reciente Sentencia de 2 de abril de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del citado Tribunal) como de los Tribunales administrativos de recursos contractuales (Resolución 139/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), que según manifiesta en su recurso, declaran la ilegalidad de este tipo cláusulas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que las previsiones del PPT respecto a los almacenes de regulación intermedia presentan sobre los depósitos -a los que se pretenden equiparar por la recurrente- las siguientes diferencias:

1. Los contratistas deberán instalar almacenes propios en los centros hospitalarios con control del stock, de caducidades y de accesos, totalmente gestionados y mantenidos por su cuenta, sin que el personal de la Agencia Pública Sanitaria Poniente intervenga en esta gestión logística.
2. Los contratistas deberán dotar los almacenes con armarios automatizados con tecnología RFID, para el control de acceso, gestión, reposición del stock y facturación de los consumos de implantes por centros.
3. Los contratistas deberán mantener los almacenes (armarios) exclusivamente durante la duración del contrato, y una vez finalizado este, proceder a su retirada, ya que son un elemento de su exclusiva propiedad.

En este sentido, indica el órgano de contratación que los armarios automatizados se asemejarían, aunque solo vale el ejemplo a efectos de mostrar el flujo de gestión logística más allá de las notables diferencias en cuanto al producto, a máquinas de vending de comida, en las cuales en el momento que el usuario elige el producto se produce el suministro, la reducción del stock, la necesidad de reposición, la facturación y el cobro. En el caso de los armarios RFID el proceso es similar, si bien la facturación y cobro se producen precisamente para dar cumplimiento al artículo 301 de la LCSP.

Afirma el informe al recurso que el elemento fundamental que diferencia el modelo logístico de constitución de almacenes en los centros por los contratistas dotados con armarios automatizados de los depósitos (logísticos) radica en el momento de la entrega de los materiales, dado que en dichos depósitos logísticos se produce cuando le son suministrados al órgano de contratación para su custodia y en los citados armarios cuando se dispensan los implantes al personal de los centros hospitalarios desde el almacén (armario) propiedad del contratista, eliminándose, por tanto, la indeterminación que existe en cuanto a cuándo puede facturar el contratista el suministro.



En este sentido, señala el órgano de contratación que en el supuesto examinado la entrega tiene lugar cuando se produce la dispensación al personal del centro hospitalario y éste asume las responsabilidades que le corresponden en cuanto a custodia de los materiales, riesgos por desperfectos, deterioros, caducidades, y pago del precios.

Concluye el informe al recurso que, por novedoso que pueda parecer en la gestión hospitalaria este modelo de gestión logística, es común y habitual en otros sectores económicos desde hace más de veinte años, como por ejemplo en el de la alimentación, en el cual son los suministradores los que dotan las estanterías o lineales en las que se ubican sus productos en los supermercados, pagan a estos un alquiler por ello, reponen con su personal aquellos, realizan la gestión de caducidades y facturan por los productos que se consumen.

Vistas las alegaciones de las partes, procede el examen de la controversia en la que la federación recurrente denuncia que la exigencia de entrega de los productos a través de los denominados en el pliego almacenes de regulación intermedia, equivale materialmente a la entrega en los depósitos logísticos, lo que a juicio de FENIN infringe los artículos 198.4, 300 y 301 de la LCSP.

En este sentido, de las alegaciones del órgano de contratación en su informe al recurso se infiere que no es objeto de discusión el que la entrega de los suministros por parte de la entidad adjudicataria en los denominados “depósitos logísticos” vulnera determinados artículos de la LCSP, circunstancia que ha podido constatar este Tribunal, entre otras, en las sentencias esgrimidas por la federación recurrente. La controversia gira en torno a si la exigencia de entrega de los productos a través de los “almacenes de regulación intermedia” equivale o no a entregarlos en los “depósitos logísticos”.

Pues bien, la diferencia radica como afirma el informe al recurso en el momento de la entrega de los materiales, siendo el resto de las actuaciones sustancialmente las mismas.

En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia, de 19 de marzo de 2015, apelación 512/2014, de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), relativa a los denominados depósitos logísticos. En el fundamento primero de la misma, se recoge la apelación de la Administración demandada en la que explicita la esencia del tipo de contrato al que se



refieren dichos depósitos logísticos, en aquel caso un suministro de material de anestesia epidural, similar al que se examina. Dice así: «es un contrato de suministro sucesivo que por su naturaleza carece de presupuesto fijo, el cual, quedará establecido en función de las necesidades de la Administración, al igual que la cantidad de bienes a suministrar. De esta forma y al desconocerse las necesidades del producto, se requiere que el contratista disponga de una cantidad de bienes en stock que garantice la disponibilidad de los mismos en el momento en que sea requerido por la Administración. Disponibilidad que queda garantizada plenamente con el depósito de bienes a realizar en las propias dependencias de la Administración, lo que se consigue con la constitución de los depósitos logísticos. Ello no vulnera precepto legal alguno, según alega esta parte, ni derechos del contratista, pues el pliego de cláusulas administrativas particulares, prevé únicamente la constitución del depósito logístico como criterio de adjudicación, siendo ésta voluntaria. Ello no altera la propiedad de los bienes depositados o almacenados, que siguen siendo del licitador, si bien, en el supuesto de que éste lo haya ofertado, la Administración como depositario asume la obligación de custodia de los mismos y de mantenimiento de su correcto estado, a excepción en nuestro caso, de la obligación del contratista de actualizar los productos que superen la fecha de caducidad. De este modo, el régimen de los bienes resulta prácticamente el mismo que si permanecieran en el almacén de la empresa contratista».

Por su parte, en lo que aquí interesa, los artículos 300 y 301 de la LCSP disponen lo siguiente:

«Artículo 300. Entrega y recepción.

1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

(...)

3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será esta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos.

Artículo 301. Pago del precio.

1. El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato (...).



Pues bien, en el supuesto examinado, el procedimiento es sustancialmente el mismo que en los depósitos logísticos con la diferencia, como se ha expuesto, del momento de la entrega de los materiales que en la presente licitación conforme a los pliegos lo es cuando son retirados por el personal de los centros hospitalarios, y en el de los depósitos logísticos cuando le son entregados para su custodia, pero en ambos casos, hasta la retirada del material por el personal del órgano de contratación no son recepcionados por la Administración naciendo entonces su obligación de su pago, debiendo asumir mientras tanto el contratista los riesgos de pérdida, caducidad, deterioro o perjuicio de los bienes.

En este sentido, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que con los armarios automatizados la entrega de los materiales *«se produce cuando se dispensa al personal de los centros hospitalarios desde el almacén (armario) propiedad del contratista»*, de cuyo tenor parece desprenderse que la dispensa se hace por parte del contratista al órgano de contratación, lo que sin duda supondría una atención personalizada por parte del contratista las 24 horas al día los 365 días del año, o bien disponer de un sistema que permite la entrega automatizada con todas las garantías de recepción y conformidad, que este Tribunal desconoce que pueda existir, sin que en ningún caso se establezca dentro del presupuesto base de licitación una estimación del coste que ello pudiese representar.

En definitiva, aun cuando en el supuesto que se examina formalmente la entrega de los materiales al órgano de contratación se produce cuando el material es utilizado por el personal asistencial, materialmente el procedimiento no difiere del requerido para los depósitos logísticos, pues en ambos casos el contratista asume los riesgos de pérdida, caducidad, deterioro o perjuicio de los bienes.

En este sentido, es preciso traer a colación determinadas afirmaciones que realiza la Administración sanitaria en la citada Sentencia del TSJA, que confirman la identidad sustantiva entre ambas formas de entrega. Así cuando manifiesta que *«se requiere que el contratista disponga de una cantidad de bienes en stock que garantice la disponibilidad de los mismos en el momento en que sea requerido por la Administración. Disponibilidad que queda garantizada plenamente con el depósito de bienes a realizar en las propias dependencias de la Administración»*, o cuando señala que *«Ello no altera la propiedad de los bienes depositados o almacenados, que siguen siendo del licitador»*, o, por ejemplo, cuando concluye que *«el régimen de los bienes resulta prácticamente el mismo que si permanecieran en el almacén de la empresa contratista»*.



Todo ello evidencia que aun cuando en el sistema que se examina formalmente la entrega se difiere a un momento posterior al de los depósitos logísticos, sustantivamente el procedimiento es el mismo, dado que el contratista en ambos casos asume los riesgos de pérdida, caducidad, deterioro o perjuicio de los bienes.

Circunstancia que como se ha expuesto vulnera determinadas normas de la LCSP. En concreto las contenidas en los artículos 198.4, 300.4 y 301.1; así en particular el citado artículo 300.4 (292.4 del TRLCSP) dispone que *«Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos».*

En este sentido, la citada Sentencia, de 19 de marzo de 2015, apelación 512/2014, de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA, en su fundamento de derecho tercero, dispone que *«Así, en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, en el que se impugnaba el pliego de cláusulas administrativas particulares que habían de regir el concurso público del Hospital Universitario Virgen de la Victoria por procedimiento abierto para la contratación de suministro de reactivos y material de laboratorio para la realización de determinaciones analíticas, se concluía que es requisito necesario para la celebración de los contratos administrativos la fijación del precio (al igual que con arreglo a la normativa ahora aplicable, siguiendo el tenor del artículo 9.3.a) de la Ley de Contratos del Sector Público), que debe ser siempre cierto.*

También ahora se admite que el depósito logístico puede diferir el pago al momento en que los bienes son consumidos, como se finalizaba el escrito de conclusiones presentado durante la instancia por la demandada. Ello lleva, por una parte, a concluir en una indeterminación en el precio, sin correspondencia necesariamente efectiva con el material suministrado. Y, por otra parte, a una infracción del artículo 292.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como señala el juez a quo, desde el momento en que existe una efectiva entrega material de los bienes a la Administración y aun así mantiene el contratista el riesgo de caducidad de los productos no utilizados».

Asimismo, la reciente Sentencia, de 2 de abril de 2019, apelación 690/2018, de la citada Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA, en su fundamento de derecho quinto, dispone que esta Sala, en Sentencia de 16 de junio de 2015, ha declarado la ilegalidad del suministro o entrega de los bienes en el denominado depósito asistencial (depósito logístico), señalando que *«procede su anulación por infringir el artículo 292.4 del Texto refundido de la Ley Contratos del Sector Público que previene que, una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de*



los mismos. Se impone por la Administración un depósito de los suministros no previsto en la Ley de contratación, alterando el régimen legal de transmisión de riesgos propia de los contratos de suministros. Por otro lado, al diferirse el pago al momento en que los bienes son consumidos, lleva, por una parte, a concluir en una indeterminación en el precio, sin correspondencia necesariamente efectiva con el material suministrado, además de alterar los plazos de pago fijados en la ley, ya que no se inicia el plazo del pago desde la recepción de los suministros sino desde su consumo».

También, los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, se han pronunciado en los mismos términos, por todas, las Resoluciones 148/2012, de 15 de diciembre, 223/2015, de 23 de diciembre y 139/2018, de 9 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y 203/2016, de 11 de marzo y 586/2016, de 15 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por último, respecto a los alegatos del órgano de contratación en los que trata de asimilar *mutatis mutandis* el modelo de gestión logística, a través de los armarios de regulación intermedia previstos en los pliegos, de constitución por parte del contratista de almacenes propios en la sede del órgano de contratación (centros asistenciales), con las máquinas de vending de alimentación y los supermercados, a juicio de este Órgano no tiene actualmente acomodo en la normativa de contratación del Sector Público.

En efecto, por muy conveniente que sea para los centros asistenciales el sistema de gestión logística propuesto en los pliegos, circunstancia que evidentemente no pone en duda este Tribunal, el mismo modifica el régimen legal de entrega y pago de los productos objeto de suministro.

Efectivamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 300 de la LCSP, una vez que el contratista pone a disposición los bienes en la sede del órgano de contratación indicada en los pliegos, ya sea directamente o a través de sistema de almacenamiento de regulación intermedia previsto en el supuesto que se examina, le traslada la posesión inmediata de aquellos, naciendo para la Administración la responsabilidad de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad de la entidad suministradora por los vicios o defectos ocultos de los mismos.

Además, aun cuando es muy razonable el argumento del interés público, es posible establecer en los pliegos otras previsiones como la recepción y el pago del material que previsiblemente sea necesario y su



custodia con la necesaria periodicidad, trasladando la propiedad a la Administración, o la imposición de las adecuadas garantías para que el material sea entregado con la urgencia debida por periodos determinados y razonables, que pueden igualmente atender este fin público. Y ello, sin perjuicio de que pueda diseñarse un sistema de gestión logística convenientemente retribuido que cumpla las exigencias de la normativa de aplicación.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar el segundo de los motivos del recurso en el que se denuncia la exigencia de entrega de los productos a través de los almacenes de regulación intermedia.

DÉCIMO. La corrección de las infracciones legales cometidas, que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA** contra el anuncio y los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro soluciones para tratamiento a pacientes con implantes de prótesis osteoarticulares” (Expte. PA 34/19), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Poniente de Almería, ente dependiente de la Consejería de Salud y Familias y, en consecuencia, anular dichos pliegos en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 30 de agosto de 2019.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

