

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

En Madrid, a 28 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Sun Pharma Laboratorios, S.L., (en adelante Sun Pharma) contra la adjudicación a Reddy Pharma Iberia S.A.U., del lote 37 del contrato Expediente FAR P APC 2019-1-32, para el “Suministro de medicamentos anti infecciosos, para el Servicio Madrileño de Salud – Hospital Universitario de Getafe”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de febrero de 2020, apareció publicado anuncio de licitación del citado expediente en el Boletín Oficial de la Unión Europea, el 21 de febrero de 2020 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 5 de marzo en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. El valor estimado del contrato es de 1.272.157,68 euros. Como consecuencia de la declaración del estado de alarma y la suspensión y posterior reanudación de los procedimientos de contratación, el plazo de presentación de proposiciones se acaba ampliando hasta el 28 de mayo de 2020.

Segundo.- A los efectos que aquí interesan, el punto 8.1. de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, establece el siguiente criterio de adjudicación automático o por aplicación de fórmulas:

“1. Identificación del envase y acondicionamiento primario que permita la trazabilidad (código de barras, código data matrix).

- ‘SÍ’ permite trazabilidad 8 PUNTOS.

- ‘NO’ permite la trazabilidad 0 PUNTOS”.

El Anexo X *“declaración de criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas”* del Pliego aclara:

“para todos los lotes (marque la casilla correcta).

2. Identificación del envase y acondicionamiento primario que permita la trazabilidad (código de barras, código data matrix).

- El envase y el acondicionamiento permiten la trazabilidad del producto (...).”

El día 14 de julio, se publica en el Perfil del contratante, nota aclaratoria sobre el criterio de adjudicación referido:

“Expediente FAR PAPC 2019-1-32 Suministro de medicamentos anti infecciosos.

A la vista de las aclaraciones solicitadas en referencia al Punto 2 del anexo X (Declaración criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas):

‘Identificación del envase y acondicionamiento primario que permite la trazabilidad’ sobre qué información debe contener el Código de barras/Código data matrix para permitir la trazabilidad, y una vez consultado el Servicio de Farmacia del Hospital, manifiesta:

- El ‘Código de barras/Código data matrix’ para permitir la trazabilidad debe contener:

1. Código Nacional.

2. Lote.

3. Caducidad.”

Tercero.- Con fecha 24 de septiembre, se publica y se notifica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, Resolución de Adjudicación del expediente de referencia. El lote 37 referido la recurrente obtiene 97,16 puntos y 100 la adjudicataria.

En data 8 de octubre, se presenta recurso especial en materia de contratación fundado en que la adjudicataria no cumplía con el criterio de valoración automático consignado en antecedente anterior en plazo de licitación. El recurrente tuvo vista del expediente.

Cuarto.- El expediente e informe del Órgano de contratación se reciben el 14 de octubre conforme al artículo 56.2 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante LCSP). En fecha 23 de octubre se reciben las alegaciones de la empresa adjudicataria, Reddy Pharma Iberia S.A.U.

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, 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 licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP), siendo el segundo en la clasificación del lote 37.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue notificado el 24 de septiembre y el recurso interpuesto en este Tribunal, el 8 de octubre de 2020 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso alega que la adjudicataria no cumple con el criterio de valoración automático consignado en el antecedente segundo en el plazo de licitación, basándose en el principio de igualdad de trato y con cita de abundante doctrina y jurisprudencia.

El Órgano de contratación, en su informe, hace un relato pormenorizado del recurso de este procedimiento sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y acompañando informes del Servicio de Farmacia del Hospital y del Servicio Jurídico.

El Servicio de Farmacia del Hospital afirma que:

“Informe sobre criterio de valoración: TRAZABILIDAD DAPTOMICINA DR. REDDY'S

En relación a la consulta recibida sobre el cumplimiento del criterio de valoración.

2. Identificación del envase y acondicionamiento primario que permita la trazabilidad (código de barras, código datamatrix), que figura en el pliego de prescripciones técnicas del expediente 2019-1-32 se informa:

- El laboratorio Dr. Reddy's incluyó en la documentación presentada una declaración fechada el 28 mayo, según la cual dispondría en septiembre del 2020 del medicamento DAPTOMICINA con código 2D en el acondicionamiento primario (vial)*
- En la documentación del expediente también consta un anexo del laboratorio, con la declaración de los criterios evaluables de igual fecha*
- En base a esta documentación se puntuaron los criterios evaluables, aceptando que se cumplan.*
- Con fecha 9 octubre 2020 el proveedor confirma la disponibilidad del producto con el código 2D. 'El medicamento con CN 719233.6 Daptomicina Dr. Reddys 500mg polvo para solución inyectable y perfusión EFG, incorpora el código 2D (datamatrix)*

en el etiquetado primario y secundario. Dicho código incorpora: NTIN, número de lote y fecha de caducidad”.

El Servicio Jurídico del Hospital:

“Presentado recuso especial en materia de contratación en relación al PAPC 2019-1-32 por la empresa Sun Pharma laboratorios S.L.U. con fecha 07.10.2020 contra la resolución de adjudicación del mismo, se Informa:”

El Servicio encargado de la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas contenidas en el PPT, determinó que la empresa Reddy Pharma Iberia S.A cumplía con los mismos en todos sus términos, realizando la valoración de los criterios cualitativos evaluables mediante fórmula. El motivo único de impugnación por parte de la empresa Sun Pharma Laboratorios S.L.U es en relación al posible error por parte de dicho Servicio en valoración de los criterios cualitativos, no del cumplimiento de la empresa Reddy Pharma.

El fundamento único de la reclamación es por tanto, ‘La incorrecta valoración de la proposición presentada en relación con el criterio de adjudicación, relacionado con la trazabilidad del producto’. En concreto, en el punto 1 de los criterios de evaluación, se alude a la identificación del envase y acondicionamiento primario que permita la trazabilidad.

Habida cuenta del argumento presentado por la reclamante, se ha de tener en cuenta que el contenido de los pliegos rige como ley del contrato. Así lo establece Resolución 151/2016 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. (el cumplimiento del PPT es de obligatorio cumplimiento) y Resolución nº 448/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 26 de Mayo de 2017, C.A. Cantabria.

De igual modo se ha de interpretar de forma restrictiva los criterios de valoración por ser parte de los pliegos administrativos y éstos por tanto rigen como ley del contrato. En base a esta premisa y preguntado al Servicio, se produjo la valoración de este extremo en la base al documento presentado por Reddy Pharma de compromiso de cumplimiento.

Informado el Servicio de la obligatoriedad del cumplimiento no sólo de las

prescripciones técnicas a la fecha de finalización de plazo de presentación sino también de los criterios de valoración para que éstos sean efectivamente evaluados, y que no puede ser tenida en cuenta una proposición que se compromete a futuro cumplir con las condiciones exigidas como valoración que le dan un plus de puntuación a la oferta, se ha de rectificar la misma, retirando la puntuación otorgada a quien se compromete a cumplir en un futuro y no lo acredita en el presente.

La Resolución 181/2019 del Tribunal Administrativo de contratos Públicos de la Comunidad autónoma de Canarias, lo recoge claramente: ‘En Sentencia número 197/2007, de 1 de marzo (RJ 2007, 1618) la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ya decía que ‘Como tantas veces ha tenido ocasión de decir esta Sala, si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de huir del canon de la literalidad en la interpretación hacia la búsqueda de intenciones, motivos o finalidades no expresas. Es doctrina que se deduce, entre otras, de las Sentencias de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 567), 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6255), 12 de julio (RJ 2001, 5162) y 13 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9355), 18 de mayo (RJ 1999, 3351) y 24 de junio de 1999 (RJ 1999, 4891), etc. La preferencia de las palabras sobre la conducta, cuando aquéllas son claras, ha sido también afirmada en muchas otras decisiones (Sentencias de 25 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1643], 8 de junio de 2000 [RJ 2000, 4404], 24 de mayo de 2001 [RJ 2001, 3376], etc.), y también se ha dicho que la regla del artículo 1281 CC (LEG 1889, 27) trata de evitar que so pretexto de una acción interpretativa sea alterada una declaración de voluntad absolutamente clara (Sentencias de 20 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1347], 30 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6754], 9 de julio de 1994 [RJ 1994, 5603], 15 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7428], entre otras).’

Es por ello que puesto de manifiesto el error en el que se ha incurrido, no debieron otorgarse los puntos objeto del presente recurso, aun existiendo compromiso por parte de Reddy Pharma con fecha 28 de mayo de 2020, de cumplimiento de dicha premisa en el mes de septiembre en el caso de ser adjudicataria de dicho lote”.

Según alega la empresa adjudicataria:

“Efectivamente, tal y como anuncia SUN PHARMA, REDDY no disponía en el momento de presentación de ofertas del código 2D en la etiqueta del vial. Sin embargo, en ese instante, mayo de 2020 - momento en el cual el plazo de presentación de ofertas llegaba a su fin -, REDDY ya estaba gestionando la inclusión del Código Datamatrix en el acondicionamiento primario del producto objeto de suministro, motivo por el cual decidió incluir en su proposición una declaración responsable que avalaba la disposición del código 2D en la etiqueta del vial conteniendo la siguiente información: código NTIN, número de lote y fecha de caducidad, a partir del mes de septiembre de 2020.

(...)

De acuerdo con lo acontecido, en septiembre de 2020, el Órgano de Contratación requirió a esta parte a los efectos de acreditar que lo manifestado en la declaración responsable aportada en nuestra oferta se había cumplido. Así, REDDY remitió al Organismo una nueva declaración que anexaba distintas fotografías en las que se podía constatar el cumplimiento del compromiso de esta parte en cuanto a la inclusión del Código 2D en el envase primario.

En virtud de lo expuesto y de acuerdo con el trámite de alegaciones concedido a esta parte por el Tribunal competente para resolver el recurso de SUN PHARMA, teniendo en cuenta que de la actuación de REDDY no se desprende mala fe por haber sido honesto en todo momento en cuanto al cumplimiento del criterio de adjudicación por nuestra oferta, venimos SOLICITAR, tengan por presentado este escrito, por hechas las alegaciones en él contenidas, acepten el mismo como cumplimiento del trámite de alegaciones, tal y como establece el artículo 56. 3 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, y dadas las circunstancias aquí descritas se desestime el recurso interpuesto por SUN PHARMA toda vez que nuestro producto sí cumple con el criterio de adjudicación y por tanto es merecedor de los ocho (8) puntos otorgados por el Órgano de contratación en relación con el criterio de adjudicación controvertido”.

El artículo 156 de la LCSP establece los plazos para presentar las proposiciones, que en el caso, como se ha señalado, venció el 28 de mayo.

Tal y como indica el artículo 139:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

Como en otras licitaciones la proposición consta de tres sobres:

- A) Sobre nº 1. Documentación administrativa.
- B) Sobre nº 2. Documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor.
- C) Sobre nº 3. Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

El sobre número 3 debe contener además de la oferta económica 2. *“la documentación que se especifica en el apartado 9 de la cláusula 1 al presente pliego, en orden a la aplicación de los demás criterios de adjudicación, distintos del precio y el plazo de entrega, valorables de forma automática por aplicación de fórmulas”.*

El apartado 9 de la cláusula primera obliga a incluir en el sobre 3º la *“declaración criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (Anexo X) debidamente cumplimentada y documentación necesaria para valorar los criterios evaluables de forma automática que se han indicado en el apdo. 8.2 de la cláusula 1 de este pliego. La no inclusión de esta documentación no será subsanable”.*

En el caso del criterio cuestionado esa declaración comprende, tal y como se consigna en el antecedente segundo:

“2. Identificación del envase y acondicionamiento primario que permita la trazabilidad (código de barras, código data matrix)

- El envase y el acondicionamiento permiten la trazabilidad del producto (...).”

Es una declaración relativa al producto que debe presentarse y concurrir, como cualquier otro criterio de adjudicación, en el plazo de licitación, no subsanable ni sustituible por una declaración que afirme que el producto del licitador dispondría del criterio evaluable automáticamente en un momento ulterior al plazo de licitación, en el caso en el mes de septiembre, tal y como se ha recogido más arriba.

De hecho la presentación de la documentación de cumplimiento de este criterio con posterioridad a la licitación es una modificación de la oferta no admisible.

El criterio de adjudicación no es un compromiso de ejecución del contrato que pueda diferirse su cumplimiento a tal momento.

Las ofertas son valorables conforme a la documentación presentada en plazo de licitación, vulnerando los principios de igualdad de trato y concurrencia que las ofertas sean valoradas con criterios de adjudicación que cumplan extemporáneamente, fuera de plazo. En el caso se confirma la disponibilidad el 9 de octubre.

Procede la estimación del recurso, restando al adjudicatario los 8 puntos correspondientes al criterio de adjudicación automático referido, porque no caben las ofertas diferidas en el tiempo.

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 representación de Sun Pharma Laboratorios, S.L., contra la adjudicación del lote 37 del contrato Expediente FAR PAPC 2019-1-32, para el “Suministro de medicamentos anti infecciosos, para el Servicio Madrileño de Salud – Hospital Universitario de Getafe”, con retroacción de actuaciones para nueva clasificación y adjudicación.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento.

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.