

Recurso nº 168/2018

Resolución nº 188/2018

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

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.C.G., en nombre y representación de Accord Healthcare, S.L., contra el Informe técnico de inclusión de empresas licitadoras en el procedimiento de licitación del Acuerdo marco para el suministro de medicamentos (19 lotes) para hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud, número de expediente: PA SUM 14/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 1, 5, 9 y 20 de febrero de 2018 se publicó en el DOUE, en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid, en el BOE y en el BOCM, respectivamente, el anuncio de la convocatoria del Acuerdo marco denominado *“Suministro de medicamentos (19 lotes) con destino a los centros dependientes del Servicio Madrileño del Servicio Madrileño de Salud”*, para la adjudicación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con precios unitarios. El valor estimado del contrato asciende a 27.541.690,90 euros y la duración inicial es 12 meses con posibilidad de prórroga por doce meses más.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que el objeto del lote 13 del contrato es:

- Grupo ATC; L03AA02.
- Descripción; Filgastrim.
- Vía de administración; Parenteral.
- Formatos o presentaciones; Cualquiera de las presentaciones comercializadas.
- Unidad de Magnitud de medida; Microgramos.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en su cláusula 1.1 define el objeto del contrato *“El acuerdo marco tiene por objeto la determinación de las condiciones de suministro de los bienes que se relacionan en el anexo 1 de este pliego, cuyas características se especifican en el Pliego de Prescripciones Técnicas (...).”* Por otro lado en el apartado 5 de esa misma cláusula 1, relativa a la acreditación de la solvencia técnica establece, *in fine*, que: *“(...) Además de la documentación indicada anteriormente, los licitadores deberán aportar en el Sobre número 1 de Documentación Administrativa:*

- * *Un listado en el que se relacionen el/los lote/s a los que licita, así como los formatos o presentaciones.*
- * *Declaración responsable de que los productos ofertados cumplen los pliegos de prescripciones técnicas así como cualquier otra información, que en su caso resulte precisa para acreditar dicho cumplimiento.*
- * *Declaraciones responsables de los siguientes extremos:*
 - *Rotura stock.*
 - *Exención sodio en las presentaciones del Lote 14.*
 - *Exención de látex”.*

Por su parte, el apartado 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del citado Acuerdo marco exige que: *“2.1.- Características legales y técnicas: Los medicamentos, su envase y material de acondicionamiento deberán estar totalmente exentos de látex, facilitando el certificado correspondiente”.*

Segundo.- A la licitación del lote 13 presentaron oferta tres empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación en su sesión celebrada el 25 de abril de 2018, acordó tras el estudio del Informe elaborado por la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de fecha 23 de abril de 2018, sobre el cumplimiento de los puntos relacionados en el apartado 2 “especificaciones técnicas” del PPT excluir a la recurrente y a otra licitadora -Sandoz- por el mismo motivo “*no estar garantizada la ausencia absoluta de látex en el medicamento, su envase y material de acondicionamiento*”. El 7 de mayo de 2018 se publica el Acta correspondiente en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid.

Previamente el 27 de abril de 2018, la empresa Accord presentó ante el órgano de contratación un escrito en relación con su exclusión del lote 13 solicitando acceso al expediente, que tuvo lugar el 11 de mayo de 2018.

Tercero.- Con fecha 29 de mayo de 2018 se ha recibido en este Tribunal, previo anuncio al órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Accord Healthcare contra su exclusión del lote 13 del contrato de suministro, en el que solicita se declare nula, o subsidiariamente, anulable la referida exclusión, con retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la admisión de las propuestas, ordenando la admisión de su oferta y su valoración de conformidad con los Pliegos del Acuerdo marco de suministro anteriormente referido o, subsidiariamente, se acuerde la exclusión de la oferta de Pfizer Gep, S.L.U., con retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la admisión de las propuestas, procediendo a la declaración de desierto del lote 13 del referido Acuerdo marco. Solicita asimismo la práctica de prueba que acredite el cumplimiento del requisito discutido por ambas licitadoras.

El 6 de junio 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, Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP), de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

Cuarto.- 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, habiendo recibido el 25 de junio de 2018 las formuladas por Pfizer Gep, S.L.U., oponiéndose al recurso por falta de fundamentación, al estar acreditado, según afirma, el cumplimiento del requisito exigido en el Pliego, la ausencia de látex en el producto ofertado, y debidamente certificado en el trámite de subsanación. Aporta además en fase de recurso un certificado adicional, que fue emitido en fecha 20 de mayo de 2016, por parte de la fabricante de inyectables genéricos Hospira Zagreg d.o.o., en el que se indica que el envase empleado en los productos ofertados por PFIZER, Hospira Nivestim 12 MU/0.2 ml solución inyectable/perfusión; Nivestim 30 MU/0.5 ml solución inyectable/perfusión; y Nivestim 48 MU/0.5 ml solución inyectable/perfusión, no contienen látex (caucho natural) en su formulación.

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, el Acuerdo de fecha 25 de abril de 2018, por el que se declara la exclusión de Accord fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 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 13 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 25 de abril de 2018, publicado en el Portal de la Contratación el 7 de mayo, sin que conste la notificación en tiempo en forma. Sin embargo la recurrente se da por notificada con su publicación, momento en que refiere tiene conocimiento del contenido del mismo, por lo que interpuesto el recurso, el 29 de mayo, el mismo se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles establecido para la interposición en 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.- El Tribunal debe pronunciarse en primer lugar sobre la celebración de la prueba solicitada por la recurrente en el supuesto de que fuera necesario respaldar que el medicamente objeto del suministro ofertado por Pfizer están certificado como exento de látex, como exige el PPT, consistente en admitir como prueba documental la Resolución de la Dirección General de Recursos Económicos del SERGAS, de 29 de julio de 2016, por la que se declara desierto ese contrato en la que ninguna licitadora, incluida Pfizer se pudo certificar “*una ausencia total de látex en el material de acondicionamiento, tal como se requería en el PPT*”.

El Tribunal, para acordar la resolución del recurso, ha considerado la documentación que obra en el expediente y la aportada por la recurrente, documentación que es coincidente con los datos obrantes en el expediente. El Tribunal considera que el recurso puede ser resuelto sin necesidad de nuevas pruebas, sin que resulte procedente admitir el otro medio solicitado, documental, que además no se revela como apto para lograr la convicción relativa a las características del producto a suministrar, puesto que la Resolución que se invoca como medio de prueba se dictó en el seno de una licitación distinta cuyos Pliegos no rigen en la que es objeto del recurso y respecto de la que han transcurrido dos años durante los cuales bien podría haber cambiado la composición del envasado del producto.

La prueba es un acto de instrucción del procedimiento consistente en la comprobación de los datos incorporados al expediente. Ha de versar sobre “los hechos relevantes para la resolución del recurso”. Su finalidad es provocar el convencimiento del titular de la competencia decisoria. Por tanto procedería la apertura de un periodo de prueba cuando no se tienen por cierto los hechos alegados por los interesados y consecuentemente no procede cuando los hechos son admitidos o reconocidos por las partes, o cuando los mismos encuentran soporte documental en el mismo expediente como ocurre en este procedimiento en que la documentación que se adjunta a la oferta, es suficiente para comprobar los hechos determinantes de la resolución que se adopte.

En consecuencia, este Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, de 2 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), deniega la realización del medio de prueba propuesto por considerarlo innecesario.

Sexto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de

licitación por “*no estar garantizada la ausencia absoluta de látex en el medicamento, su envase y material de acondicionamiento*”.

Alega la recurrente que a la vista del Informe técnico, se ha producido una clara desigualdad de trato entre los distintos licitadores contraria al principio de igualdad y al propio contenido de los Pliegos. Afirma que existen dudas fundadas y razonables de que la empresa Pfizer Gep cumpla el requisito “exención de látex” toda vez que en la licitación del Servizo Galego de Saúde de contratación para el suministro de Filgrastim, convocada mediante Resolución de la Dirección General de Recursos Económicos del SERGAS, de 29 de julio de 2016, se presentaron propuestas por parte de las mismas, tres empresas que han concurrido al lote 13 del presente Acuerdo marco, resultando excluida Pfizer porque aunque la empresa había declarado “*que los componentes del producto no contienen látex en contacto con el medicamento*”, el propio órgano de contratación ha comprobado que no se ha podido certificar “*una ausencia total de látex en el material de acondicionamiento, tal como se requería en el PPT*”, lo cual puso de manifiesto al órgano de contrato mediante escrito de 27 de abril de 2018.

El trato desigual y discriminatorio se basa en que ante un mismo incumplimiento del requisito exigido en la cláusula 2.1 del PPT sobre la ausencia total de látex una licitadora ha sido admitida una oferta (Pfizer) tras solicitar aclaraciones y otra excluida directamente (Accord).

Por su parte el órgano de contratación compara las declaraciones y demás documentación aportadas por ambas licitadoras y explica que:

- En su declaración Accord explicitaba: “*La solución inyectable no contiene ni ha estado en contacto con materiales de acondicionamiento ni equipos de fabricación que contengan látex. El protector de la aguja de la jeringa precargada contiene caucho natural seco (un derivado del látex)*”. Esta información se corrobora con las fichas técnicas aportadas por Accord (punto 4.4 de la ficha técnica).

- Pfizer declara: *“Todos los componentes de las jeringas precargadas, incluyendo el émbolo y el protector de las agujas de los medicamentos anteriormente mencionados están libres de partículas detectables de proteína de caucho natural seco/látex. Tienen, por tanto, ausencia de látex”*. No figura en su ficha técnica ninguna mención en cuanto a la presencia de látex, pero se ha verificado en el artículo titulado “Medicamentos con látex y alternativas en guía farmacoterapéutica” (Farm Hosp.2015; 39(1):44-58 – DOI:10:7399/fh.2015.39.1.7642), se incluye al medicamento Nivestim (ofertado por Pfizer G.E.P., S.L.U. en su licitación al lote 13) en el listado de especialidades con ausencia de látex confirmada.

Añade que, no obstante, posteriormente ante las dudas suscitadas por la empresa Accord Healthcare, S.L., sobre la validez de la declaración de ausencia de látex presentada por la empresa Pfizer G.E.P., S.L.U., se solicitó a esta última que aportara certificado firmado por el técnico responsable, que acredite que los medicamentos, su envase y material de acondicionamiento están totalmente exentos de látex, de acuerdo con el último párrafo del punto 2.1 del PPT; lo que cumplió aportando un nuevo certificado de la Directora técnica en el que afirma que *“Todos los componentes de las jeringas precargadas, incluyendo el embolo y el protector de las agujas de los medicamentos anteriormente mencionados están libres de partículas detectables de proteína de caucho natural, seco/látex. Tienen por tanto ausencia de látex según requiere el apartado 2.1 del pliego de prescripciones técnicas del expediente AM PA SUM 14/2017 Suministro de medicamentos (19 lotes) para los hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud”*.

Recuerda que los Pliegos no fueron impugnados y la reiterada doctrina sobre su carácter de ley y opone frente a la solicitud de la recurrente de exclusión de Pfizer que se basa en meras presunciones que no acreditan la existencia de tales incumplimientos, existiendo pronunciamientos previos de este Tribunal que reconocen que corresponde a la recurrente la carga de la prueba (Resolución 106/2013 y 101/2013).

Reitera la constatación del incumplimiento de la oferta recurrente que justifica su exclusión y solicita al Tribunal aprecie la existencia de temeridad y mala fe en la presentación del recurso, y acuerde la imposición de la multa correspondiente a la recurrente.

En sus alegaciones Pfizer ratifica lo manifestado por el órgano y recuerda la doctrina de los Tribunales especiales sobre la procedencia del trámite de subsanación de la documentación promovido por el órgano de contratación. Trae a colación la doctrina de los Tribunales especiales sobre la procedencia de dicho trámite, tal y como manifestaba el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 573/2016, de 15 de julio.

En cuanto al fondo del recurso, cabe comenzar recordando que el 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 en tanto han sido no impugnados, se constituyen en ley del contrato ex artículo 145 del TRLCSP. 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 PCAP remite al PPT y este exige entre otros requisitos *que “Los medicamentos, su envase y material de acondicionamiento deberán estar totalmente exentos de látex, facilitando el certificado correspondiente”*.

Consta en el expediente el requerimiento realizado por el órgano de contratación a Pfizer *“Con el fin de aclarar las dudas surgidas ante las alegaciones presentadas por varios licitadores (...)”, de aportación de documentación acreditativa del cumplimiento de la exigencia.*

En cuanto a la posibilidad de subsanación se debe partir del criterio declarado por el Tribunal en reiteradas ocasiones, valga por todas la Resolución 31/2018 de 24 de enero, según el cual *“(...) el límite para el antiformalismo del procedimiento viene dado por el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma, por ejemplo, la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el cumplimiento de determinados requisitos, por ejemplo, constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos.*

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativo de 15 enero 1999, RJ 1999\1312, dice que: “El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 (RCL 1965\771, 1026 Y NDL 7365), así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que,

como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 (RJ 1972\2872), 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6617) y 19 de enero de 1995 (RJ 1995\546) Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8^a) Sentencia de 3 marzo 2010. F.J. cuarto, STS 26 de enero de 2.005 (R.J 2005\1452)”.

Así según establece el artículo 84 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”“.

Ante la ausencia del certificado exigido en el PPT, habiendo declarado Pfizer coherentemente el exacto cumplimiento del requisito objeto de la impugnación y aun existiendo literatura científica que lo corrobora, teniendo en cuenta la duda manifestada por Accord y a fin de garantizar la igualdad de trato, el órgano de contratación solicitó la oportuna subsanación a Pfizer. Dudas que no se plantean en el caso de la recurrente ya que Accord expresamente declara “*El protector de la aguja de la jeringa precargada contiene caucho natural seco (un derivado del látex)*”, lo que supone un reconocimiento expreso de su incumplimiento.

No apreciando el Tribunal trato discriminatorio en la actuación del órgano y habiendo quedado acreditado que la oferta de Accord no cumple todos los requisitos exigidos, solo cabe concluir que la exclusión acordada es conforme a derecho.

Igualmente, habiendo acreditado Pfizer en esta licitación que el medicamento ofertado (FILGRASTIM) cumple el requisito “exento de látex” mediante declaración responsable y posterior certificación en los términos requeridos por el PCAP y por el órgano de contratación, se debe desestimar la solicitud de exclusión de la licitación.

Séptimo.- Solo resta pronunciarse sobre la solicitud del órgano de contratación de imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP por mala fe y temeridad en la interposición del recurso.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “*cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita*”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, “*la contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación*”. La Sentencia número 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “*ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita*”.

A la vista del contenido del recurso, se observa que la recurrente formalmente fundamenta sus pretensiones, aunque de manera errónea, ya que se basa en unos hechos y fundamentos producidos en una licitación precedente promovida por otro órgano contratación cuyos Pliegos no vinculan en este caso y por unas

circunstancias que en el caso presente han sido debidamente subsanadas. Por tanto no existe evidencia de un abuso del derecho en la interposición del actual recurso.

En consecuencia, no procede imponer la sanción prevista en el artículo 58 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.C.G., en nombre y representación de Accord Healthcare, S.L., contra el Informe técnico de inclusión de empresas licitadoras en el procedimiento Acuerdo marco para el suministro de medicamentos (19 lotes) para hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud, número de expediente: PA SUM 14/2017.

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.- 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.