

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE MADRID

ASUNTO: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

EXPEDIENTE Nº PA SUM -19/2018: ACUERDO MARCO PARA LA ADQUISICIÓN DE 3 LOTES DEL MEDICAMENTO SEVOFLURANO, CON DESTINO A LOS HOSPITALES DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD.

ÓRGANO DE CONTRATACIÓN: SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD

D. CRISTIAN OSTROWSKI, mayor de edad, con N.I.E. nº Y2380421G, en su condición de APODERADO de BAXTER, S.L., con C.I.F. B-46012696, y con facultades para ello según Escritura de Apoderamiento del Notario D. Santiago Madrideo Fernández, de Madrid, del 28 de enero de 2019, con nº 116 de su protocolo, e inscrita en el Registro Mercantil de la provincia de Valencia, en el tomo 10047, libro 7329, folio 102, hoja nº V-8526, inscripción 278, (se adjunta como **Documento Nº 1 copia de la escritura que acredita su representación**), contando con la dirección de correo electrónico a efectos de comunicaciones, contratacion_es@baxter.com, conforme procede en Derecho y de conformidad con lo previsto en el artículo 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la presente procede a interponer

RECURSO ESPECIAL

EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el expediente señalado, el cual fue publicado en el perfil de contratante del órgano de contratación, en fecha 5 de junio de 2019.

Se adjunta como **Documento Nº 2** copia del anuncio de licitación, así como la documentación preparatoria de la licitación, la cual ha sido publicada en el perfil de contratante del órgano de contratación, disponible a través del siguiente enlace: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354776755592&definicion=Contratos+Publicos&idPagina=1224915242285&language=es&op2=PCON&page name=PortalContratacion%2FPage%2FPCON_contratosPublicos&tipoServicio=CM_ConvocaPrestac_FA

El presente recurso se fundamenta en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La licitación de referencia fue publicada en el perfil de contratante del órgano de contratación, en fecha 5 de junio de 2019, así como los pliegos que regían la licitación que fueron publicados en la misma fecha.

El plazo para presentar ofertas, según se indica en el propio anuncio de licitación finaliza el próximo 5 de julio de 2019, a las 23:59 horas.

SEGUNDO. Analizado el contenido de los Pliegos que rigen la licitación, así como de la restante documentación contractual, esta parte considera que los mismos contravienen la LCSP por lo que, por la presente interpone **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra los citados documentos, lo que hace sobre la base de los siguientes Fundamentos de Derecho.

I.- FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-PROCESALES

PRIMERO. REQUISITOS SUBJETIVOS.

1.1 Órgano competente.

Como quiera que el presente recurso especial se dirige contra los documentos que rigen una licitación convocada por el Servicio Madrileño de Salud y atendiendo al régimen de recursos que se contiene en el propio clausulado del PCAP, la competencia para conocer el mismo corresponde al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

1.2 Legitimación.

Dispone el artículo 48 de la LCSP que, *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

La compañía BAXTER está legitimada para la interposición del presente recurso especial por cuanto resulta interesada en el procedimiento de licitación de referencia, considerando que los pliegos que rigen esta licitación conculcan las oportunidades de participación en condiciones de igualdad, de forma que no se garantiza la libre concurrencia en los términos en los que se encuentran configurados los pliegos.

SEGUNDO. REQUISITOS OBJETIVOS.

2.1 Acto impugnado.

Como hemos adelantado, el acto objeto de recurso especial lo constituyen los pliegos, así como el resto de documentos contractuales que rigen la licitación y que constituyen la Ley del mismo.

2.2 Recurribilidad del acto.

Estamos ante un acto que cumple los requisitos establecidos en la LCSP para ser calificado como recurrible a través del recurso especial, por cuanto se trata de uno de los actos contemplados en el artículo 44.1 de la LCSP ya que se trata de un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, superando el valor estimado los CIEN MIL EUROS (100.000 euros).

TERCERO. REQUISITOS FORMALES.

3.1 Plazo.

Dispone el artículo 50 de la LCSP que el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse, en el plazo de quince días hábiles. Así, en la letra b) de dicho precepto proclama que, 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.

Conforme a lo expuesto, teniendo en consideración que los documentos contractuales fueron puestos a disposición de los interesados en la misma fecha en la que se publicó el anuncio de licitación, el plazo de quince días hábiles comienza a contar a partir de la publicación del referido anuncio en el perfil de contratante, esto es, a partir del 5 de junio de 2019.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-MATERIALES

ÚNICO. La configuración del acuerdo marco conculca los principios rectores de la contratación pública por cuanto limita la libre concurrencia en la adjudicación de los contratos basados y se ha configurado conculcando la LCSP.

El expediente que se recurre por el presente hace referencia a un acuerdo marco licitado por el Servicio Madrileño de Salud, por procedimiento abierto, para la satisfacción de la necesidad que se indica en el informe justificativo y que reza del siguiente tenor:

“Acuerdo marco para la adquisición de medicamentos que incluyen en su composición el principio activo SEVOFLURANO para todos los hospitales dependientes del SERMAS relacionados en el artículo 2, en su punto 13, apartado 1: Centros adscritos al Servicio Madrileño de Salud: 1.b) Atención Hospitalaria y apartado 2: Entes y Empresas Públicas dependientes del Servicio Madrileño de Salud del Decreto 125/2017, de 17 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 195/2015, de cuatro de agosto, del Consejo de Gobierno por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y el Decreto 196/2015 de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud. (BOCM 19 de octubre de 2017), excepto la Unidad Central de Radiodiagnóstico y el Centro de Transfusiones.

De acuerdo con las competencias en materia de contratación mediante la promoción de Acuerdos Marco que tiene el Servicio Madrileño de Salud, y con el objetivo de racionalizar y optimizar la adquisición de medicamentos en los diferentes hospitales dependientes y adscritos al Servicio Madrileño de Salud, se manifiesta la necesidad de formalizar un procedimiento de adquisición centralizada de los medicamentos que incluyen en su composición el principio activo sevoflurano.

Estos medicamentos son utilizados para la inducción y mantenimiento de la anestesia general en adultos y niños y forman parte de los medicamentos disponibles y esenciales para cubrir las necesidades asistenciales de los pacientes de acuerdo con los protocolos de tratamiento establecidos en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”.

Así, con la licitación del acuerdo marco de referencia se pretende dar satisfacción a la necesidad de proveer al sistema público de salud de la Comunidad de Madrid del medicamento con principio activo sevoflurano, necesario para dotar a los distintos órganos integrados en el ámbito competencial de dicho servicio del gas anestésico de referencia.

En este sentido, en el informe de necesidad se indica que “el procedimiento que se ha considerado más adecuado para la adquisición centralizada es el acuerdo marco mediante procedimiento abierto, que fomenta la competencia entre los distintos proveedores legalmente autorizados”.

A este respecto, es preciso recordar que el acuerdo marco se configura como una técnica de racionalización de la contratación en la normativa de aplicación.

En lo que afecta a la aplicación de esta técnica de racionalización a los contratos de suministros, recordemos que el artículo 16.3.a) de la LCSP considera contrato de suministro a todo aquel en el que “... el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”, habiendo interpretado la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón, en su Informe 2/2016, de 25 de febrero, en referencia al precedente legislativo de este precepto, esto es, el artículo 9.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que, existiendo dos formas de adquirir suministros por precio unitario, la segunda de ellas sería aquella por la que, “... el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración, es decir, en este supuesto no se fija inicialmente el número total a suministrar del bien objeto de contratación al estar condicionado a las progresivas necesidades del ente que representa el órgano de contratación. En este supuesto, la cuantía del contrato tendrá carácter estimativo pudiendo experimentar incrementos o disminuciones en función de las necesidades del ente adquirente, sin que tal situación tenga la calificación de modificación del contrato.”

Abunda la Junta Consultiva de Contratación proclamando a continuación que la figura adecuada para la contratación de esta figura es el acuerdo marco.

Así, recordemos que el acuerdo marco se regula en los artículos 219 y siguientes de la LCSP de forma que indica el apartado primero de dicho precepto que, *“Uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”*

Es decir, la funcionalidad del acuerdo marco, tal y como se prevé en el precepto citado es la de fijar las condiciones en las que se adjudicarán los contratos de él derivados durante el periodo que señale el propio acuerdo marco, de forma que se garantice a través de las normas contempladas en los pliegos que rigen el acuerdo marco, no solo que para la selección de la empresa o empresas adjudicatarias del acuerdo marco se han garantizado los principios rectores de la contratación pública, sino que, en la propia adjudicación posterior de los contratos basados se han respetado las mismas normas.

En este sentido, los apartados 3 y 4 del artículo 221 hacen referencia a la contratación con las empresas o empresa adjudicataria del mismo, de forma que, para aquellos casos en los que el acuerdo marco se hubiera concluido con una única empresa, *“los contratos basados en aquel se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos”*, pudiendo el órgano de contratación consultar al empresario los términos de su oferta.

En cambio, cuando el acuerdo marco se hubiera concluido con varias empresas, el artículo citado diferencia dos situaciones:

- (i) En aquellos casos en los que el acuerdo marco hubiera establecido todos los términos para la suscripción de contratos derivados, se atenderá a lo allí previsto, ya sea través de una nueva licitación o no, siempre siguiendo las reglas contenidas en el propio acuerdo marco. En todo caso, sea o no con una nueva licitación, la LCSP exige, de forma clara, que la vía de selección del empresario esté basada en criterios objetivos. Concretamente dispone que:

“la posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinar los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable. Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación.

Las previsiones anteriores serán también aplicables a determinados lotes de un acuerdo marco, siempre que, en relación con ese lote o lotes en concreto, se hubiera cumplido con los requisitos fijados en el citado apartado y con independencia de las previsiones de los pliegos en relación con el resto de lotes del acuerdo marco.”

- (ii) En los casos en los que el acuerdo marco no hubiera establecido todos los términos, deberá invitarse a una nueva licitación a todas las empresas que formen parte del acuerdo marco.

Sentado lo anterior, traslademos esta regulación al acuerdo marco que ahora nos ocupa para notar que el acuerdo marco, tal y como se ha configurado, no establece de forma

clara las reglas que se aplicarán no solo a su adjudicación sino a la adjudicación de los contratos en él basados.

Así, el Servicio Madrileño de Salud, en los términos señalados en la memoria justificativa que obra en el expediente, ha acordado licitar un acuerdo marco para la selección de las empresas que serán proveedoras durante 24 meses, con posibilidad de 24 meses adicionales de prórroga, del medicamento con principio activo sevoflurano.

Es este, prácticamente, el único dato que se desprende de la lectura del informe justificativo el cual no indica ni se pronuncia sobre la configuración que se ha realizado del acuerdo marco en sí, adoleciendo de una clara falta de justificación de aspectos tan esenciales como, (i) la división que se ha realizado en lotes del acuerdo marco; (ii) la configuración de cada uno de los lotes; (iii) el precio unitario que se ha dado a cada producto; (iv) el presupuesto de licitación de cada uno de los lotes; (v) los criterios de adjudicación y su adecuación a cada uno de los lotes en los que se divide el acuerdo marco; etc. Es significativo que el informe justificativo está firmado digitalmente y datado en fecha 23 de julio de 2018, esto es, prácticamente un año antes de la licitación de referencia, la cual ha sido anunciada en los boletines oficiales en el mes de junio de 2019.

Pues bien, ante la falta de justificación de estos aspectos tan esenciales y determinantes para la correcta configuración y análisis de la conformidad a Derecho de los pliegos y documentos contractuales que rigen la licitación del acuerdo marco que nos ocupa, es preciso atender al clausulado del mismo para identificar aspectos claves del mismo que hacen que pueda afirmarse que la configuración del referido acuerdo marco conculca la regulación contenida en la LCSP y atenta gravemente en su configuración a los principios rectores de la contratación pública, especialmente a la no discriminación, igualdad de trato y libre concurrencia.

Veamos punto por punto estas cuestiones:

1. Sobre la configuración del objeto del contrato y su división en lotes.

La cláusula 1 del PCAP que regula el acuerdo marco de referencia dispone respecto del objeto del acuerdo marco, ámbito subjetivo y órganos administrativos, lo siguiente:

“Los productos objeto del presente expediente, se encuentran incluidos en la Orden 1209/2018, de 22 de noviembre, del Consejero de Sanidad, por la que se declara de compra centralizada el suministro de medicamentos con principio activo SEVOFLURANO (3 Lotes), con destino a todos los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

En el anexo 1.1 al presente pliego figuran la relación de artículos y lotes en que se agrupan, el valor estimado, plazo máximo de entrega, tiempo máximo de respuesta para sustituciones y devoluciones, así como los códigos CPV.”

Pues bien, la Orden 1209/2018, de 22 de noviembre, a la que se hace referencia, que fue publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, número 289, de 4 de diciembre, disponía que:

“Considerando que dentro de los fines y funciones que la Ley 4/2012 atribuye a la Central de Compras del Servicio Madrileño de Salud está el ahorro de costes en todos los centros del Servicio Madrileño de Salud, promoviendo las economías de escalas derivadas de la consideración de todos los centros de consumo y la homogeneidad y calidad de los bienes y servicios destinados a sus distintos centros, así como garantizar los suministros a todos sus centros con independencia de su situación, tamaño, características y cuantía del gasto.

Teniendo en cuenta que estos medicamentos con principio activo Sevoflurano, cuya adquisición se pretende centralizar, son productos sanitarios de uso extensivo e intensivo

en los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud, utilizados para la inducción y mantenimiento de la anestesia general en adultos y niños, y forman parte de los medicamentos disponibles y esenciales para cubrir las necesidades asistenciales de los pacientes de acuerdo con los protocolos de tratamiento establecidos en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud.

Considerando que la compra centralizada del suministro de medicamentos con principio activo Sevoflurano, para todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud, mejorará la eficiencia en la compra, mediante la fórmula de adquisición centralizada por economía de escala, siendo necesario definir un catálogo para todos los centros, homogeneizar las exigencias técnicas y los criterios de calidad de los productos ofertados, es por lo que la Central de Compras, en su reunión de 15 de octubre de 2018, considera necesario proponer al Consejero de Sanidad que declare de compra centralizada el “Suministro de medicamentos con principio activo Sevoflurano”, con destino a todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud.”

Sobre la base de esta propuesta, la persona titular de la Consejería de Sanidad acordó **“declarar de compra centralizada el Suministro de medicamentos con principio activo Sevoflurano**, con destino a todos los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, disponiendo, a continuación que “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22, apartado 1, de la Ley 4/2012, la Central de Compras actuará en la adquisición de los bienes declarados de compra centralizada, **cuya contratación se llevará a cabo mediante un acuerdo marco** de conformidad con los artículos 218 y siguientes 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, siendo el órgano de contratación el Viceconsejero de Sanidad.”

De lo expuesto no cabe duda alguna del hecho que el medicamento con principio activo sevoflurano fue declarado de compra centralizada, procediendo su adquisición a través de un acuerdo marco, en los términos que se contiene en el informe justificativo y se regula en el pliego.

No obstante, si bien volviendo la vista a lo dispuesto en la cláusula 1 del PCAP, si bien de esta dicción literal, “Los productos objeto del presente expediente, se encuentran incluidos en la Orden 1209/2018, de 22 de noviembre, del Consejero de Sanidad, por la que se declara de compra centralizada el suministro de medicamentos con principio activo SEVOFLURANO (3 Lotes), con destino a todos los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, podría parecer que cuando se incluye entre paréntesis la mención a los tres lotes se está apuntando nuevamente al texto de la Orden, dicha afirmación no encontraría sustento ya que esta no diferencia en modo alguno entre los distintos tipos de envase.

De esta forma, si se sigue buceando en el clausulado del PCAP se aprecia que la única mención a justificación de la división en lotes, se encuentra en el Anexo 1.1 “Relación de bienes /artículos y lotes en que se agrupan” en el que se apunta que:

El criterio escogido para la división en lotes ha sido la naturaleza del material del acondicionamiento primario de los productos (lote 1: polietileno; lote 2 aluminio; lote 3: vidrio tipo III). La justificación de tal elección está basada en las características físico-químicas del principio activo y la formulación galénica de cada presentación comercial.

Conforme a ello, dispone que el objeto del contrato se dividirá en los tres lotes citados, en función de la naturaleza del acondicionamiento primario, lo que se plasma en la siguiente relación de productos a adquirir:

Presupuesto (importe estimado de compra, sin IVA): 4.088.718,44 € Valor estimado incluida la prórroga (art. 101 LCSP): 8.177.436,88€ (2 años contrato + posible prórroga de 2 años) Plazo máximo de entrega de los bienes/artículos del lote: 24 horas los pedidos urgentes y 48 horas los pedidos programados CPV: 33600000-6 Productos farmacéuticos								
Nº LOTE	DESCRIPCIÓN	GRUPO ATC	PRESENTACION	Unidades a Adquirir Previstas (2 años)	Propuesta Precio de Licitación (Sin IVA)	Importe Bienal Previsto (Sin IVA)	IVA (4%)	Importe Bienal Previsto (IVA Incluido)
1	SEVOFLURANO EN ENVASE DE POLIETILENO 250 ml	N01AB	Frasco	47.780	79,548	3.800.803,44	152.032,14	3.952.835,58
2	SEVOFLURANO EN ENVASE DE ALUMINIO 250 ml	N01AB	Frasco	2.532	77,8269	197.057,71	7.882,31	204.940,02
3	SEVOFLURANO EN ENVASE DE VIDRIO 250 ml	N01AB	Frasco	1.176	77,2596	90.857,29	3.634,29	94.491,58
TOTAL				51.488		4.088.718,44	163.548,74	4.252.267,18

Es decir, sobre la base de dicha justificación, el Servicio Madrileño de Salud ha determinado y justificado que el contrato se debía dividir en los siguientes lotes:

- Lote 1: Sevoflurano en envase de polietileno 250 ml.
- Lote 2: Sevoflurano en envase de aluminio 250 ml.
- Lote 3: Sevoflurano en envase de vidrio 250 ml.

En suma, la división en lotes hace referencia al tipo de envase donde se contiene el medicamento, que se corresponde con el material en el que está fabricado cada uno. Esto es claro, pero, ¿cuál es la razón de que se divida en tres lotes el mismo medicamento con el mismo principio activo, con la misma medida, esto es, 250 ml., por razón del diferente envase? Es decir, ¿por qué se decide dividir el objeto del contrato en función del material del que esté realizado el envase?



Se apunta que está basada esta división en las características físico-químicas del principio activo, pero, si el principio activo es el mismo, esto es, el sevoflurano, el cual fue declarado de adquisición centralizada sin que la Orden diferenciara la diferencia de envases, ¿por qué se apunta esta cuestión para justificar la división?

Pero, es más, ¿a qué hace referencia el órgano de contratación cuando justifica la formulación galénica de cada presentación comercial si no se aprecia ninguna mención a esta cuestión más allá que esta afirmación genérica?

Si se consulta la página web de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en la base de datos del Centro de información online de medicamentos (www.cima.aemps.es) puede apreciarse que existen tres presentaciones autorizadas en España para el medicamento sevoflurano, tal y como se ve en la imagen:

Nº REGISTRO: 72200 AUTORIZADO(22/01/2013) COMERCIALIZADO USO HOSPITALARIO  REDUCE LA CAPACIDAD DE CONDUCCIÓN CON RECETA	SEVOFLURANO BAXTER 100% LIQUIDO P ARA INHALACION DEL VAPOR EFG BAXTER, S.L. PRINCIPIOS ACTIVOS · SEVOFLURANO EXCIPIENTES ?	 
Nº REGISTRO: 74985 AUTORIZADO(05/12/2012) COMERCIALIZADO USO HOSPITALARIO  REDUCE LA CAPACIDAD DE CONDUCCIÓN CON RECETA	SEVOFLURANO PIRAMAL 100% LIQUIDO P ARA INHALACION DEL VAPOR EFG PIRAMAL CRITICAL CARE LIMITED PRINCIPIOS ACTIVOS · SEVOFLURANO EXCIPIENTES ?	 
Nº REGISTRO: 61451 AUTORIZADO(01/04/1997) COMERCIALIZADO USO HOSPITALARIO  REDUCE LA CAPACIDAD DE CONDUCCIÓN CON RECETA	SEVORANE 100% LIQUIDO PARA INHALAC ION DEL VAPOR ABBVIE SPAIN, S.L.U. PRINCIPIOS ACTIVOS · SEVOFLURANO EXCIPIENTES ?	 

Pues bien, el primero de los productos corresponde al medicamento de BAXTER, de forma que cuando se accede a la ficha del mismo se contienen las siguientes características:

SEVOFLURANO BAXTER 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR EFG			
Nº REGISTRO : 72200 AUTORIZADO (22/01/2013) COMERCIALIZADO	LABORATORIO BAXTER, S.L.	 Ficha técnica  Prospecto  Compartir	
FORMAS FARMACÉUTICAS · LIQUIDO PARA INHALACIÓN DEL VAPOR	VÍAS DE ADMINISTRACIÓN · VÍA INHALATORIA	DOSIS · 1 ML/ML	
PRINCIPIOS ACTIVOS · SEVOFLURANO	EXCIPIENTES ?		
CARACTERÍSTICAS · USO HOSPITALARIO · CON RECETA · REDUCE LA CAPACIDAD DE CONDUCCIÓN	CÓDIGOS ATC · N01A - ANESTÉSICOS GENERALES · N01AB - HIDROCARBUROS HALOGENADOS · N01AB08 - SEVOFLURANO		
PRESENTACIONES EXPORTAR	<div> <div>SEVOFLURANO BAXTER 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR EFG, 6 frascos de 250 ml</div> <div>CÓDIGO NACIONAL: 669629</div> <div>AUTORIZADO(22/01/2013) COMERCIALIZADO</div> </div>	<div> <div>COMERCIALIZADO</div> <div>NO COMERCIALIZADO</div> </div>	

El segundo de los medicamentos se encuentra comercializado por PIRAMAL CRITICAL CARE LIMITED, con las siguientes características:

SEVOFLURANO PIRAMAL 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR EFG		
Nº REGISTRO : 74985 AUTORIZADO (05/12/2012) COMERCIALIZADO	LABORATORIO PIRAMAL CRITICAL CARE LIMITED	<div> <div>FT</div> <div>Ficha técnica</div> </div> <div> <div>P</div> <div>Prospecto</div> </div> <div> <div>Compartir</div> </div>
FORMAS FARMACÉUTICAS • LIQUIDO PARA INHALACIÓN DEL VAPOR	VÍAS DE ADMINISTRACIÓN • VÍA INHALATORIA	DOSIS • 100% V/V
PRINCIPIOS ACTIVOS • SEVOFLURANO	EXCIPIENTES ⓘ	
CARACTERÍSTICAS • USO HOSPITALARIO • CON RECETA • REDUCE LA CAPACIDAD DE CONDUCCIÓN	CÓDIGOS ATC • N01A - ANESTÉSICOS GENERALES • N01AB - HIDROCARBUROS HALOGENADOS • N01AB08 - SEVOFLURANO	
PRESENTACIONES EXPORTAR <div> <div>COMERCIALIZADO</div> <div>NO COMERCIALIZADO</div> </div>		
<div> <div>SEVOFLURANO PIRAMAL 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR EFG, 1 frasco de 250 ml</div> <div>CÓDIGO NACIONAL: 685640</div> <div>AUTORIZADO(05/12/2012)</div> <div>NO COMERCIALIZADO</div> </div>	<div> <div>SEVOFLURANO PIRAMAL 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR EFG, 1 frasco de 250 ml</div> <div>CÓDIGO NACIONAL: 71152</div> <div>AUTORIZADO(03/06/2016)</div> <div>COMERCIALIZADO</div> </div>	<div> <div>SEVOFLURANO PIRAMAL 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR EFG, 1 frasco de 250 ml</div> <div>CÓDIGO NACIONAL: 724068</div> <div>AUTORIZADO(19/11/2018)</div> <div>COMERCIALIZADO</div> </div>

Finalmente, el tercero de los medicamentos hace referencia al comercializado por ABBVIE SPAIN, S.L. y consta lo siguiente en la ficha del CIMA:

SEVORANE 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR		
Nº REGISTRO : 61451 AUTORIZADO (01/04/1997) COMERCIALIZADO	LABORATORIO ABBVIE SPAIN, S.L.U.	<div> <div>FT</div> <div>Ficha técnica</div> </div> <div> <div>P</div> <div>Prospecto</div> </div> <div> <div>Compartir</div> </div>
FORMAS FARMACÉUTICAS • LIQUIDO PARA INHALACIÓN DEL VAPOR	VÍAS DE ADMINISTRACIÓN • VÍA INHALATORIA	DOSIS • 1 ML SEVOFLURANO/ML
PRINCIPIOS ACTIVOS • SEVOFLURANO	EXCIPIENTES ⓘ	
CARACTERÍSTICAS • USO HOSPITALARIO • CON RECETA • REDUCE LA CAPACIDAD DE CONDUCCIÓN	CÓDIGOS ATC • N01A - ANESTÉSICOS GENERALES • N01AB - HIDROCARBUROS HALOGENADOS • N01AB08 - SEVOFLURANO	
PRESENTACIONES EXPORTAR <div> <div>COMERCIALIZADO</div> <div>NO COMERCIALIZADO</div> </div>		
<div> <div>SEVORANE 100% LIQUIDO PARA INHALACION DEL VAPOR , 1 frasco de 250 ml</div> <div>CÓDIGO NACIONAL: 673186</div> <div>AUTORIZADO(01/04/1997)</div> <div>COMERCIALIZADO</div> </div>		

Es decir, no se aprecia en la información que consta en el CIMA de la AEMPS cuál es la diferencia entre estos tres medicamentos, más allá del envase, lo que hace que resulte del todo injustificada la división que se hace del objeto del contrato, de forma que se ha acudido a una división arbitraria del mismo, que atenta a la igualdad de trato entre los licitadores.

Este tratamiento discriminatorio se agrava cuando se aprecia que cada uno de los lotes está dotado de un presupuesto de licitación (PBL) distinto del anterior, de forma que, el

lote 1, que hace referencia al envase de polietileno, está dotado económicamente con un PBL de 3.800.803,44 €, frente a los otros dos lotes, que se encuentran dotados, respectivamente, de un PBL de 197.057,71 € para el envase de aluminio y de 90.857,29 € para el envase de vidrio. Esto es, para el lote 1 se prevé un consumo estimado de envases de 47.780 unidades frente al lote 2 en el que se señalan 2.530 y para el lote 3 que se indican 1.176. Aún se agrava más esta cuestión cuando se aprecia que el precio unitario máximo del producto contenido en el lote 1 es de 79,548 euros, el del lote 2 de 77,8269 euros y el del lote 3 de 77,2596 euros.

¿Por qué se da este tratamiento tan diferenciado a cada uno de los envases contenidos en cada uno de los lotes? ¿Cuál es la justificación que motiva esta diferencia tan sustantiva en las unidades estimadas de cada uno de los lotes? ¿Cómo casa esta división, el número de envases y el diferente precio, con el objetivo expresado en la Orden y que motiva la licitación de este acuerdo marco de realizar una adquisición centralizada de sevoflurano basado en principios de economía de escala y ahorro de costes?

De la documentación que configura el expediente, esto es, el informe justificativo, los documentos contractuales, y la Orden en la que se basa la contratación centralizada a la que se viene haciendo referencia, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1º La adquisición, por compra centralizada, del medicamento con principio activo sevoflurano, a través de la licitación de un acuerdo marco, encuentra su sustento en la Orden a la que se ha hecho referencia anteriormente y ello, por cuanto es cierto que la figura del acuerdo marco, tal y como se encuentra regulada en la LCSP es la más idónea para la consecución de los fines que se señalan en la Orden a la que venimos haciendo referencia, esto es, aprovechar economías de escala, homogeneizar exigencias técnicas y criterios de calidad.

2º No obstante, el órgano de contratación ha desvirtuado esta afirmación configurando un acuerdo marco que quiebra esta finalidad a través de la división que se ha efectuado en tres lotes diferenciados.

Así, no consta en el expediente justificación suficiente que ampare la división que se ha realizado en tres lotes diferenciados en función del material del envase primario, de forma que, no solo no consta que el órgano de contratación haya consignado estas razones en el expediente, dejando abiertas un gran abanico de cuestiones, de las cuales las anteriores son solo un ejemplo, sino que la división realizada en lotes es discriminatoria, habiéndose configurado cada lote sobre parámetros muy diferenciados, no solo en lo que respecta al número de unidades estimadas contenidas para cada uno de ellos, sino al precio unitario de cada producto, variando significativamente el presupuesto base de licitación.

Es por ello por lo que cabe concluir que el objeto del contrato del expediente al que hace referencia este recurso, ha sido configurado siguiendo criterios que conculcan los más básicos principios de contratación pública, tales como la no discriminación, igualdad de trato y libre concurrencia, de forma que no solo no puede constatar en el expediente una justificación suficiente de la división del contrato en los lotes en los que se ha diferenciado, sino que tampoco se aprecia la motivación que ha determinado un trato tan desigual a los productos contenidos en uno y otro lote y por qué se ha dotado de un mayor peso económico a un tipo de envase frente a otro, máxime cuando la Orden 1209/2018 no hace distinción alguna a la hora de declarar de adquisición centralizada a los medicamentos con principio activo sevoflurano ni por razón de su tipo de envase, ni por ninguna otra.

En este sentido, la división en lotes efectuada es arbitraria, afectando de forma directa a la configuración del contrato, debiendo, por tanto, anularse la documentación contractual,

ordenando al órgano de contratación que configure el contrato conforme a los términos que se señalan en la Orden esto es, *“promoviendo las economías de escalas derivadas de la consideración de todos los centros de consumo y la homogeneidad y calidad de los bienes y servicios destinados a sus distintos centros”*.

2. Sobre la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco.

La incorrecta definición del objeto del contrato afecta, asimismo y como veremos, a la configuración del acuerdo marco de forma que a través de esta arbitraria división en tres lotes se han quebrado los principios rectores de la contratación pública.

La cláusula primera del PCAP señala lo siguiente respecto al número de adjudicatarios previstos para el acuerdo marco:

Número máximo de lotes a que los empresarios podrán licitar:
Todos los lotes del Acuerdo Marco

Número máximo de lotes a adjudicar a cada licitador:
No se establece número, pudiendo ser adjudicatarios de todos los lotes que componen el Acuerdo Marco.

La cláusula tercera del PCAP apunta, respecto al procedimiento de adjudicación que:

3.- Procedimiento de adjudicación:

Acuerdo Marco

- Tramitación anticipada: NO
- Tramitación: ORDINARIA
- Procedimiento: ABIERTO
- Pluralidad de criterios de adjudicación.
- Adjudicación: VARIAS EMPRESAS

(Para acuerdo marco/lote celebrado con varias empresas)

- Adjudicación de Contratos basados:
 - Sin nueva licitación, cuando el acuerdo marco fija todos los términos del suministro:
Condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco debe ser adjudicataria:

Procedimiento: En el caso de ser adjudicados varios proveedores, tendrán preferencia los que, según la puntuación técnica y económica establecida, hayan alcanzado mayor puntuación total media por cada lote.

Se podrán adquirir medicamentos de adjudicatarios que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones si por motivos de seguridad (paciente – personal sanitario), eficiencia, gestión de residuos o cualquier otro supuesto que excepcionalmente pudieran surgir; siempre y cuando estén debidamente justificados y bajo la autorización de la Dirección Gerente.

- Procedimiento: el establecido en la Cláusula 38.
- Procedimiento general: SI
- Procedimiento especial: NO

De la regulación contemplada en el PCAP parece desprenderse que el acuerdo marco permite la adjudicación de cada lote a varios adjudicatarios, aplicándose los criterios objetivos señalados para la adjudicación de los contratos basados, teniendo preferencia los licitadores que, concurriendo a cada lote, hubieran obtenido la mayor puntuación total media por cada lote, previéndose que, en caso de concurrir motivos de seguridad, los poderes adjudicadores integrados en el acuerdo marco, podrían apartarse de esta clasificación, adquiriendo o formalizando un contrato basado a otro licitador distinto al primer clasificado.

Pero, nada más lejos de la realidad ya que, la configuración del acuerdo marco no se compadece con la realidad existente en el mercado.

Así, como hemos apuntado anteriormente, atendiendo a la información obrante en la base de datos de la AEMPS, en España existen en la actualidad, tan solo tres presentaciones del medicamento sevoflurano, y, consecuentemente, tan solo tres tipos de envase, correspondiendo cada uno de ellos y, por ende, cada lote, a un material del envase.

De esta forma, ABBVIE comercializa, bajo en nombre comercial, SEVORANE, el gas anestésico sevoflurano, en un envase de polietileno (lote 1); BAXTER comercializa, bajo la denominación SEVOFLURANO BAXTER, el gas anestésico citado en un envase de aluminio (lote 2); y, finalmente, PIRAMAL CRITICAL CARE LIMITED comercializa el gas referido en un envase de vidrio (lote 3).

Es decir, cada lote está configurado para que un solo licitador concorra al mismo, por cuanto si bien el acuerdo marco permite la posibilidad de acudir a varios lotes, la presentación de un envase con un material distinto al que configura el lote determinará la exclusión inmediata del mismo por no cumplir con los criterios mínimos contenidos en los documentos contractuales y en el PPT.

Por tanto, la configuración del acuerdo marco limita de facto la concurrencia a todos y cada uno de los lotes ya que cada una de las empresas comercializadoras estará en condiciones de presentar oferta, únicamente, a uno de los lotes indicados, los cuales, además, debe reiterarse, han sido diseñados partiendo de criterios discriminatorios (recordemos que cuentan con número de unidades estimadas diferentes, precios unitarios diferentes, y, por ende, presupuesto diferente).

Pero, es más, este vicio afecta igualmente al procedimiento de adjudicación de los contratos basados. Así, teniendo en consideración que cada lote solo permite, en realidad, la presentación de un único tipo de envase y, por ende, de un único licitador, esto determinará que cada lote sea adjudicado a un laboratorio farmacéutico. Y ello por cuanto, recordemos, cada lote es en sí mismo un contrato diferenciado.

Partiendo de esto, ¿sobre qué criterios objetivos se determinará la adjudicación de los contratos basados, o, mejor dicho, la decisión del poder adjudicador de adquirir el medicamento al amparo de uno u otro lote?

El diseño efectuado por el órgano de contratación otorga a los poderes adjudicadores asociados al acuerdo marco la potestad de adquirir libremente el medicamento sevoflurano a uno u otro lote sin que tengan por qué justificar su decisión, lo que determina una libertad de decisión exacerbada.

En suma, lo que parecía, sobre el papel, un acuerdo marco con varios adjudicatarios, son en realidad tres acuerdos marcos diferenciados en función del tipo de envase, en los que se prevén consumos y precios diferenciados y ello para el mismo medicamento, de forma que cuando un poder adjudicador decida adquirir el medicamento a través de un contrato basado tan solo se verá limitado por el remanente existente para cada lote, primando por

tanto la adquisición del mismo en envase de polietileno frente al resto ya que es el lote que tiene más dotación en número de unidades y en presupuesto.

Así, puede concluirse afirmando que la configuración del acuerdo marco que ahora nos ocupa no solo conculca la finalidad que el artículo 219 antes expuesto le confiere a los acuerdos marco, sino que vulnera los principios rectores de la contratación pública estableciendo un sistema de adquisición centralizado del medicamento basado en el principio activo sevoflurano que es contrario a Derecho y a lo dispuesto en la LCSP, estableciendo parámetros que permiten un tratamiento discriminatorio de los licitadores.

La ausencia de motivación para la configuración del acuerdo marco en los términos que se ha realizado determina que pueda aseverarse que, para la consecución de los objetivos señalados en la Orden a la que se viene haciendo referencia, hubiera sido preciso licitar un único acuerdo marco, sin división en lotes, de forma que, a través de los criterios de adjudicación y sobre la base de cuestiones objetivas se hubiera determinado la selección de los adjudicatarios tanto en el seno del propio acuerdo marco como en los contratos basados, siempre en términos de igualdad y atendiendo a los principios recogidos en la LCSP.

3. Sobre los criterios de adjudicación del acuerdo marco: Los criterios de adjudicación no son idóneos a los productos incorporados a cada uno de los lotes.

A mayor abundamiento de lo dispuesto en el apartado anterior es preciso señalar que los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego no se adecúan a la división en lotes realizada.

Recordemos que el artículo 116.4 de la LCSP proclama que, entre otros, en el expediente de licitación se deberá justificar los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, apuntando el artículo 145 cuáles son los requisitos que habrán de cumplir, entre los que se encuentran, que deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, de forma que, cuando se estén evaluando características inherentes a los productos que se pretenden adquirir, se deberá configurar dicha exigencia como contenido mínimo en el PPT.

A este respecto, el Informe justificativo dispone que “... el criterio con más peso es el CRITERIO ECONÓMICO con un 60% sobre la valoración total, haciendo hincapié en la línea estratégica de contención del gasto y CRITERIOS TÉCNICOS con un 40% sobre la valoración total, que hace hincapié en los aspectos relacionados con la calidad y la seguridad”

En lo que hace referencia a los que los pliegos denominan criterios técnicos, la cláusula 6 del PCAP divide los 40 puntos aplicables conforme al siguiente desglose:

-	CRITERIOS OBJETIVOS	Puntuación
	Características sobre calidad y seguridad del medicamento	
	1. Sistema de llenado cerrado (SI/NO)	20
	2. Frasco protegido de la luz que permite visualizar el interior (SI/NO)	10
	3. Identificación del envase y/o acondicionamiento primario que permita la trazabilidad (código de barras, código data matrix). (SI/NO)	10
	Total	40 puntos

Como reflexión inicial debe apuntarse que estos criterios tan solo serían aplicables cuando nos encontremos con una debida concurrencia de forma que resulta del todo innecesario haber configurado unos criterios de adjudicación cuando la configuración del acuerdo

marco, a través de la arbitraria división en lotes, limita cualquier tipo de concurrencia en el seno de cada uno de los lotes a los que se hace referencia en el mismo, impidiendo la comparación entre distintas ofertas. Esto hace que sean totalmente inadecuados para determinar cuál es la mejor oferta en cada uno de los lotes señalados, lo que se agrava cuando se nota que en el expediente no se encuentra justificación alguna a su utilización.

En este sentido, puede traerse a colación la Resolución número 184/2018, de 29 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la que se realiza un interesante análisis sobre la adecuación de los criterios de adjudicación a los expedientes de contratación señalando que, *“En lo que se refiere a los criterios de adjudicación, no cabe dar por justificada la elección de los mismos por el mero hecho de que se encuentren relacionados en el apartado 7 de la ya citada memoria justificativa, sin detallar motivación alguna, en especial en lo que se refiere a los de carácter cualitativos, puesto que de ningún modo queda aclarada, ni la oportunidad de tenerlos en cuenta como indicadores para determinar cuál es la mejor oferta, ni la de la ponderación que les otorga a cada uno de ellos.”*

La falta de idoneidad de los criterios de adjudicación se hace, si cabe, más evidente cuando se conjugan con la definición del lote 2.

En el citado lote se señala que deberán presentarse envases de aluminio, ¿cómo puede valorarse para este tipo de envase un criterio tal como el de *“frasco protegido de la luz que permite visualizar el interior”*? El envase de aluminio es totalmente opaco, es decir, si bien protege de la luz a su contenido, en modo alguno permite visualizar su contenido por lo que este criterio de adjudicación resulta inadecuado para su valoración.

En este sentido, es preciso traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, número 112/2018, de 25 de abril (recurso 70/2018), que afirmaba lo siguiente:

“...el informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.”

Citando a continuación la Resolución 240/2015, de 29 de junio, continúa el Tribunal afirmando que: *“No debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido”.*

Así, concluye el órgano especializado en la resolución del recurso citado que, *“Queda claro, pues, a la luz de ambos textos legales -TRLCSP y Ley 9/2017, de 8 de octubre-, que el criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundará en el hecho de que*

la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos.”

La anulación de los criterios de adjudicación por no existir una correcta vinculación entre los mismos y el objeto del contrato determina la anulación de los pliegos rectores de la licitación y, por ende, la retroacción del expediente al momento de su aprobación, debiendo convocarse una nueva licitación.

CONCLUSIÓN. Nulidad de los documentos contractuales que rigen la licitación del acuerdo marco de referencia.

Atendiendo a los argumentos que se han venido exponiendo a lo largo de este recurso, es preciso afirmar que el acuerdo marco que es objeto de impugnación ha sido configurado de una forma que conculca la libre concurrencia, de forma que si bien la razón principal es la incorrecta determinación del objeto del mismo a través de una arbitraria división en lotes del mismo, esto se agrava cuando se aprecian las características de cada uno de los lotes, los procedimientos que se han establecido para la adjudicación de los contratos basados, los criterios de adjudicación que se han contenido en el clausulado, etc.

En suma, se han configurado tres acuerdos marco en uno, primando el envase de polietileno frente a los otros envases de un mismo medicamento con un principio activo común, esto es, el sevoflurano, y ello sin que exista un fundamento válido en el expediente que justifique no solo la división en lotes sino la propia configuración de cada lote, de forma que se estiman unidades distintas para cada uno de ellos y precios unitarios máximos diferenciados.

A este respecto, a la hora de definir los criterios mínimos exigibles para cada lote, el órgano de contratación ha actuado de forma arbitraria.

En este sentido, es interesante traer a colación la Resolución número 3/2017, de 11 de enero, en la que el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos ha considerado, que:

“La inicial libertad que reconoce el artículo 22 del TRLCSP para que el órgano de contratación establezca la idoneidad del objeto del contrato y contenido para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse con el mismo queda limitada por las reglas para la determinación de las especificaciones técnicas que se concretan en el artículo 117 del TRLCSP y en el artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE. En ambos se establece que se debe permitir la apertura de la contratación pública a la competencia y que no podrán mencionar una fabricación o procedencia determinada o un procedimiento concreto, a un origen o una producción determinada de manera que deben permitir la diversidad de soluciones técnicas”.

Pero, es más, la citada resolución hace, asimismo, un análisis de la división en lotes del expediente, que resulta de aplicación al caso que nos ocupa, apuntando que **“Es cierto que en el PCAP consta la división en 29 lotes, no obstante, no se ha dado cumplimiento al mandato de justificar en el expediente la adecuada división en esos concretos o la posibilidad de hacerlo dividiendo en otros lotes. La ausencia del informe de justificación impide conocer si el órgano de contratación podía dividir el discutido lote 23 en dos lotes diferentes para el mismo principio activo según la forma de administración o existe algún motivo para la no división. El incumplimiento de la normativa de contratación constituye un supuesto de anulabilidad y es motivo para la anulación del expediente de contratación tramitado.”**

Recordemos que el expediente de licitación que ahora se impugna ha conculcado lo dispuesto en el artículo 116.4 de la LCSP ya que en el mismo no se encuentra fundamento no solo de estas cuestiones, sino de otras tales como la adecuación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, etc., quizás motivado porque el informe justificativo incorporado al expediente está fechado casi un año antes de la publicación del acuerdo de licitación.

En atención a los incumplimientos que han sido puestos de manifiesto a lo largo de este recurso, los cuales afectan a aspectos esenciales del proceso de licitación del acuerdo marco, considera esta parte que es preciso declarar la nulidad de la licitación en su conjunto.

Conforme a lo que ha sido expuesto,

SOLICITA, que sea presentado este escrito, se sirva admitirlo con los documentos que acompaña, y en virtud del mismo, resuelva, tras los trámites legales oportunos, estimar el recurso especial en materia de contratación conforme a los motivos expuestos, declarando contrario a Derecho los documentos contractuales que rigen la licitación, esto es, tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como el Pliego de Prescripciones Técnicas, en los términos que ha sido alegado en este escrito.

PRIMERO OTROSÍDIGO, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LCSP, se acuerde la suspensión del procedimiento de contratación hasta la efectiva resolución del recurso especial en materia de contratación y ello por cuanto las razones que justifican este recurso inciden de manera directa en el principio de libre concurrencia afectando a exigencias de la LCSP que inciden en las posibilidades de los licitadores de participar en la licitación en igualdad de condiciones.

Asimismo, **se solicita un pronunciamiento específico respecto a la extensión de la medida cautelar de forma que se acuerde la suspensión del plazo de presentación de ofertas**. Y ello por cuanto el presente recurso incide en los criterios de adjudicación de la licitación, de forma que esta parte se encuentra, como licitador, ante una completa indefinición a la hora de presentar su oferta en uno u otro sentido por cuanto la desestimación de esta medida cautelar podría a esta parte en una situación de completa indefensión.

En todo caso, la medida cautelar se basa en los siguientes fundamentos:

1.- Sobre las infracciones del procedimiento: ‘fumus boni iuris’.

Las alegaciones efectuadas evidencian que las características de la convocatoria representan un flagrante incumplimiento de las normas de adjudicación de los contratos del sector público y la doctrina que en aplicación de los mismos han establecido los Tribunales Administrativos en contratación pública. Por ese motivo, las circunstancias de este recurso demuestran la apariencia de buen Derecho que rodea a este recurso especial.

2.- ‘Periculum in mora’.

La medida provisional solicitada, consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, persigue proteger “el efecto útil” de la resolución como ha establecido el Tribunal Supremo, en STS de 21 de febrero de 2005. Fundamento de Derecho 3º, RJ 2005/2969. Al mismo tiempo se garantiza corregir las infracciones en el procedimiento en un momento en que las correcciones tienen ese efecto útil desde la perspectiva de la adjudicación del contrato y no cuando en la práctica ya sea materialmente imposible revertir dicha situación aun habiendo existido infracciones en el curso de la misma (STSJ de Asturias, de 27 de junio de 2005).

Resulta, por tanto, procedente conceder la suspensión del presente procedimiento de licitación para asegurar la efectividad de una resolución eventualmente estimatoria del

recurso sino del plazo de presentación de ofertas, ya que lo contrario impide la presentación de ofertas en términos de igualdad con el resto de licitadores.

A lo largo de la exposición de este recurso, han quedado acreditadas diversas infracciones legales que aconsejan la suspensión del procedimiento de adjudicación. Estas infracciones impedirán una correcta configuración del procedimiento que repercutirían en el contrato que se formalice con el órgano de contratación.

3.- Intereses afectados.

La suspensión solicitada con la medida provisional no excluye la consideración de los intereses afectados.

La relación de los hechos descritos en este escrito, concluye que la actuación del órgano de contratación perjudica gravemente los intereses de BAXTER, S.L. y, entendemos, que del resto de empresas licitadoras.

De conformidad con lo expuesto y al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.4, se solicita que la suspensión alcance igualmente al plazo de presentación de ofertas ya que una estimación de las pretensiones alegadas implicaría que los aspectos señalados en el PPT y en el PCAP y que contradicen igualmente y por las razones expuestas los principios rectores de la contratación pública, se verían sustancialmente modificados, permitiendo una mayor concurrencia y garantizando el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa sobre contratación pública.

SOLICITA, que tenga por efectuadas las manifestaciones realizadas y conforme a las mismas acuerde la suspensión del procedimiento de licitación de referencia en los términos señalados en el artículo citado, así como la suspensión del plazo de presentación de ofertas.