

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

En Madrid, a 27 de mayo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Accord Healthcare, S.L.U. (en adelante Accord), contra la Resolución de 7 de abril de 2021, de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre por la que se adjudica el lote 4 “Carboplatino 10 MG/ML inyectable perfusión 45 ML” del contrato de “Suministro de Medicamentos Antineoplásicos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre.”, dividido en 10 lotes, número de expediente PA 2020-0-176, del Servicio Madrileño de Salud, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 30 de diciembre de 2020 y 18 de enero de 2021, se publicó respectivamente en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, DOUE y BOCM la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, dividido en diez lotes, por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado total del contrato asciende a 1.386.125,11 euros, para un plazo de ejecución de 24 meses, prorrogable hasta un máximo de 48 meses

Segundo.- Con fecha 3 de mayo de 2021 la representación de Accord presentó escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal impugnando la adjudicación del lote 4 del contrato de suministro de referencia, en el que solicita la anulación de la Resolución de adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento previo a su adopción, para que el órgano de contratación valore correctamente la oferta presentada, atribuyéndole 5 puntos en el criterio del código datamatrix, y, seguidamente, le adjudique el Lote 4 del contrato. Asimismo, solicita que quede suspendida la tramitación del expediente de contratación objeto del presente recurso en tanto no se resuelva el mismo.

Tercero.- EL 27 de abril de 2021 se recibió en este Tribunal el expediente de contratación y el preceptivo informe de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre (HU12O), conforme a lo establecido en 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 (en adelante, LCSP), junto con el escrito de 15 de abril de 2021 de la mercantil Accord, para que se tramite como recurso frente a la resolución de adjudicación, en aplicación del artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), conforme a la interpretación dada en la Resolución nº 930/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El hospital en su informe solicita que se estime el recurso interpuesto por la recurrente, acordando la anulación de la resolución de adjudicación de 7 de abril de 2021 en lo relativo al Lote 4, acordando la adjudicación a favor de la recurrente.

Cuarto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del RPERMC, por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las

alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno, sin que se haya aportado por Pfizer.SL documentación alguna.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación del lote 4 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación no solicita el levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para la interposición del recurso especial, por tratarse de una persona jurídica licitadora que podría llegar a ser adjudicataria del contrato impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha efectuado en tiempo y forma, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP, dado que el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado el 7 de abril, notificado a los interesados y publicado en el perfil de contratante el 12 de abril de 2021, remitidas alegaciones y expediente al Tribunal por el órgano de contratación el 27 de abril, e interpuesto recurso especial ante este Tribunal por la recurrente el 3 de mayo de 2021.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la recurrente plantea que el Informe de valoración de ofertas de 2 de marzo de 2021 asignó 0 puntos a la oferta de Accord en el apartado *“Identificación del acondicionamiento primario que permita la trazabilidad indicando lote y caducidad (código de barras, código data matrix, radiofrecuencia,...). Se acompañará de un certificado con la información recogida en el código”*. Este apartado, según la cláusula 1.8.2 del PCAP, podía ser puntuado con un máximo de 5 puntos.

El 6 de abril de 2021, Accord solicitó al órgano de contratación aclaración sobre la puntuación, respondiendo el HU12O el 9 de abril de 2021, indicando que no procedía la asignación de los 5 puntos ya que el código datamatrix del acondicionamiento primario sólo mostraba el código nacional, pero no su lote y caducidad. Es decir, de los tres datos que debía contener el código datamatrix, supuestamente sólo aparecía uno.

El 12 de abril de 2021, la Administración publicó en el perfil de contratante la Resolución de 7 de abril de 2021 de adjudicación del Lote 4 a Pfizer, con una

ponderación de 90 puntos, ese mismo día la recurrente presentó alegaciones a la adjudicación, acreditando el cumplimiento del requisito relativo al código datamatrix, con solicitud de modificación de la puntuación obtenida, adjuntando un vídeo que acreditaba que el citado código contenía toda la información requerida.

El órgano de contratación, recibidas las alegaciones, al haber dictado y publicado la Resolución de adjudicación, las calificó como recurso especial en materia de contratación y las remitió al Tribunal, junto con los medios acreditativos presentados.

Con fecha 3 de mayo de 2021 Accord presenta recurso ante este Tribunal solicitando la anulación de la resolución de adjudicación del lote 4, por incorrecta puntuación de su oferta. Tal y como se muestra en el vídeo aportado el código de la muestra presentada es: 01084700066789781722043010P2002506, y contiene la siguiente información:

- Código Nacional: 667897.
- Caducidad: 220430.
- Lote: P2002506.

El código cumple con los requisitos del Global Trade Item Number (GTIN o NTIN), que exige:

- El número (01) debe aparecer en primer lugar, delante del código EAN.
- El número (17) debe aparecer delante de la fecha de caducidad AA/MM/DD.
- El número (10) debe aparecer delante del número del lote.

Por tanto, el código datamatrix del envase primario de la muestra presentada al Lote 4 contenía toda la información requerida por el PCAP, debiendo haber obtenido una valoración de 5 puntos en dicho apartado, lo que totalizaría 50 puntos en los criterios cualitativos evaluables de forma automática (máxima puntuación), resultando adjudicataria del Lote 4 del contrato.

A estos efectos alega que, de acuerdo con la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, a cuyos efectos cita varias Resoluciones del TACRC, la incorrecta valoración o aplicación de los criterios de adjudicación da lugar a la anulación de la adjudicación, siempre que la Administración haya incurrido en un error material en la aplicación del criterio. Además, al tratarse en el presente supuesto de criterios de valoración automática la Administración no tiene discrecionalidad alguna en su valoración.

Concluye indicando que por quedar acreditada la existencia de error en la aplicación del criterio automático relativo al código datamatrix, procede la anulación de la Resolución de adjudicación, al ser contraria al PCAP, con la consiguiente retroacción de actuaciones al momento anterior a su adopción, para que el órgano de contratación puntúe correctamente la oferta de esta parte -atribuyéndole 5 puntos en el criterio del código datamatrix- y, seguidamente, le adjudique el Lote 4 del contrato.

Por su parte el órgano de contratación se allana a las pretensiones de la recurrente, a la vista del informe técnico emitido el 19 de abril de 2021 por el Servicio de Farmacia, cuyos criterios asume íntegramente. El informe manifiesta que, revisada la puntuación técnica asignada al producto Carboplatino 10 mg/ml inyectable perfusión 45 ml de Accord, en la valoración del Lote 4 no se le asignaron los 5 puntos que recogía el criterio de valoración *“identificación del acondicionamiento primario que permita la trazabilidad indicando lote y caducidad (código de barras, data matrix, radiofrecuencia)”*, porque al intentar realizar la lectura del código que figuraba en la muestra la lectura proporcionaba un número que no incluía datos de lote y caducidad. Así considera que el error se debió a la forma específica en que había que dirigir el lector para que la lectura fuera correcta. El video aportado por Accord ayudó a comprobar sobre la muestra enviada que efectivamente proporcionaba un código con los datos del lote y caducidad. Por tanto corrige la valoración, asignando al producto los 5 puntos en ese apartado, con lo que

la puntuación total en los criterios técnicos valorables sería de 50 puntos en vez de 45.

Lo expuesto sitúa a la recurrente en primer lugar, debiendo haber sido la adjudicataria de dicho Lote 4, debiendo anularse la resolución de adjudicación del citado lote de 7 de abril de 2021, acordando la adjudicación a favor de la recurrente.

Este Tribunal, a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes, comprueba que se ha producido un error en la valoración de uno de los cuatro criterios cualitativos de adjudicación, determinados en el apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP, todos ellos evaluables de forma automática, y cuya corrección entraña la alteración de la clasificación de las ofertas y en consecuencia la modificación de la adjudicación del contrato del Lote 4. El órgano de contratación en su informe al recurso se aviene a las pretensiones de la recurrente al recoger el informe técnico del Hospital que efectivamente se ha producido un error en la ponderación otorgada a Accord en el criterio 8.2 de la cláusula 1 del PCAP, procediendo la retroacción de las actuaciones para proceder a su corrección, y en consecuencia la anular la adjudicación del contrato impugnado.

Como viene manifestando este Tribunal, en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015 y posteriores, la LCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 57.2 de la LCSP establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo entre otros los pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación

contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (art. 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión.

En el presente supuesto, como hemos mencionado con anterioridad, el error es evidente, pues una vez comprobado que el producto ofertado cumple con el requisito exigido en el PCAP de indicar el lote y la caducidad solo cabe asignarle los 5 puntos previstos en la cláusula 1.8.2, dado que tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011 (Recurso 4034/08), la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación. Por tanto, al demostrar Accord el cumplimiento del requisito exigido, el allanamiento del órgano de contratación a la pretensión de la recurrente no solo no constituye infracción alguna del ordenamiento jurídico, sino que promueve su cumplimiento, pues subsana el error material cometido en la valoración de las ofertas.

Por lo expuesto, este Tribunal estima el recurso presentado por Accord, anulando la adjudicación del Lote 4 del contrato de suministro de referencia, con retroacción de las actuaciones al momento de valoración y clasificación de las ofertas. Una vez corregido el error detectado en la ponderación del citado criterio

cualitativo de adjudicación, evaluable de forma automática conforme dispone la cláusula 1.8.2 del PCAP, se ha de proceder a adjudicar el lote impugnado a la mejor oferta conforme a lo dispuesto en el artículo 150 de la LCSP.

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 la representación de la empresa Accord Healthcare, S.L.U., contra la Resolución de 7 de abril de 2021, de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre por la que se adjudica el lote 4 “Carboplatino 10 MG/ML inyectable perfusión 45 ML” del contrato de “Suministro de Medicamentos Antineoplásicos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre.”, dividido en 10 lotes, número de expediente PA 2020-0-176, del Servicio Madrileño de Salud, con anulación de la adjudicación del Lote 4, por error material en la valoración efectuada, retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas para realizar una nueva adjudicación ajustada a los pliegos que rigen la contratación del suministro.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del Lote 4, prevista en el artículo 53 de la LCSP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.