

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por don C.S.T. y don J.M.J., en nombre y representación de Teva Pharma, S.L.U (en adelante TEVA), contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 13 de febrero, por la que se adjudica el lote 35 del contrato de “Suministro de medicamentos anti infecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente P.A. 2016-0-141, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 24 de septiembre de 2016 se publicó en el DOUE, 11 de octubre de 2016 en el perfil de contratante, 18 de octubre de 2016 en el BOCM y 24 de octubre de 2016 en el BOE, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos ellos objetivos. El valor estimado del contrato asciende a 2.500.078,09 euros.

**Segundo.-** El PPT en su punto 2 establece las especificaciones técnicas comunes a

todos los lotes y en el apartado 2.2 enumera un total de 9 “*características de identificación*” para las formas orales, figurando en último lugar “*Cada forma de dosificación deberá presentarse en forma de dosis unitaria perfectamente identificadas con: nombre comercial, principio activo, dosis, lote, caducidad y fácilmente separables*”.

Y en su punto 4 relativo a las “*características del suministro*” enumera las características del contrato y en su párrafo quinto advierte “*No se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos*”.

**Tercero.-** El 15 de febrero de 2017 se notifica a la recurrente la Resolución de la Directora Gerente del Hospital de fecha 8 de febrero de adjudicación del contrato y su exclusión del lote 35 por los siguientes motivos:

*“No lote y caducidad en cada unidad de dosificación.”*

*“No compromiso de no exigencia de pedido mínimo.”*

**Cuarto.-** Con fecha 8 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 35.

El recurso alega la incorrecta exclusión de la oferta porque respecto del primer motivo se trata de un error por parte de la Mesa, ya que el medicamento ofertado por TEVA sí contiene información de lote y caducidad en cada unidad de dosificaciones y acompaña fotografía del medicamento haciendo constar que se aportaron muestras. En cuanto al segundo motivo de la exclusión, no presentó ninguna declaración comprometiéndose a no exigir pedidos mínimos porque el Pliego ni lo especificaba, ni los permitía sino que expresamente no los admitía. Por lo que solicita la nulidad de la Resolución de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de las ofertas para su adjudicación a la oferta que, cumpliendo con el PPT, resulte más ventajosa.

**Quinto.-** El órgano de contratación remitió al Tribunal el 15 de marzo de 2017, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

**Sexto.-** Con fecha 15 de marzo de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Séptimo.-** Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiéndose formulado ninguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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 recurso.

**Segundo.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa TEVA para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora a los lotes objeto de recurso *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al resultar excluida del procedimiento.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

**Tercero.-** El recurso, se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 8 de febrero de 2017, practicada la notificación el 15 del mismo mes e interpuesto el recurso el 8 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Quinto.-** Los motivos de exclusión de la recurrente del lote 35 fueron: *“No lote y caducidad en cada unidad de dosificación”* y *“No compromiso de no exigencia de pedido mínimo”*.

Se alega por la recurrente el criterio doctrinalmente aceptado que *“la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna”* y afirma, respecto del primer motivo de exclusión, que se trata de un evidente error de la Mesa, pues tal y como demuestra en las imágenes que acompaña al recurso, el medicamento EFAVIRENZ TEVA 600mg sí contiene información de lote y caducidad en cada unidad de dosificación.

El informe del órgano de contratación señala que se trata de una errata del informe técnico emitido para la valoración por la Mesa de contratación, ya que en las muestras del producto sí aparece lote y caducidad en cada comprimido.

Comprobado este extremo por el Tribunal ya que en la imagen que acompaña al recurso en cada dosis unitaria se identifica todo lo requerido, procede estimar el recurso por este motivo.

Respecto al segundo motivo sostiene el recurrente que habiendo aceptado todas las condiciones de la licitación con la presentación de la oferta, tal y como expresamente establece en el último párrafo de la cláusula 10 del PCAP, y estando

además expresamente prohibido en el PPT que los licitadores impongan la exigencia de un pedido mínimo, la no presentación del *“compromiso de no exigencia de pedido mínimo”*, no supone ningún incumplimiento. Señala que aun en el caso de que se considerara un error sería subsanable sin que pudiera dar lugar a la exclusión de la oferta.

Por su parte el órgano de contratación defiende lo actuado señalando que según lo establecido en la cláusula 12, el apartado B) SOBRE Nº2 *“DOCUMENTACIÓN TÉCNICA”* del PCAP, y dentro del marco legal establecido en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, el licitador debe acreditar de manera documental y fehaciente, los requisitos exigidos en el PPT, para su posterior valoración por los técnicos encargados de elaborar el correspondiente informe técnico para la Mesa de contratación, por cualquier medio que se considere adecuado. Y el apartado 4 *“Características del Suministro”* del PPT, contiene el requisito de que *“no se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos de pedido”*, lo cual no ha sido acreditado en modo alguno por el licitador recurrente al que la Ley y el Pliego le permitía acreditarlos *“por cualquier medio que se considere adecuado”*. Se considera que no basta el mero hecho de la aceptación de los Pliegos en el momento de licitar mediante la firma de la instancia de presentación de la oferta con la manifestación expresa de la conformidad a las condiciones del pliego por parte del licitador, para garantizar que todas esas especificaciones se cumplen. De hecho, la experiencia en diferentes concursos, e incluso en este, que es objeto del recurso, ha mostrado que algunos laboratorios presentan sus ofertas a pesar de que sus productos incumplan especificaciones tan relevantes como las referidas a presentación o identificación. El Servicio de Farmacia considera que no menos importante que la garantía del cumplimiento de las características técnicas de los lotes ofertados es la de las características de suministro que aparecen también en el PPT, y que están motivadas en poder adecuar los sucesivos pedidos al adjudicatario a las necesidades reales del Hospital y consiguientemente reducir el inmovilizado.

La exclusión de la recurrente no se fundamenta en el incumplimiento de las condiciones requeridas, sino en un defecto formal consistente en no aportar una

declaración de compromiso que, por otra parte, el PPT no especifica la obligación de presentarlo, ni en qué sobre debía incluirse, aparte de requerirse en el PPT como contenido obligatorio para la realización de la prestación por el adjudicatario.

Si bien es cierto, que el artículo 160 del TRLCSP permite solicitar informes para verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego, esto no puede llevarse a extremos de exigir documentación no prevista en los pliegos ni se puede pretender verificar el cumplimiento de obligaciones que se corresponden con la fase de ejecución del contrato. Una cosa es comprobar que el producto y/o servicio ofrecido se ajusta a los requerimientos técnicos y la procedencia de exclusión de aquellas ofertas que no se adecúan a lo requerido para satisfacer las necesidades del órgano contratante y otra cosa es pretender verificar el cumplimiento de obligaciones cuyo cumplimiento se demora a la fase de ejecución contractual.

El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro, de modo que no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la Mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. La exclusión debió quedar limitada a aquellas ofertas que incluyeran una declaración contraria a las exigencias del pliego, es decir, que incorporaran una condición de pedido mínimo, vulnerando lo dispuesto en las cláusulas del PPT. Por tanto, la Mesa debió entender que la proposición presentada por la recurrente cumplía íntegramente con lo solicitado en el PPT, y por ello no debió ser excluida, por este motivo, del lote 35.

Debemos señalar que ningún precepto de los pliegos indica que deba incluirse una declaración expresa asumiendo las condiciones de suministro. El apartado 4 del PPT recoge entre otras condiciones de ejecución del contrato, *“No se admitirá la*

*exigencia de cantidades y/o importes mínimos*”. Esta obligación se asume por la mera formulación de oferta sin que sea necesaria ninguna declaración enumerativa de cuáles son las que se asumen o cuáles no. Al efecto consta en el modelo de oferta económica que *“don (...) enterado de las condiciones, requisitos y obligaciones establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente (...) se compromete a tomar a su cargo la ejecución del contrato, en las siguientes condiciones (...)”*. Salvo que alguna de las condiciones que se señalen por el licitador sea distinta, condicionada, o exceptúe el cumplimiento de alguna de las contenidas en dichos pliegos, su oferta asume todas las impuestas en ambos. Ninguna referencia consta en la oferta condicionando el precio a un pedido mínimo, o que no acepta alguna otra de las obligaciones impuestas en el PPT, por lo que la Mesa de contratación no pudo dudar sobre la voluntad contractual de la recurrente.

Las condiciones de ejecución del suministro se recogen en el PPT y todas quedan comprendidas dentro de las declaraciones de asunción del mismo sin que se solicite desarrollar alguna de ellas y sin que de la documentación aportada se compruebe la declaración de excepción o salvedad de ninguna, por lo que no se puede apreciar el incumplimiento en el momento de formular la oferta. Incorporado el PPT al contenido obligacional del contrato, su cumplimiento deberá comprobarse en la fase de ejecución. Sería desproporcionado exigir que las proposiciones hagan una declaración explícita y exhaustiva de cada una de las condiciones de ejecución o condiciones técnicas previstas en el PPT.

La interpretación de las causas de exclusión como contraria al principio de concurrencia ha de ser restrictiva.

Conforme al artículo 115 del TRLCSP que establece que los PCAP incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y el artículo 145.1 que la presentación de proposiciones por los interesados supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, solo cabe entender que el licitador asume

el compromiso motivo de la exclusión, por lo que, procede estimar el motivo de recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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, interpuesto por don C.S.T. y don J.M.J., en nombre y representación de Teva Pharma S.L.U., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 13 de febrero, por la que se adjudica el lote 35 del contrato de “Suministro de medicamentos antiinfecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente P.A. 2016-0-141, procediendo la retroacción del procedimiento para la admisión y valoración de su oferta en el lote 35.

**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 47.5 del TRLCSP.

**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 49 del TRLCSP.