

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

En Madrid, a 30 de julio de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.R.O., en nombre y representación de Labiana Pharmaceuticals, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 26 de junio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro de tiras reactivas para la detección de niveles de glucemia capilar con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud y Centros de Atención Primaria”, número de expediente: PA SUM- 24/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 22 y 24 de enero de 2018, se publicó respectivamente en el portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, la convocatoria para la licitación del acuerdo marco de suministro de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en lotes y un valor estimado de 57.623.186,04 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) exige como requisitos acumulativos de solvencia técnica la relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, muestras y certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos. El concreto nivel de solvencia exigido respecto de la relación de los principales suministros es *“Experiencia en la realización de trabajos o suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, que se acreditará mediante la relación de los trabajos o suministros efectuados por el interesado en el curso de los cinco últimos años, avalados por, al menos, tres certificados de buena ejecución, y el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a la anualidad media del importe del contrato”*.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron once empresas una de ellas la recurrente.

Con fecha 27 de febrero de 2018 se reúne la Mesa de Contratación para la Apertura del sobre nº 1 de documentación administrativa del Acuerdo Marco, resultando que al haber utilizado el DEUC varias empresas entre ella la recurrente, su admisión queda condicionada hasta que se efectúe requerimiento de la documentación.

El día 16 de mayo de 2018 se reúne de nuevo la Mesa, se requiere a los licitadores que han presentado declaración responsable para participar en el procedimiento, conforme al formulario normalizado “Documentos Europeo Único de Contratación” (DEUC), para que aporten la documentación justificativa del cumplimiento de criterios de solvencia económica y criterios de solvencia técnica requeridos en el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP. Reunida la mesa de contratación el 15 de junio de 2018, para examinar dicha documentación, requirió,

entre otras, a la empresa Labiana Pharmaceuticals, para que subsanara la documentación acreditativa de su solvencia, señalando respecto de la solvencia técnica: *“los 3 certificados que aportan no definen el tipo de productos relacionados con el objeto del contrato según se indica en el Artículo 77.1.a).”*

Mediante escrito de fecha 21 de junio 2108 Labiana presentó alegaciones frente al requerimiento de subsanación efectuado, que acompaña a su escrito de recurso, si bien no se ha remitido por el órgano de contratación como integrante del expediente de licitación en el que manifiestan que:

- No se entiende que después de 9 actas donde hemos pasado todas las fases, incluida la justificación de la oferta económica que nos pidan que detallemos los 3 certificados aportados.
- No se entiende que una vez justificada nuestra solvencia hayan abierto las plicas de las ofertas económicas de todos los seleccionados siendo Labiana la que ha presentado la oferta más económica con un 18% de diferencia respecto al segundo candidato.
- No han recibido ninguna notificación por escrito vía email/ faz de esta petición, como otras veces, solo hemos tenido esta mañana para poder enviar la subsanación una visto lo publicado en el tablón de anuncios del SERMAS.
- Respecto de la documentación presentada señala que es suficiente ya que según las bases administrativas cumplen con el suministro sucesivo del mismo tipo o naturaleza., si bien aporta certificados de ACON USA como partner exclusivo de Labiana, y termina solicitando que se tenga por presentado el escrito y los documentos que acompaña admitiendo su oferta *“al resultar plenamente acreditada la solvencia técnica exigible”*.

El 26 de junio de 2018 la Mesa de contratación considera no subsanados los defectos padecidos en la acreditación de la solvencia técnica y excluye a la empresa Labiana Pharmaceuticals del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco, lo que se publicó en el Portal de contratación Pública de la Comunidad de Madrid, recociendo la recurrente que ha tenido conocimiento de esta circunstancia el 30 de junio de 2108.

**Tercero.-** Con fecha 9 de julio de 2018, se recibió en este Tribunal escrito solicitando la adopción de medidas provisionales, que fueron denegadas mediante Acuerdo de 18 de julio de 2018.

Con fecha 17 de julio de 2018, Labiana Pharmaceuticals interpuso recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco de referencia, que lo comunicó al órgano de contratación al día siguiente requiriéndole para que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 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) , remitiera copia del expediente administrativo, y su informe preceptivo, lo que verificó el 27 de julio de 2018.

**Cuarto.-** No se ha concedido plazo para formular alegaciones ya que no se van a tener en cuenta otros hechos y ni otras alegaciones que las que ha realizado la recurrente o constan en el expediente administrativo, en virtud de lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el 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, la Resolución por la que se excluye a la recurrente del Acuerdo

Marco, de fecha 26 de junio de 2018, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una licitadora excluida del procedimiento de licitación, *“cuyos derechos o intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectado, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto de recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de un acuerdo marco de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2. b) de la LCSP.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición, la Resolución fue adoptada el día 26 de junio, respecto de la que la recurrente aduce que tuvo conocimiento de la misma el día 30 de junio, sin que conste en la documentación remitida a este Tribunal que la Resolución le haya sido notificada, por lo que el recurso interpuesto el día 17 de julio lo ha sido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP, por lo que el recurso especial se planteó en tiempo y forma.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar si la subsanación efectuada por la recurrente de los requisitos de solvencia técnica exigidos lo fue adecuadamente siendo por tanto incorrecta su exclusión del procedimiento de licitación.

Debemos partir para analizar todos los incumplimientos alegados del carácter de los pliegos como *lex contractus* en la licitación, de manera que 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 términos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los Pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Como se ha recogido más arriba el nivel de solvencia técnica exigida a los licitadores se corresponde con la anualidad media del importe del contrato en el año de mayor ejecución, acreditada mediante al menos, tres certificados de buena ejecución, de trabajos o suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, siendo precisamente esta última condición la de la correspondencia con el objeto del contrato, la que la Mesa de contratación no considera acreditada.

En este caso el objeto del Acuerdo marco es el suministro de tiras reactivas para la detección de niveles de glucemia capilar que además lleva implícito la aportación de los aparatos que realizan la determinación y expresión de los resultados obtenidos mediante esta técnica y de los dispositivos de punción para pacientes y profesionales que lo realizan.

La documentación aportada por la recurrente para acreditar inicialmente su solvencia consistía en una declaración firmada por la Directora General Adjunta de Labiana el 25 de mayo de 2018, en la que incluye una relación de facturación de los principales suministros efectuados por Labiana en los 5 últimos años indicando importe fechas y destinatario privado y 3 cartas de buen suministro, siendo el importe acumulado del año de mayor ejecución 17.273.466 euros. Asimismo se aporta desglose de esta cantidad en los suministros efectuados a las empresas MEDA BD, Grupo Menarini, Ferrer internacional, y Boheringer Ingelheim.

En cuanto a las cartas aportadas de correcto suministro desde el año 2013 a 2017 por Diafarm Laboratorios, por Profármaco y desde el 2012 a 2017 por Laboratorios Rubió S.L., si bien en ninguno de ellas se especifica el tipo de producto suministrado limitándose a señalar que se ha realizado con toda corrección y normalidad el suministro de “*diferentes productos*”.

Posteriormente en respuesta al requerimiento efectuado el 15 de junio de 2018 aporta declaración responsable indicando que Labiana es partner exclusivo para España y otros mercados certificando la cifra de negocio de los tres últimos años en tiras reactivas en concreto (glucose strip Q) indicando a continuación las cifras de facturación en dólares de los años 2015 a 2017, en determinados suministros a entidades en Malta, Finlandia, Portugal y España.

Asimismo aporta certificados firmados por Know How (Portugal), Ekoweb Ltd, y Cherubino Ltd, (Malta) fechados el 11 y 12 de julio de 2018, a favor de ACON Laboratories, que se refieren a la buena ejecución del suministro de “tiras reactivas” si bien ninguno de ellos indica que se trata de pruebas de glucosa.

En primer lugar debe señalarse que tanto el requerimiento de subsanación como el acto de exclusión de la oferta de la recurrente se limitan a señalar que “*los 3 certificados que aportan no definen el tipo de productos relacionados con el objeto del contrato según se indica en el Artículo 77.1.a).*” De esta forma a la vista de la documentación al no concretarse nada más en el informe remitido este Tribunal considera que el defecto concreto que pudo tener en cuenta la mesa de contratación es que en las cartas de buen suministros se especifica que se trata de tiras reactivas pero no de un test de glucosa, ya que el número de cartas de entidades privadas es correcto. Si bien es cierto que cada una de las cartas individualmente consideradas no permite contrastar que el objeto del suministro sean tiras reactivas para realizar test de glucosa, lo cierto es que en la declaración de la cifra de negocio de los cinco últimos años expedida por ACON constan los mismos destinatarios de las cantidades facturadas que emiten las cartas de conformidad y que en este último documento si

se especifica que los suministros eran del producto tiras reactivas de para test de glucosa como consta en su título “Confirmation of Guucose Test Srip Clients in Europe”.

Considera este Tribunal que aunque las cartas de buena ejecución no precisan el objeto de los suministros efectuadas, la apreciación combinada de los distintos documentos aportados permite tener por cierto el volumen de negocio en suministro de tiras reactivas para test de glucosa y sus destinatarios por lo tanto las cartas de buena ejecución de los mismos deben ser consideradas a efectos de valorar la solvencia. La exclusión de la oferta atendiendo a la falta de concreción referida constituye a juicio de este Tribunal un excesivo formalismo, incompatible con los principios que deben regir la licitación pública, especialmente el de eficiencia.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, interpuesto por don M.R.O., en nombre y representación de Labiana Pharmaceuticals, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 26 de junio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro de tiras reactivas para la detección de niveles de glucemia capilar con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud y Centros de Atención Primaria”, número de expediente: PA SUM- 24/2017, anulando su exclusión.

**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.