

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

En Madrid, a 22 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.S., en nombre y representación de Praxis Pharmaceutical, S.A., contra la exclusión de su oferta al lote 1 del contrato “Suministro de medicamentos varios a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio, con destino al Hospital Universitario de Getafe”, expediente (FAR) PACP 2017-1-3, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 22 y 31 de julio de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE, y el 9 de agosto en el BOCM y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato mencionado, dividido en 7 lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y un solo criterio, el precio. El valor estimado asciende a 440.247,12 euros.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) describe el lote 1 “colistimetato”, de la siguiente forma:

Nº de orden 1: Colistimetato de sodio. Principio activo: Colistimetato de sodio
1 MUI. Presentación: vial.

Nº de orden 2: Colistimetato de sodio. Principio activo: Colistimetato de sodio
2 MUI. Presentación: vial.

Debido a la relación que guarda con los motivos del presente recurso, debemos traer a colación la Resolución 260/2017 de este Tribunal, de 19 de septiembre de 2017, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Zambon, S.A.U., contra los pliegos del expediente de referencia, respecto del lote nº 1.

Con fecha 17 de octubre de 2017, durante el acto de apertura de las ofertas económicas, se comunicó la exclusión de la recurrente del procedimiento de contratación. Ese mismo día solicita por e-mail a la Mesa de contratación que indique los motivos por los que la oferta no resultó admitida, habiéndose remitido como respuesta a dicho requerimiento el informe técnico del lote 1, en el que consta que no cumple porque *“solo es vía inhalatoria”*.

Tercero.- El 7 de noviembre de 2017 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Praxis Pharmaceutical S.A. en el que solicita que *“se anule el acuerdo de exclusión, y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a PRAXIS PBARMACEUTICAL, S.A. continuar en el procedimiento.”* Afirma también que aunque no guarde relación directa con el objeto del recurso quiere hacer referencia a la ilegalidad de la intención manifestada por el órgano de contratación de proceder a la adquisición del medicamento de inhalación pulmonar de nombre comercial PROXIMIN por procedimiento negociado por exclusividad.

El 8 de noviembre el órgano de contratación remitió 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 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP,

concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de Ges Genéricos Españoles Laboratorio, que mantiene que, según se desprende de la ficha técnica, el medicamento que comercializa la recurrente no puede ser objeto de administración por vía parenteral. La única vía de administración autorizada del medicamento de Praxis es la inhalatoria, que no es objeto de la presente licitación y solicita la desestimación del recurso.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues según afirma la recurrente tuvo conocimiento de los motivos de exclusión el día que se celebró la apertura de ofertas, que tuvo lugar el 17 de octubre, siendo que la exclusión no fue objeto de notificación, el recurso interpuesto el 7 de noviembre está dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Procede en este punto rechazar la solicitud de extemporaneidad realizada tanto por el órgano de contratación como por Ges, Genéricos Españoles, que consideran que debe tomarse como fecha inicial el 10 de octubre, fecha en que se tomó la decisión recurrida y fue comunicada a los licitadores que asistieron al acto público en que se daba cuenta del resultado de evaluación de la documentación administrativa y técnica. Siendo que la decisión de la Mesa de contratación no fue notificada ha de tomarse como día inicial aquél en que la recurrente se dio por notificada.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- Considera la recurrente que se ha excluido una empresa con base en el incumplimiento de una exigencia técnica que no se incluía en los pliegos que rigen la licitación. En el pliego no se incluye ninguna mención a que el objeto del lote 1 se circunscribe al medicamento utilizable solo por vía parenteral, excluyendo al medicamento de utilización inhalatoria, que efectivamente es el único que comercializa Praxis.

Alega Praxis que la Resolución 260/2017, de 19 de septiembre, de este Tribunal, no fue objeto de publicidad en el perfil de contratante, y que al haberse interpuesto el recurso durante el transcurso del plazo de presentación de ofertas, Praxis no fue notificada para presentar alegaciones, habiéndose conocido la existencia de dicha Resolución en el momento en que esta se publica en la página del Tribunal. Considera que la falta de publicidad de esta Resolución, dada su trascendencia para el fondo del asunto y para el entendimiento de la licitación es una actitud reprochable del órgano de contratación.

Expone que Zambon señalaba en su recurso que la configuración del lote 1 conculca los principios de concurrencia, igualdad de trato y salvaguardia de la competencia en el procedimiento de contratación dado que el colistimetato de sodio, se administra en forma de inhalación para tratar infecciones respiratorias crónicas. Es decir, Zambon realizó la misma interpretación que Praxis que es la de que en el objeto del contrato se incluían los medicamentos de principio activo colistimetato de sodio, tanto para su administración por vía inhalatoria como intravenosa.

El órgano de contratación, en su informe al recurso actual expone que no se contempla la vía inhalatoria y por lo tanto no se define esta posibilidad tal como

indicaba ya en el informe elaborado para el recurso 246/2017 que concluyó con la Resolución 260/2017.

En el informe remitido al Tribunal en el citado recurso, el órgano de contratación justificaba sus necesidades y aclaraba el objeto del contrato en los siguientes términos: *“Según el informe del Servicio de Farmacia del Hospital, que se adjunta con el resto de la documentación, es un fármaco destinado a ser utilizado por dos vías de administración, la intravenosa y la nebulizada, la intravenosa de más utilización y objeto del expediente de contratación recurrido. Según la Agencia Española del Medicamento y de los Productos Sanitarios (AEMPS), en la ficha técnica que se adjunta, hay empresas comercializadoras, en su uso hospitalario, que disponen de Colistimetato de Sodio con uso inyectable (parenteral), es decir, no solo nebulización, incluso como inyectable, objeto del expediente de contratación recurrido. La eficiencia de su nebulizador, según el detalle pormenorizado que facilitan, como la de los otros posibles ofertantes (algunos de más reciente autorización por parte de la AEMPS según la ficha anteriormente indicada), no es objeto de este expediente. No se define el nebulizador, como se hace con otros medicamentos incluidos en el expediente (ver punto 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT): Especificaciones Técnicas por Lotes, en el que como se detallan los números 6 y 7 porque la descripción normalizada fijada en el punto 2 del PPT es considerada suficiente para definir el producto utilizado en inyección”,* concluyendo que solo es objeto de la presente licitación el medicamento con uso inyectable.

El Tribunal hizo suyos los argumentos del órgano de contratación, y concluyó que *“la descripción del lote 1, en este caso, hace referencia a un medicamento antiinfeccioso, utilizable solo por vía parenteral y de ahí que indique el vial como única forma de presentación y no se contempla la utilización inhalatoria”*. Es decir, se concluye que la definición de la forma de presentación en vial, se corresponde con los medicamentos administrados por vía intravenosa.

Praxis manifiesta en su recurso que no puede estar de acuerdo con este criterio, pues, como se puede comprobar en las fichas técnicas de todos los medicamentos que contienen el principio activo colistimetato de sodio y que constan

en la base de datos de la AEMPS, la forma de presentación en vial es común para los medicamentos para su uso por vía parenteral o inhalatoria, con lo cual, el vial no representa un aspecto diferenciador de la vía de administración de los distintos medicamentos disponibles, que permita identificar inequívocamente cual es el medicamento objeto de la licitación. Por todo ello, la decisión de exclusión debe anularse, pues el medicamento ofertado cumple con todas las especificaciones incluidas en el PPT, y no puede aceptarse la justificación aportada por el órgano de contratación y aceptada por el Tribunal en cuanto a que los Pliegos impugnados no contemplan el medicamento para vía inhalatoria, pues siendo cierto que el lote 1 solo incluye el principio en presentación de vial, tal como indica el propio Tribunal en su Resolución, PRAXIS no debió ser excluida de la licitación en la medida en que su medicamento se presenta en vial, con independencia de que solo se pueda administrar por vía inhalatoria.

La resolución del recurso debe partir de lo ya juzgado en la Resolución del recurso previo interpuesto por Zambon donde se acogía la interpretación de que el PPT únicamente supone la adquisición de colistimetato para su administración vía intravenosa lo que determina que estemos ante un asunto ya juzgado ante el que la ahora recurrente manifiesta su disconformidad. Si el segundo proceso es idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de este no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en aquél. Dicho en otros términos, el órgano que ha de decidir en el proceso posterior, en el caso de que formen parte de su *thema decidendi* cuestiones ya decididas en resolución firme anterior deberá atenerse al contenido de la misma, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.

Considerando que el medicamento ofertado por la recurrente carece de los requisitos técnicos exigidos por la licitación, la decisión de exclusión resulta conforme con lo dispuesto en el PPT.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.S., en nombre y representación de Praxis Pharmaceutical, S.A., contra la exclusión de su oferta al lote 1 del contrato “Suministro de medicamentos varios a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio, con destino al Hospital Universitario de Getafe”, expediente (FAR) PACP 2017-1-3.

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.