

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

En Madrid, a 15 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Laboratorios Bohm, S.A. (en adelante Bohm), contra la Resolución de Adjudicación del Lote 18 “Clorhexidina 1% liquido tópico frasco 100 ml” del contrato de suministro de medicamentos con destino a los centros sanitarios de atención primaria del SERMAS, expediente número A/SUM-007618/2019, dividido en 77 lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 2 de julio de 2019 se convocó la licitación del contrato de referencia mediante anuncio en el DOUE y en el Portal de la Contratación de la Pública de la Comunidad de Madrid, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El anuncio se publicó asimismo en el BOCM el 1 de agosto de 2019.

El valor estimado del contrato asciende a 2.665.285,35 euros, con un plazo de ejecución de 16 meses, prorrogable hasta un máximo de 32 meses.

Segundo.- A la licitación del lote 18 concurren dos empresas, la recurrente y la adjudicataria.

Con fecha 3 de diciembre de 2019 el órgano de contratación adjudica a la empresa Imark Hospital S.L. (en adelante Imark) el lote 18 del contrato de suministro de referencia, notificando a los interesados y publicando la Resolución en el perfil de contratante el 5 de diciembre de 2019.

Tercero.- Con fecha 16 de diciembre de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial de referencia, formulado por la representación de Bohm contra el citado lote del contrato de suministro de medicamentos, solicitando la exclusión de la oferta presentada por la adjudicataria, al incumplir las exigencias relativas al cumplimiento de prescripciones técnicas y en respeto a los principios rectores en materia de contratación, y que se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas. Asimismo solicita la medida cautelar de suspensión del acto administrativo que origina el presente recurso.

El 20 de diciembre de 2019 el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación junto al preceptivo informe a que se refiere el artículo 56.2 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), solicitando la desestimación del recurso con los argumentos que se recogen en los fundamentos de derecho de la presente resolución.

Cuarto.- El 23 de diciembre de 2019 por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 31 de diciembre de 2019 el adjudicatario presenta, en plazo, escrito de alegaciones.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 18 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que los restantes lotes se vean afectados por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del RPERMC, y sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue notificado y publicado el 5 de diciembre e interpuesto recurso ante este Tribunal el 16 de diciembre de 2019, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- La recurrente está legitimada para recurrir como licitadora del lote la adjudicación del contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP "*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o*

jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se concreta en determinar si la oferta del adjudicatario cumple con las prescripciones técnicas exigidas en los pliegos que rigen el contrato. Por ello resulta de interés para la resolución del presente recurso destacar, con carácter previo a analizar las alegaciones de las partes, la siguiente regulación establecida en los pliegos que rigen el contrato:

Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de suministro (PCAP)

Cláusula 1. Características del contrato.

“1.- Definición del objeto del contrato:

Este contrato tiene por objeto el suministro de medicamentos con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del SERMAS, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares”.

Lote 18 - Clorhexidina 1% líquido tópico frasco 100 ml - CPV 33690000-3

(...)

“Las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, así como el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y en su caso el número estimado de las unidades a suministrar se reflejan en el documento de prescripciones técnicas.”

“8.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

· Pluralidad de criterios:

- Criterios relacionados con los costes:

Número 1: Descripción del criterio: precio

Ponderación: 80 puntos (...)

- Criterio/s cualitativos:

1. Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

Número 2

Ponderación: 20 puntos (...)

· Lotes 1, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 36, 37, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 73, 74, 75, 76 y 77 máximo 20 puntos

- Plazo de entrega entre 48-72 h20 puntos*
- Plazo de entrega superior a 72 horas0 puntos*

TOTAL: 100 PUNTOS”

9.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

1. En el sobre número 3 “Documentación Técnica” se incluirá la siguiente documentación para la acreditación cumplimiento prescripciones técnicas:

(...)

1. Ficha Técnica del medicamento, será preciso se especifique la fecha de la última actualización. En caso de no disponer de Ficha Técnica, se adjuntará prospecto autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

2. Declaración responsable donde se garantice que se dispone de un procedimiento por el que la empresa tendrá establecido un Sistema de Farmacovigilancia para comunicación de las sospechas de reacciones adversas de las que tengan conocimiento y que pudieran haber sido causadas por los medicamentos que fabrican o comercializan.

3. Dispondrá de un servicio de asistencia en caso de rotura de stock: las empresas suministradoras tendrán un teléfono, dirección de correo electrónico y/o fax específico de contacto para poder tener asegurado este servicio

4. Los licitadores presentarán muestras, debidamente relacionadas e identificadas cada una con su número de lote. En todo caso irán con su envase original cuando se trate de un envase no clínico. Cuando se trate de un envase clínico, deberán presentar al menos 5 muestras. En el caso de formas líquidas orales y colirios, deberán presentar al menos 1 unidad. En cualquier caso, las muestras deben permitir identificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas.

5. Cualquier otra documentación o declaración explicativa requerida para la verificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas.

La no presentación de esta documentación o la presentación de documentación defectuosa que no permitan la verificación del cumplimiento de prescripciones técnicas supondrán la exclusión del licitador en el lote correspondiente.”

Pliego de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato (PPTP)

“CONSIDERACIONES GENERALES:

1. Todos los medicamentos deberán tener el registro correspondiente por las Autoridades Sanitarias, PARA ELLO ACREDITARAN:

· Autorización para comercializar el medicamento objeto del contrato, por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

· Resolución de inclusión en la prestación farmacéutica del SNS con cargo a fondos públicos del medicamento que se presenta a concurso, o documento que legalmente lo sustituya.

2. Los productos ofertados deben cumplir la legislación vigente o la que resulte de aplicación durante toda la vigencia del contrato, y en concreto:

· Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios

· Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

(...)

OBLIGACIONES DEL ADJUDICATARIO:

(...)

3. En el caso de que el adjudicatario no disponga de existencias del medicamento o producto sanitario adjudicado, y estando disponible el principio activo por otros laboratorios en el mercado nacional, el laboratorio se comprometerá a asumir el coste de la compra de ese medicamento a otro laboratorio.

(...)

6. Los medicamentos y productos sanitarios estarán acondicionados en envases que garanticen su estabilidad en la manipulación y transporte...

(...)

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS QUE DEBEN CUMPLIR LOS ARTÍCULOS:

(...)

Lote 18 – código 333250003ML100 – descripción del lote Clorhexidina 1% líquido tópico frasco – características técnicas Frasco spray conteniendo entre 100-125 ml de una solución acuosa antiséptica al 1 % de clorhexidina digluconato, para uso tópico. Debe estar perfectamente identificado con el nombre del principio activo, nombre comercial, concentración, lote, caducidad, código nacional, símbolos y laboratorio.”

La recurrente alega que el adjudicatario incumple los pliegos pues tanto el PPTP como el PCAP son claros en cuanto a la exigencia de que el objeto de suministro son medicamentos. La solución ofertada al Lote 18 por Imark, que no es un laboratorio farmacéutico, es un biocida, no un medicamento. En este sentido, precisa que según nota informativa de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) de fecha 29 de marzo de 2011 “Los productos que se utilizan con la finalidad desinfectante se encuentran sujetos a diferentes regulaciones en función del fin previsto que se indica en el etiquetado e instrucciones de uso de los productos. Se realiza una descripción detallada de los distintos tipos de desinfectantes y de la normativa aplicable en cada caso.”

Hay tres categorías de desinfectantes:

1. Biocidas, antisépticos para piel sana y desinfectantes de ambientes clínicos y quirúrgicos.
2. Productos sanitarios: productos para la desinfección de productos sanitarios.
3. Medicamentos: Desinfectantes de piel dañada.

Los Biocidas, antisépticos para piel sana y desinfectantes de ambientes clínicos y quirúrgicos, requieren autorización sanitaria como desinfectantes, otorgada por la AEMPS, debiendo exhibir el número de autorización en su etiquetado. Son medicamentos los desinfectantes que se destinan a aplicarse en piel dañada: heridas, cicatrices, quemaduras, infecciones de la piel, etc., y deben poseer la correspondiente autorización de comercialización como medicamento, otorgada por la AEMPS y su etiquetado debe ajustarse a lo establecido en el Real Decreto 1345/2007 , de 11 de

octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

De lo anterior, la recurrente deduce que el órgano de contratación, al incluir el Lote 18 en el contrato de suministro de medicamentos manifiesta que la necesidad a cubrir es el suministro del medicamento clorhexidina para el tratamiento de la piel dañada. Asimismo indica que prueba inequívoca de que la solución ofertada por la adjudicataria es un biocida y no un medicamento, es que el I.V.A. que aplica a la solución ofertada es del 21 %, cuando el I.V.A. de los medicamentos es el 4%, que es el que determina el PPTP en la página 19.

Así pues concluye que la solución ofertada por la adjudicataria no es un medicamento, por lo que su proposición tendría que haber resultado excluida por haber ofertado un biocida que no es objeto de contrato y que, por ende, no se ajusta a él, de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de la LCSP, incidiendo en que la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde al órgano de contratación y no cabe modificarlas durante el proceso de licitación, pues una valoración que no se ajusta a los requisitos que constan en los pliegos es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad de trato a los licitadores que presentaron oferta.

El órgano de contratación informa que respecto al lote 18: Clorhexidina 1% líquido tópico frasco 100 ml, se recibe documentación y muestras de dos empresas, ambos licitadores cumplen con la característica esencial indicada en el pliego de prescripciones técnicas:

Clorhexidina 1% líquido tópico frasco: Frasco spray conteniendo entre 100 - 125 ml de una solución acuosa antiséptica al 1 % de clorhexidina digluconato, para uso tópico.

Asimismo ambos productos cumplen la normativa vigente que les es de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la “Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos

sanitarios” que es el que se requirió en este concurso. La clasificación de los lotes del concurso se ha hecho en base al reglamento (CE) Nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 en el cual no existe un CPV específico para los productos sanitarios por lo que se englobaron todos los lotes del concurso al mismo CPV 33690000-3.

En base a lo expuesto anteriormente se admitió la presentación al lote 20 “Clorhexidina acuosa 2% solución 10 ml” que se trata de un producto sanitario comercializado por la empresa Laboratorios Bohm, S.A. la cual interpone dicho recurso para el lote 18 alegando que no se podían presentar productos sanitarios a este procedimiento cuando dicho licitador presentó un producto sanitario al lote 20.

El Servicio de Farmacia informa que en los productos presentados a este procedimiento por ambos laboratorios no existen diferencias en cuanto a su uso terapéutico, según consta en la documentación técnica presentada, por ello se adjudicó el lote 18 en función de la oferta económica más ventajosa aplicando los criterios del PCAP, por ello al estar aprobados los productos presentados al lote 18 por la AEMPS y contener el mismo principio activo, misma dosis, misma forma farmacéutica y vía de administración, se adjudicó el lote a la oferta más ventajosa.

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta que oferta en la licitación su producto Desinclor 1% solución antiséptica clorhexidian digluconato 1% para piel sana biocida para la higiene humana, dado que el pliego del expediente no indica que para este lote el producto tenga que ser para piel dañada. Alega que su producto es para piel sana, que así se indica en toda la documentación técnica aportada, fichas técnicas y autorización de la AEMPS, y que en anteriores ocasiones ha sido adjudicatario con el mismo producto en suministros de la Gerencia de Atención Primaria de Madrid que exigían las mismas especificaciones técnicas.

Este Tribunal a la vista del expediente administrativo y de las alegaciones efectuadas por las partes considera que no se aprecia en el producto presentado por la adjudicataria un claro incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos. Asimismo

constata que el PPTP en el apartado de consideraciones generales y en el de obligaciones del adjudicatario alude a medicamentos y a productos sanitarios. Además la denominación de los contratos es indicativa de su contenido, consistiendo generalmente en una descripción de carácter extractado y general, máxime en el presente caso en que el suministro consta de 77 lotes, sin que por sí sola se deba considerar vinculante o excluyente, como indica el órgano de contratación el contrato de suministro recoge algún otro lote en con productos sanitarios como el 20 al que también ha concurrido la recurrente con un biocida.

La necesidad del contrato es competencia exclusiva del órgano de contratación según dispone el artículo de 28 de la LCSP al indicar que las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, 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, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

En definitiva, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, debe concluirse que no se aprecia incumplimiento ni contradicción en los pliegos que rigen la contratación. Tampoco queda acreditado que el órgano de contratación haya actuado con arbitrariedad, ni haya conculcado los principios de igualdad de trato y no discriminación, puesto que los pliegos regían y se han aplicado de igual manera para todos los licitadores, sin que conste una actuación desproporcionada, por lo que procede la desestimación del recurso presentado por Bohm contra la adjudicación del lote 18 por no quedar acreditado que el adjudicatario haya incumplido los pliegos, dado que el producto ofertado cumple con las características específicas exigidas para el lote adjudicado y está autorizado por la AEMPS.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Laboratorios Bohm, S.A., contra la adjudicación del Lote 18 “Clorhexidina 1% liquido tópico frasco 100 ml” del contrato de suministro de medicamentos con destino a los centros sanitarios de atención primaria del SERMAS, expediente número A/SUM-007618/2019, dividido en 77 lotes.

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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del lote 18 del contrato de suministros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto.- 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.