

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

En Madrid, a 22 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.F.V., en nombre y representación de la empresa CSL BEHRING, S.A., contra el Acuerdo de la Comisión de Compras del Hospital Universitario de Móstoles de fecha 10 de abril del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 16 del contrato “Suministro de medicamentos para la esclerosis múltiple y otros exclusivos”, número de expediente: A/SUM-00341/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución 251/2018, de 6 de marzo, de la Viceconsejería de Sanidad se autorizó la celebración del contrato denominado “*Suministro de medicamentos para la esclerosis múltiple y otros exclusivos*”, y mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital, de 7 de marzo de 2018, se aprobaron los Pliegos que rigen en la licitación para su adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad y con exclusividad, de conformidad con el artículo 170.d) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). El contrato está dividido en 31 Lotes y con precios unitarios. El valor estimado asciende a 4.928.230,31 euros y la duración inicial es 12 meses con posibilidad de prórroga por doce meses más.

Con esa misma fecha se dirige invitación a la recurrente para presentar oferta en el procedimiento de licitación.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que el objeto del lote 16 del contrato es la adquisición de 200 unidades/año de Complejo Protombínico Vial 20ml C/1, cuya descripción técnica es *“Octaplex, 500 UI Polvo y disolvente para solución inyectable, 1 vial +1 vial de disolvente.”*

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 1.8 determina que los aspectos del contrato objeto de negociación serán únicamente los económicos: *“Se podrán ofertar mejoras sobre el precio total ofertado, bonificaciones consecuencia de rappel, o entregas a precio cero de producto.”*

Segundo.- A la licitación del lote 16 presentaron oferta dos empresas, una de ellas la recurrente.

El 16 de abril de 2018 se notificó a la recurrente el Acuerdo de la Comisión de Compras del Hospital Universitario de Móstoles (en adelante HUM) de fecha 10 de abril del 2018, por el que se la excluye de la licitación del lote 16 del referido contrato, en la que se transcribe como motivo de la exclusión el que figura en el informe técnico de la misma fecha emitido por la Jefa de Sección de Farmacia del HUM: *“La oferta de CSL BEHRING no cumple con las descripciones técnicas que indica Octaplex, dado que Octaplex es el único concentrado de complejo protombínico humano que cuenta con solvente/detergente y nanofiltración como pasos complementarios a la inactivación/eliminación viral (método más efectivo), puede ser almacenado 3 años a temperatura ambiente. (Beriplex solo 24 h. a*

temperatura ambiente y a diferencia de Beriplex, no contiene albumina en su composición que puede dar lugar a intolerancias”.

Tercero.- Con fecha 8 de mayo de 2018 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de CSL BEHRING, contra la adjudicación del lote 16 del contrato de suministro, en el que solicita que se declare la nulidad del acuerdo de exclusión, retrotrayéndose las actuaciones al momento procesal oportuno con el objeto de realizarse una correcta valoración de su oferta.

El 11 de mayo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP), de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

Cuarto.- Con fecha 16 de mayo de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado ninguna.

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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, acuerdo de fecha 10 de abril de 2018, por el que se declara la exclusión de CSL BEHRING, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que presentó su proposición a la licitación del lote 16 del contrato de suministro, resultando excluida y *“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 acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de abril de 2018, practicada la notificación el 16 de abril, e interpuesto el recurso, el 8 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite adoptado en el 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 debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento por incumplimiento de las *“descripciones técnicas que indica Octaplex.”* Afirma CSL BEHRING que la exclusión es injustificada y carente de motivación, por haber realizado el órgano de contratación una interpretación incongruente, tanto de las exigencias materiales del Pliego, como de la documentación aportada por CSL BEHRING, vulnerando los

principios de igualdad de trato y no discriminación así como el de igualdad y transparencia, y el de búsqueda de la máxima concurrencia, que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración.

Respecto a la falta de motivación alegada por la recurrente se debe recordar el criterio doctrinalmente aceptado y recogido entre otras en la Resolución 372/2017, de 14 de diciembre, de este Tribunal *“El derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores viene recogido por la doctrina emanada de los Tribunales de la Unión Europea, en concreto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 20 de septiembre de 2011, que resuelve el asunto T-461/08 Evropaïki Dynamikiy; y en la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos cuyo considerando 6 señala, que se debe dar a los licitadores el tiempo suficiente para examinar la decisión de adjudicación y evaluar si es preciso iniciar procedimiento de recurso. Cuando se notifique la decisión de adjudicación se debe proporcionar información que sea esencial a favor de un recurso eficaz. Asimismo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.*

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a

la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

Por lo tanto, la motivación de la adjudicación está en estrecha relación con la posibilidad de plantear un recurso fundado y de obtener un beneficio con la resolución del mismo.

En cuanto al alcance y contenido de la fundamentación de las decisiones adoptadas en el procedimiento de licitación, también ha señalado este Tribunal que las exigencias de motivación ni implican la necesidad de que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan. Cabe incluso la motivación, como se pretende en este caso por referencia a informes emitidos en el expediente o motivación in allunde.”

En este caso la notificación del acuerdo enumera los supuestos incumplimientos que justifican la exclusión y que son exactamente los que figuran en el acta en que se adoptó dicho acuerdo y en el informe técnico en que se basa la Mesa de contratación para realizar su propuesta. De *facto*, aun siendo una breve y sucinta explicación ha sido suficiente para la interposición de recurso fundado y a juicio del Tribunal es suficiente para que los licitadores puedan conocer el porqué del acto adoptado por lo que no se aprecia falta de motivación.

En cuanto al fondo del recurso, cabe comenzar recordando que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), establece los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de los licitadores para poder optar a convertirse en adjudicatarios del contrato. Con carácter adicional, cabe señalar que el contenido de los pliegos determina el régimen jurídico del contrato, rige el procedimiento contractual y los

derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato. Los pliegos no impugnados y aceptados por la presentación de oferta y participación en el procedimiento, ex artículo 145 del TRLCSP, se constituyen en ley del contrato. Por tanto, toda oferta que no cumple con las prescripciones técnicas debe ser excluida. Una valoración que no se ajusta a los requisitos que constan en los pliegos es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad al no tratar por igual ni a los licitadores que presentaron oferta que se valoran dando importancia a unos requisitos y no teniendo en cuenta otros de forma aleatoria, ni a los demás posibles licitadores que al no cumplir la totalidad de las prescripciones exigidas no presentaron oferta desconociendo la posterior modificación de las mismas a la hora de examinar el producto y la exclusión de los que no la cumplen.

Así mismo se debe recordar también que las exigencias correspondientes a los distintos elementos que confluyen en el servicio corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, debiendo el órgano de contratación adoptar las decisiones respecto de las ofertas presentadas a la vista de las exigencias de los pliegos.

EL PPT tan solo requiere para el suministro del medicamento en este lote 16: las siguientes determinaciones: *“Octaplex, 500 UI Polvo y disolvente para solución inyectable, 1 vial + 1 vial de disolvente”*. En consecuencia, son esos requisitos establecidos por el órgano de contratación los que se deben comprobar a la hora de aceptar las ofertas presentadas a la licitación.

En la memoria de necesidad del expediente tan solo se justifica que se trata de *“medicamentos que se viene adquiriendo a través de compras menores”* y que *“Para la determinación de las cantidades necesarias de dichos productos se ha consultado el histórico de consumos de los últimos años, estableciendo una previsión para los doce meses (...) y utilizando los precios unitarios de referencia indicados por la Subdirección General de Farmacia de SERMAS.”*

La recurrente ha ofertado Beriplex 500 UI polvo y disolvente para solución para inyección. Consultado por Tribunal el *Nomenclator* de Medicamentos, Beriplex 500 y Octaplex 500 son medicamentos con la misma clasificación ATC Factores de coagulación IX, II, VII y X en combinación.

En primer lugar cabe señalar que el producto a suministrar en este lote 16 no se ha definido como exigiría el artículo 117 del TRLCSP por referencia a sus funcionalidades o indicaciones terapéuticas, sino que la definición lo es por su marca o nombre comercial lo que en principio excluye *de facto* la posibilidad de presentar cualquier otro producto. Esto no obstante el órgano de contratación ha optado adquirir los productos objeto del contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad, de los previstos en el artículo 170.d) del TRLCSP, si bien, en realidad lo ha licitado como si de un procedimiento abierto se tratara, no haciendo uso de la posibilidad prevista en el artículo 169 del TRLCSP *“En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos”*.

Se debe recordar, como recientemente ha manifestado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 81/2017, de 27 de abril, que *“En definitiva, cabe concluir que el procedimiento negociado sin publicidad tiene carácter excepcional en la medida que supone una clara limitación y quiebra de los principios básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, circunstancia que aún concurre con más intensidad en el supuesto analizado en la presente resolución donde se ha acudido al supuesto previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP porque solo hay un empresario al que pueda encomendarse el cumplimiento del contrato. Es por ello que el órgano de contratación no solo deberá acreditar de manera clara e indubitada que concurre objetivamente la citada exclusividad en el medicamento, sino que también habrá de justificar las razones que le llevan a determinar que sea ese*

medicamento y no otro el que deba adquirirse a fin de evitar situaciones de exclusividad creadas por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

Al hilo de lo anterior, hemos de indicar que este supuesto concreto de procedimiento negociado sin publicación previa -que ya se contemplaba en la derogada Directiva 2004/18/CE- se regula de forma más detallada y precisa en el artículo 32.2 b) de la actual Directiva 2014/24/UE, que dispone que “cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones: i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, ii) que no exista competencia por razones técnicas, iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial. Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.”

Consta en el expediente un certificado emitido por Octapharma en el que se indica que *“Octaplex es el único concentrado de complejo protombínico humano en el mercado español que cuenta con solvente/detergente y nanofiltración como pasos complementarios de inactivación/eliminación viral, puede ser almacenado durante un periodo de tres años a temperatura por debajo de 25° C y no contiene albúmina en su composición.”* De manera que, en principio, es esta exclusividad la que permite tanto su adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad, como la descripción del producto mediante la indicación de su nombre comercial, al no existir en principio otro de iguales características.

No es preciso por tanto para resolver el objeto del recurso debe verificar si efectivamente el producto ofertado por la recurrente cumple o no cumple las exigencias técnicas por las que consta que fue excluido puesto que, al menos una de ellas, -el método de inactivación viral de Octaplex- no está presente en el

producto Beriplex 500, por ser según certificado incorporado al expediente el único concentrado de complejo protomínico humano que cuenta con solvente/detergente y nanofiltración como pasos complementarios a la inactivación/eliminación viral, que determina la exclusividad del producto.

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 don J.F.V., en nombre y representación de la empresa CSL BEHRING, S.A., contra el Acuerdo de la Comisión de Compras del Hospital Universitario de Móstoles de fecha 10 de abril del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 16 del contrato “Suministro de medicamentos para la esclerosis múltiple y otros exclusivos”, número de expediente: A/SUM-00341/2018.

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 acordada por este Tribunal con fecha 16 de mayo de 2018.

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.