

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña E.L.G., en representación de la empresa Aurovitas, S.L., contra la resolución 511/2018 de la Viceconsejera de Sanidad del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudican las ofertas presentadas al “Acuerdo marco para el suministro de medicamentos antiinfecciosos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, lote 25 número de orden 42, expediente número PA SUM 19/2017 este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios en el DOUE y en el BOE de fecha 19 de diciembre de 2017, se convocó la licitación del Acuerdo marco de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 31.861.100,90 euros. El plazo de duración será de veinticuatro meses prorrogable por otro periodo igual.

El Acuerdo marco está dividido en 27 lotes, afectando el recurso presentado solo al lote número 25.

Interesa destacar a los efectos de este recurso el criterio de valoración. El apartado 8 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

**“CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS: Hasta 20 puntos.**

Conforme al desglose siguiente:

<b>CRITERIOS (Sobre 2)</b>	<b>FORMAS ORALES</b>	<b>FORMAS PARENTERALES</b>
<i>a. Características para evitar errores de medición</i>	<b>Hasta 10</b>	<b>Hasta 12</b>
<i>a.1. Ninguna característica</i>	<b>0</b>	<b>0</b>
<i>a.2. Embalaje exterior diferente para diferenciar dosis diferentes</i>	<b>5</b>	<b>6</b>
<i>a.3. Embalaje exterior y acondicionamiento primario que permiten diferenciar las diferentes dosis disponibles</i>	<b>10</b>	<b>12</b>
<i>b. Identificación del envase y acondicionamiento primario que permita la trazabilidad (código de barras, data matrix)</i>	<b>4</b>	<b>8</b>
<i>c. Excipiente de declaración obligatoria. No contiene lactosa</i>	<b>6</b>	<b>0</b>
<b>Total</b>	<b>20 puntos</b>	<b>20 puntos</b>

**Segundo.**- A esta concreta licitación del lote 25 se han presentado cuatro empresas.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación se adjudica el Acuerdo marco referente al número de orden 42 del lote 25 a la empresa Accord Healthcare, S.L.U.

**Tercero.**- El 27 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Aurovitas en el que solicita la anulación de la adjudicación del número de orden 42 del lote 25, en base a la errónea calificación del criterio b) de la oferta presentada por Accord.

El 27 de septiembre este Tribunal comunica al órgano de contratación el recurso interpuesto. Con fecha 16 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 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).

**Cuarto.-** Con fecha 3 de octubre 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. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

## 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 una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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).

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 11 de septiembre de 2018, practicada la notificación el 13 de septiembre, e interpuesto el recurso, en el registro de este Tribunal el 27 de septiembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpone contra la adjudicación de un lote de un Acuerdo marco cuyo valor estimado es superior a 100.000 de euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación del número de orden 42 del lote 25 del Acuerdo marco, pero en realidad se fundamenta en la calificación de las ofertas presentadas en cuanto respecta al criterio b) recogido en los PCAP.

Este Acuerdo marco prevé que todas las ofertas admitidas sean adjudicatarias. La cláusula 38 de los PCAP establece que los contratos basados se formalizarán con el adjudicatario cuya oferta haya alcanzado mayor puntuación.

El recurrente opone a su favor, que el producto ofertado por la empresa Accord no cumple el requisito de marcar la trazabilidad del producto a través de códigos de barras o data matrix tanto en el exterior del envase del medicamento como en el acondicionamiento primario y en consecuencia no podría ser puntuada por este concepto. Resultando en consecuencia que la oferta mejor puntuada sería la presentada por la mercantil recurrente.

Aporta la definición por parte de la Asociación Española de Codificación Comercial del concepto de trazabilidad como el conjunto de aquellos procedimientos preestablecidos y autosuficientes que permiten conocer el histórico, la ubicación y la trayectoria de un producto, lote del producto y número de serie a lo largo de la cadena de suministro en un momento determinado.

Resume su exposición indicando que mediante códigos de barras o data matrix los envases externos y los envases primarios deben ofrecer datos sobre el nombre del compuesto, fabricante, número de serie, lote y fecha de caducidad, siendo esta la única interpretación del criterio de valoración b).

Así mismo aporta una fotografía de un blíster del medicamento objeto de suministro según preparación de la adjudicataria para este contrato, donde se aprecia un código de barras. Aporta así mismo el resultado de la lectura de dicho código a través de una apps para móvil, adjuntando captura de la pantalla con resultado de lectura del código de barras negativa.

El órgano de contratación en su informe al recurso indica como único motivo, fundamentación o justificación de la puntuación otorgada a Accord que: *“la Mesa de Contratación acordó que dicha puntuación se otorgaría a aquel licitador que en el etiquetado (entendiendo como tal las informaciones que constan en el envase exterior y en acondicionamiento primario) incluyera -de forma no limitativa respecto a la información que se considerara necesario incorporar- un código de barras unidimensional o bidimensional (código data matrix)”*.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 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), la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni alterarlas durante el proceso de licitación ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad,

El recurrente aporta la fotografía del blíster del medicamento que oferta Accord, este Tribunal considera innecesario el trámite de prueba en la resolución de este recurso toda vez que el propio órgano de contratación en su informe al presente recurso admite que ha reinterpretado el criterio de adjudicación en unos términos que lo desnaturalizan. En concreto por pasar de exigir la trazabilidad del medicamento en código de barras o data matrix a exigir que conste un código de barras o data matrix sin limitación de su información.

Claramente el PCAP valorará aquellos medicamentos que tanto en su envase exterior como interior y mediante un sistema de código de barras o data matrix ofrezcan la información de su trazabilidad que es unánimemente admitida como la referente al nombre del medicamento, número de serie, número de lote y fecha de caducidad. Admitir cualquier código de barras, ofrezca la información que ofrezca, incluso ninguna, y el resto de datos en letra y numeración arábiga en lugar de codificada mediante barras o datas es sin duda alguna alterar las condiciones de adjudicación durante el proceso de licitación, creando una desigualdad entre los distintos licitadores.

Este Tribunal en su Resolución 53/2014, de 26 de marzo, manifiesta que *“la exclusión de un licitador derivada de una interpretación de una cláusula del pliego*

*que permite diversas interpretaciones, conculca el principio de concurrencia competitiva antes citado, al aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como entre otras previene la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados: En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: “las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado”. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta “la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas”.*

El acuerdo de la Mesa de contratación sobre la aplicación del criterio ya suficientemente referenciado no es admisible, pues lejos de alcanzar un criterio interpretativo textual e igualitario para todos los licitadores, mejora la oferta de solo uno de ellos, provocando su mayor puntuación y considerando que su producto ofrece la condición exigida cuando no es así. Si esta condición o característica no era necesaria, no debería constar como criterio de adjudicación, pero si consta como es el caso su aplicación, debe efectuarse a tenor de su letra, sin interpretaciones que la desvirtúen.

Por todo ello se estima el recurso interpuesto por este motivo, anulando la calificación de las ofertas y retrotrayendo el procedimiento al momento de su puntuación que se efectuara de conformidad con el contenido de la presente

resolución.

**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 doña E.L.G., en representación de la empresa Aurovitas, S.L., contra la Resolución 511/2018 de la Viceconsejera de Sanidad del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudican las ofertas presentadas al “Acuerdo marco para el suministro de medicamentos antiinfecciosos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, lote 25, número de orden 42, expediente número PA SUM 19/2017, anulando la adjudicación del suministro con número de orden 42 incluido en el lote 25 y retrotrayendo las actuaciones a la valoración de las ofertas.

**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.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 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.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL