

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

En Madrid, a 15 de noviembre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.T.T., en nombre y representación de Grifols Movaco, S.A., (en adelante Grifols) contra el Anuncio de licitación mediante procedimiento negociado sin publicidad del contrato “Suministro de sistemas de dispensación automatizados de medicamentos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente PNSP 2018-3-98, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Resolución 490/2018 de 3 de septiembre, de la Viceconsejería de Sanidad se autorizó la celebración del contrato denominado “Suministro de sistemas de dispensación automatizados de medicamentos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, y mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital, de 4 de septiembre de 2018, se aprobaron los Pliegos que rigen en la licitación conforme a lo establecido en los artículos 166, 168 y 170 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento

Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Con fecha 5 de septiembre de 2018 se publicó en el DOUE el anuncio de la licitación para su adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad y con exclusividad, en un único lote y con tres números de orden. El valor estimado asciende a 1.097.617,84 euros y la duración inicial es 2 meses sin posibilidad de prórroga. La fecha límite para obtención de los Pliegos es el 19 de septiembre de 2018 y el plazo para recepción de ofertas finaliza ese mismo día a las 18:00:00. Según consta en el anuncio de la convocatoria publicado en el DOUE se ha limitado el número de operadores a participar en 1, por criterio de exclusividad.

Por su parte en el PCAP al consignar el procedimiento por el que se llevará a cabo la licitación se establece: *“Procedimiento: negociado sin publicidad (Artículo 168.c) 2º de la LCSP): Cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, no podrá, por regla general, ser superior a tres años)”*.

Debe destacarse como precedente, que en la anterior licitación para el Suministro de arrendamiento con opción a compra de un sistema integral de almacenamiento y dispensación automatizada de medicamentos para el servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre, publicada el 19 agosto 2016, 14:00, resultó adjudicataria Algoritmos, Procesos y Diseños, S.A., (APD) por un importe de 1.693.927,40 euros, contrato que se formalizó el 23 de febrero de 2017, siendo la duración prevista de 48 meses y contemplaba la posibilidad de modificación del contrato en la cláusula 1.18 del PCAP.

**Segundo.-** Con fecha 4 de septiembre de 2018 se dirige invitación únicamente a APD para presentar oferta en el procedimiento de licitación.

A la vista del contenido del anuncio publicado en el DOUE, el 12 de septiembre de 2018, Grifofls remitió comunicación al Órgano de Contratación a través del e-mail designado al efecto en el anuncio de licitación (ucontratacion.hdoc@salud.madrid.org), en la que se solicitaba información sobre la licitación en cuanto a su tramitación como procedimiento negociado sin publicidad, y en particular la documentación e informes que justificarían la utilización de dicho procedimiento, así como los pliegos que la rigen.

El 21 de septiembre de 2018 el Director de Gestión del H.U. 12 de Octubre remite contestación en la que se le informa que el expediente se ha tramitado con los informes preceptivos siendo autorizada su celebración por el Viceconsejero de Sanidad concluyendo *“Por lo que consideramos que si se ajusta a los requisitos legales establecidos en el artículo 168 de la ley de Contratos del Sector Público”*. Por tanto imposibilitando participar en la licitación a otras empresas.

**Tercero.-** Con fecha 25 de septiembre de 2018 se ha presentado en el registro de la Consejería dirigido al Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Grifols contra el anuncio de la licitación en el que solicita que se declare su nulidad por cuanto se ha utilizado indebidamente el procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad (sic) para la tramitación de un expediente de licitación que debió de tramitarse por procedimiento abierto, todo ello con suspensión del presente procedimiento de licitación.

El 8 de octubre de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, oponiéndose al estimación del recurso por tratase de entregas adicionales del SADME (Sistema automatizado de dispensación de medicamentos), efectuadas por un proveedor inicial que suponen una ampliación de suministros, por necesidades asistenciales

(expediente 2016-0-106) y porque el cambio de proveedor daría lugar a incompatibilidades y dificultades técnicas de uso y mantenimiento que serían desproporcionadas.

**Cuarto.-** Con fecha 17 de octubre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación.

**Quinto.-** No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de la licitación fue publicado el 5 de septiembre de 2018, e interpuesto el recurso, el 25 de

septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el anuncio de un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) del LCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso alega el recurrente que el procedimiento utilizado es el negociado sin publicidad por razón de exclusividad, lo que considera contrario a derecho.

Afirma que si conforme al artículo 168 apartado a) 2º, el órgano de contratación considera que sólo puede ser suministrado por una única empresa, bien porque no hay competencia en el mercado por razones técnicas, es decir, solamente el equipo de una empresa cumpliría con los requisitos técnicos requeridos por el Hospital, o bien porque procede la protección de derechos exclusivos, es decir, que una empresa posee un derecho de explotación en exclusiva de la tecnología del equipo que se precisa, lo que excluiría la competencia de otros operadores, considera que a su juicio no existen razones que justifiquen la exclusividad. Explica que Grifols tiene una amplia experiencia en este tipo de suministros de equipos, cuenta en sus líneas de producto de Farmacia Hospitalaria con el sistema de dispensación automática de medicamentos Pyxis®, el sistema de almacenamiento automatizado de medicamentos Kardex/Mercurio® o el sistema robotizado para la identificación unitaria de las dosis de medicación de uso hospitalario BlisPack®.

Informa que de hecho existe actualmente en el Hospital un equipo de dispensación automática de medicamentos que fue suministrado por Grifols al amparo de un proyecto de investigación gestionado por la Fundación de Investigación Biomédica del Hospital Universitario 12 de Octubre (Proyecto 2008/77. Investigador: DR. Herreros de Tejada) y que también participó en la licitación del anterior contrato convocado por el Hospital Universitario 12 de Octubre, el 19 de

agosto de 2016 por procedimiento abierto que tenía por objeto el suministro de arrendamiento con opción a compra de un sistema integral de almacenamiento y dispensación automatizada de medicamentos para el servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre, con una duración de 48 meses y un valor estimado de 2.562.000 euros, siendo finalmente adjudicado a la mercantil Algoritmos Procesos y Diseños, S.A.

Advierte que la adjudicación de los contratos debe realizarse, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, de manera que el procedimiento negociado es un procedimiento de carácter excepcional que únicamente puede utilizarse en los supuestos enumerados taxativamente en la LCSP, los cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y cita Sentencia de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92), sentencia de 14 de septiembre de 2004 (asunto C-385/02), y sentencia de 2 de junio de 2005 (asunto C-394/02); y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en sus Informes 11/04, de 7 de junio y 52/06, de 11 de diciembre.

Señala que en todo caso la LCSP contempla la necesidad de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que eso sea posible y que sin bien no conoce cuáles son los motivos por lo que se ha elegido este procedimiento negociado sin publicidad, dada la contestación recibida a su solicitud de participación, el hecho de que pretenda ampliarse el equipamiento existente de una casa comercial concreta, o que el equipamiento nuevo a suministrar deba ser compatible con el existente, no debe impedir que pueda licitarse siguiendo un procedimiento abierto, tal y como se realiza en muchos otros hospitales.<sup>9</sup>

El órgano de contratación opone que el Hospital utiliza el procedimiento negociado sin publicidad al amparo, no del artículo 168 apartado a) 2, sino al amparo de lo dispuesto en el mismo artículo pero en su apartado c) párrafo 2º, que

establece que: *“Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:*

*c) En los Contratos de suministros, además, en los siguientes casos:*

*2º. Cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corrientes o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, no podrá, por regla general, ser superior a tres años”.*

Expone que como reconoce el recurrente, APD ha suministrado el sistema actual y que en base a las necesidades previstas por el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre, resulta necesario su ampliación, habiendo justificado la improcedencia del cambio de proveedor en que daría lugar a incompatibilidades, y dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas y otro informe del Servicio de Informática que concluye *“con el conocimiento de las herramientas actuales que existen en el mercado se considera que en el momento actual no existe una solución de armarios automatizados, diferente a la del proveedor actual, que cumpla las condiciones anteriores sin pérdida de funcionabilidad o siendo necesaria la realización de desarrollo del nuevo proveedor (y sus pruebas de validación por parte del Hospital con el sobrecoste horas/hombre que conlleva), lo que comportaría retraso en la planificación e implantación de los flujos de trabajo de dispensación automatizada en el Hospital”.*

Reproduce el contenido del informe del servicio de farmacia en el que justifica que *“desde el punto de vista del proceso de reposición-dispensación de los SADME, la consistencia de más de un tipo diferentes haría mucho más complejo el mismo:*

*1. Enlenteciéndolo, con necesidad de más personal para realizarlo en tiempo y forma.*

2. *Obligando a todo el personal (farmacéuticos, técnicos de Farmacia, enfermería) a formarse y conocer 2 sistemas diferentes, elaborar y manejar Procedimientos Normalizados de Trabajo duplicados, duplicar asimismo el sistema de identificación individual por huella.*

3. *Aumentando la posibilidad de errores del personal técnico de Farmacia en la reposición de los SADME, en la configuración de nueva medicación prescrita y la reconfiguración de ubicaciones.*

4. *Aumentando la posibilidad de errores por parte del personal de Enfermería en la dispensación y devolución de medicamentos al trasladarse de una unidad con un tipo de SADME a otra con el otro sistema.*

5. *Dificultando la tarea de configuración de las características de los medicamentos y de las ubicaciones de los mismos entre los distintos tipos de SADME.*

6. *Multiplicando las herramientas para la configuración de los distintos SADME y la explotación de los datos.*

7. *Debilitando la gestión integral del almacén automatizado de medicamentos y los distintos elementos que lo componen (carruseles horizontales, verticales, reenvasadora y SADME).*

8. *Complicando la supervisión conjunta del estado operativo de los distintos elementos que componen los SADME (servidores, dispensadores y neveras).*

9. *Haciendo muy difícil la redistribución de fármacos entre armarios de distintos fabricante, así como la localización de pacientes y medicamentos en caso de falta de medicación en una unidad.*

10. *Haciendo depender la solución de las incidencias con los SADME de más de un servicio diferente de mantenimiento.*

11. *Obligando a disponer y conocer múltiples planes de contingencia”.*

Acompaña también el informe de APD que acredita la exclusividad de su sistema ATHOS–DOSYS.



Comprueba el Tribunal que en la memoria de necesidad del expediente se motiva la necesidad del procedimiento para la licitación de este suministro de la siguiente manera *“Se plantea la presente contratación en base a las necesidades previstas por el Servicio de Farmacia, de ampliar los sistemas automatizados de dispensación de medicamentos, como ampliación de unos ya existentes, y el cambio de proveedor da lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas como se señala en los informes emitidos por el –Servicio de Farmacia y el servicio de Informática-. (...). El procedimiento de adjudicación es de conformidad con el artículo 168.c) 2º de la LCSP por tratarse de entregas adicionales, por ampliación de unos suministros ya existentes y que el cambio de proveedor daría lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas como señala en los informes emitidos por el Servicio de Farmacia y el Servicio de Informática”.*

En la memoria justificativa, la elección del procedimiento, por tanto, se fundamenta no en la exclusividad, supuesto previsto en el artículo 168.a.2), sino en la necesidad de ampliar el suministro en realidad, en el artículo 168 apartado c) 2º de la LCSP.

A ello cabe añadir en cuanto a las características técnicas exigidas, que el PPT, requiere *“En todos los casos el equipamiento ofertado debe ser compatible con los sistemas de información del Hospital (HP-HCIS® (Historia clínica/prescripción electrónica), **Athos Stock®**). Corre por cuenta del licitador realizar la completa integración con los sistemas descritos. El correcto funcionamiento del sistema de información es un requisito imprescindible para considerar la instalación finalizada”.*

Sin embargo en el expediente puede resultar confuso en tanto en cuanto en el mismo se incorpora un informe de APD relativo a la exclusividad sobre el sistema *ATHOS-DOSYS*, en el que manifiesta que *“es autora y posee los derechos de la propiedad intelectual inherentes a la obra ATHOS-DOSYS.*

- *El sistema ATHOS-DOSYS se encuentra inscrito por ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A., en el Registro de Propiedad Intelectual de la*

*Comunidad de Madrid, mediante el procedimiento establecido en la ley, constando con número de asiento registral 16/2012/2056.*

- *La empresa ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A., es la única capacitada, por razones técnicas y por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusividad, para proceder al suministro del sistema ATHOS-DOSYS junto con el software que lo gestiona, así como para la prestación de los servicios relacionados con el desarrollo de adaptaciones, su implantación, la puesta en marcha y mantenimiento del mismo.*

- *ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A., empresa adjudicataria del expediente 2016-0-106, SUMINISTRO ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN A COMPRA DE UN SISTEMA INTEGRAL DE ALMACENAMIENTO Y DISPENSACIÓN AUTOMATIZADA DE MEDICAMENTOS PARA EL SERVICIO DE FARMACIA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO “12 DE OCTUBRE”, ha realizado ya las adaptaciones específicas de personalización y normalización (ver Anexo I) requeridos por el sistema de Historia Clínica utilizado en el Hospital Universitario 12 de Octubre (HCIS) y es por tanto la única empresa que puede proveer sistemas adicionales, en las mismas condiciones de los ya suministrados y que actualmente se encuentra implantados y en funcionamiento en el hospital”.*

*Tal y como establece el artículo 28 de la LCSP “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.*

Conforme a lo cual el órgano de contratación ha justificado que se trata de suministros adicionales a un sistema ya existente *Athos Stock®* adaptado a las características del Hospital, pero no exige ese sistema en exclusiva sino lo único que requiere es que sea compatible con los sistemas ya implantados (Historia clínica y Athos). Tampoco afirma ni demuestra que no exista ningún otro de iguales/similares

características y compatible con aquellos, sino tan solo advierte de que dadas las características del actual SADME, que el suministro se realizará por otro proveedor acarrearía serias desventajas y dificultades en la gestión del Hospital.

Debe tenerse en cuenta que los principios rectores de la contratación pública imponen que los supuestos de aplicación del procedimiento restringido o negociado se interpreten de forma estricta, al objeto de no vulnerar el derecho de los licitadores a participar en condiciones de igualdad en los procedimientos de contratación. Igualmente razones de eficacia económica aconsejan restringir al máximo los casos de adjudicación sin concurrencia puesto que al no existir competencia, la adjudicación puede recaer en una oferta que en un procedimiento abierto no fuese la más ventajosa económicamente.

De todo lo anterior cabe concluir que en este caso, se ha convocado un procedimiento negociado no por razones de exclusividad como aduce la recurrente, sino como suministro complementario. Sin embargo no cabe desconocer la existencia de cierta contradicción interna en el expediente, ya que de un lado se elige el procedimiento negociado sin publicidad, pero de otro se publica en el DOUE, publicidad que el artículo 169 LCSP solo prevé para los supuestos del artículo 167 cuando nos encontramos ante un supuesto del artículo 168. Además parece que la convocatoria, inicialmente se tramita como un supuesto de exclusividad, al constar en el expediente los informes pertinentes al respecto, pero finalmente el supuesto es el de suministros complementarios.

Ello quizá haya sido determinante del error en la forma de tramitación que pone de relieve la recurrente cuando afirma que habiendo solicitado participar en el procedimiento dicha posibilidad se le ha negado, siendo así que de conformidad con lo establecido en el artículo 169.2 LCSP, al que se remite para la tramitación el artículo 170 LCSP relativo al procedimiento negociado sin publicidad *“Serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación, las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163*

y 164.1 relativos al procedimiento restringido”, estableciendo como límite mínimo de las empresas a invitar a la negociación el de tres.

Por todo lo anterior debe estimarse el presente recurso al no haberse respetado el procedimiento legalmente establecido en el procedimiento negociado, sin publicidad, que exige, salvo en los casos de exclusividad (que el órgano de contratación reconoce en el informe, que no es la que justifica la elección del procedimiento), la invitación al menos a tres candidatos.

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

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.T.T., en nombre y representación de Grifols Movaco, S.A., contra el Anuncio de licitación mediante procedimiento negociado sin publicidad del contrato “Suministro de sistemas de dispensación automatizados de medicamentos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente PNSP 2018-3-98, debiendo anular la convocatoria y en su caso proceder a una nueva de acuerdo con los pronunciamientos de la presente resolución.

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

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

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