

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.L.G. y doña A.M.C., en nombre y representación de Zambon, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “(FAR) PACP 2017-1-3, suministro de medicamentos varios a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio, con destino al Hospital Universitario de Getafe”, respecto del Lote nº 1, 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 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.- Con fecha 11 de agosto de 2017, la empresa ZAMBON, S.A.U. presenta recurso especial en materia de contratación, por entender que los pliegos son contrarios a Derecho y deben ser anulados, en el recurso solicita se acuerde:

“i. La configuración de un lote para la adquisición de colimestato sódico presentado con nebulizador de liberación adaptada al patrón respiratorio del paciente.

ii. La configuración del procedimiento sobre la base de una pluralidad de criterios de adjudicación que vayan más allá del precio pues, superada ya ésta preceptiva, deviene necesario incluir, en la valoración de las ofertas, nociones que hagan alusión a la calidad o a la relación coste-eficiencia de las ofertas.

iii. La anulación del requerimiento de una “Solicitud de Participación” para concurrir a la convocatoria”.

El recurso había sido anunciado el órgano de contratación el día anterior.

El 16 de agosto, 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).

Tercero.- Con fecha 6 de septiembre, el Tribunal acordó denegar la suspensión de la tramitación del referido expediente de contratación.

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 potencial licitadora *“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 de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la publicación tuvo lugar en el DOUE el 22 de julio y en el Portal de Contratación Pública el 9 de agosto, siendo interpuesto el recurso el 11 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Como primer motivo de recurso se expone que la cláusula 1 del PCAP describe el lote 1: “*colistimetato*”. Por su parte el PPT especifica que se trata de dos números de orden, el nº 1 “*colistimetato de sodio 1 MUI VIAL*” y el nº 2 “*colistimetato de sodio 2 MUI VIAL*”.

El precio unitario máximo de licitación es en el primer caso 4,547000 y en el segundo 9,094000 euros.

Alega la recurrente que la configuración del lote 1 conculca los principios de concurrencia, igualdad de trato y salvaguardia de la competencia en el procedimiento de contratación. Expone que el colistimeta de sodio, se administra en forma de inhalación para tratar infecciones respiratorias crónicas. *“Esta determinación, que pudiera parecer trivial, es de fundamental incidencia, pues implica que el colimestato de sodio requiere, para ser administrado, de un nebulizador, esto es, el colimestato de sodio es un antibiótico específicamente preparado para su utilización nebulizada. Un nebulizador es un dispositivo utilizado para administrar soluciones o suspensiones de fármacos vía inhalatoria (como el colimestato de sodio) a través de una mascarilla o de una boquilla, siendo el objetivo liberar una dosis determinada de un fármaco en forma de partículas respirables.”*

(...) Prosiguiendo con la fundamentación basal que se aborda, debe explicitarse también que, actualmente, son varios los operadores de mercado que

comercializan colimestato de sodio, evidentemente, todos ellos, por medio de una presentación inhalada - según se ha expuesto-. Así las cosas, ocurre que los nebulizadores presentes en el mercado son, en términos generales, de similares características. Así, estos dispositivos para la administración del medicamento operan por medio de la liberación constante del principio activo y "generan el aerosol de manera continuada, tanto en inspiración como en espiración. Durante la fase espiratoria se va a perder hacia el ambiente casi un 70% del volumen de líquido a nebulizar, lo que presenta un claro perjuicio económico y un riesgo de contaminación para las personas cercanas. Pues bien, a la luz de cuanto antecede, ZAMBON, S.A.U., desarrolló un nebulizador que pretende aminorar las adversidades tradicionalmente predicadas de los nebulizadores, según se ha expuesto.

(...).

Pues bien, como de inicio se indicó, la configuración del lote plasma un precio unitario máximo de licitación de 2'8654 €, por cuanto no se ha tenido en cuenta la presentación del medicamento de ZAMBON, S.A.U., siendo así que la definición del lote se configura, para esta empresa, de forma excluyente. No puede ZAMBON, S.A.U., concurrir a la licitación con el precio indicado ya que, el mismo, no se corresponde con las premisas de su producto y concurrir en esos términos sería tanto como vender a pérdidas. Una configuración adecuada del expediente de contratación pasaría por habilitar la apertura a la concurrencia del mismo, posibilitando que ZAMBON, S.A.U., pueda ofertar un producto acorde a los máximos estándares de eficiencia y calidad en el mercado”.

El informe del órgano de contratación argumenta que “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 solo 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 solo 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”.

Por otro lado, añade que el precio de licitación que se indica en el recurso (2,8654 €) no figura en el expediente, es el precio establecido en el Acuerdo Marco recurrido anteriormente, y que fue objeto de la Resolución 3/2017 de ese Tribunal.

En este expediente se recogen los siguientes precios: N° Orden 1 Colistimetato de sodio 1 MUI VIAL 4,547000 euros. N° Orden 2 Colistimetato de sodio 2 MUI VIAL 9,094000 euros. *“Estos precios son de mercado, muy superiores a los del Acuerdo Marco referido, para facilitar la participación de licitadores, no es un motivo tampoco de exclusión”.*

La resolución de este motivo de recurso está estrechamente vinculada al que será objeto de análisis en el siguiente fundamento de derecho, la adecuada división del contrato en lotes.

La cuestión planteada aquí es distinta de la que se contempla en la Resolución 3/2017 de 11 de enero, citada por el órgano de contratación.

La descripción del lote 1, en este caso, hace referencia a un medicamento intiinfeccioso, utilizable solo por vía parenteral y de ahí que indique el vial como única forma de presentación y no se contempla la utilización inhalatoria que sí se había incluido en el acuerdo marco impugnado en la Resolución citada. Señala el órgano de contratación que esa presentación inhalatoria del principio activo no forma parte de este expediente.

De acuerdo con el artículo 22.1 del TRLCSP, “*Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*”.

Por tanto, le corresponde al órgano de contratación determinar sus necesidades y organizar los suministros y su contratación en función de ellas. En este caso se ha optado por incluir solo una de las formas de presentación del principio y no se evidencia que con ello se limite la concurrencia puesto que existen posibles licitadores.

Por lo que se refiere a los precios máximos de licitación, efectivamente es errónea la cantidad indicada por la recurrente, siendo superior la que se incluye en los Pliegos impugnados que además no contemplan la presentación con inhalador, que al parecer es la que justifica un precio superior.

Por todo ello, debe desestimarse el motivo de recurso.

Sexto.- En segundo lugar se cuestiona la adecuada división del contrato en lotes. En concreto la recurrente solicita “*la debida configuración de los lotes del procedimiento que han de quedar divididos, en promoción de la concurrencia, a la luz misma de las opciones que el mercado presenta para con la satisfacción de las necesidades mismas que justifican la puesta en marcha del procedimiento de contratación*”.

El informe del órgano de contratación argumenta que “*Todos los lotes del expediente son principios activos distintos susceptibles de utilización o aprovechamiento separado. No presenta el expediente agrupaciones artificiosas*

buscando poner trabas a la concurrencia de licitadores. Aunque hay una somera justificación en la propuesta de adjudicación existente en la documentación del expediente, la división establecida en el expediente corresponde con una relación de productos con el consumo suficiente como para ser objeto de expediente de contratación abierta, pero no recoge con carácter exhaustivo todas las posibles presentaciones de los principios activos objeto de este expediente de contratación. En particular, el colistimato de sodio (polvo para solución para inhalación por nebulizador) deberá ser objeto de otro expediente de contratación, según nuestro plan de contratación, ya que sí tiene un consumo suficiente para ello. Actualmente lo estamos adquiriendo a la empresa recurrente. Como es un producto declarado EXCLUSIVO por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad de Madrid, tal como puede comprobarse en el Portal Corporativo de la misma (ASISTENCIA SANITARIA, FARMACIA, Compras, Med. Exclusivos), en el que se registra con el Código Nacional 650255, Principio Activo Colistimato de Socio (Colistina), Cód. SNOMED 13701000140102, con la Descripción: Colistimato de sodio 1.000.000 UI inhalación pulmonar y nombre comercial PROMIXIN, el expediente de contratación será por PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD POR EXCLUSIVIDAD.”

Teniendo en cuenta las alegaciones del órgano de contratación y que el lote 1 solo incluye el principio en presentación de vial, no se evidencia el perjuicio que puede causarle a la recurrente la división en lotes prevista en el Pliego ya que el producto que comercializa será objeto de otra licitación.

En consecuencia, se desestima el motivo de recurso.

Séptimo.- Como siguiente motivo de recurso se invoca la improcedencia de utilizar un solo criterio, el precio.

Argumenta la recurrente que el objeto de la contratación lo constituyen unos medicamentos altamente complejos tanto en su configuración y dispensación como en el método de fabricación y que el propio PCAP reconoce explícitamente esta

complejidad por lo que no resulta posible en aplicación del artículo 150 del TRLCSP utilizar como único criterio el precio.

El informe del órgano de contratación sostiene que *"El artículo 150 del TRLCSP, en el punto 1, establece que, cuando se utilice un solo criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo. En su punto 3, apartado f; establece que en los contratos de suministros deberá haber pluralidad de criterios salvo si los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados. En nuestro caso, nos encontramos con productos perfectamente normalizados, teniendo en cuenta su utilización vía intravenosa, autorizados por la AEMPS en base al principio activo del que se componen, no sujetos a discrecionalidad por parte del solicitante ni del ofertante y por lo tanto amparados por dicho punto 1 del artículo 150, del TRLCSP. No se puede valorar nada del producto, a excepción de su precio".*

Considera el Tribunal que en el caso de los suministros es esencial para que pueda utilizarse el criterio precio que los productos estén normalizados en cuanto a sus propiedades y características y no se incluya ninguna prestación accesoria que pueda ser objeto de valoración.

En este caso, los medicamentos objeto del contrato, por muy compleja que sea su fabricación o dispensación, aparecen perfectamente definidos, son productos previamente autorizados con unas propiedades y características fijadas de antemano por la Administración competente, por lo que parece adecuada la utilización del precio como único criterio de adjudicación, en aplicación del artículo 150.3 f del TRLCSP.

Por lo tanto debe desestimarse el recurso por este motivo.

Octavo.- Obligatoriedad de remisión de una solicitud de participación, aun tratándose de un procedimiento abierto de licitación.

Se alega en el recuso que el PCAP, en el Anexo “Nota Informativa” del mismo se indica: “6. Se deberá presentar solicitud de participación, según modelo. Incluirlo en el sobre 1 A”. “Apréciense que, como requerimiento necesario para entrar a formar parte del elenco de licitadores que optarán a la adjudicación, se establece que los interesados habrán de remitir una Solicitud de Participación conforme al modelo establecido en el Anexo correspondiente del PCAP”.

Considera la recurrente que en todo procedimiento abierto cualquier empresario interesado podría remitir una oferta sin necesidad de hacer una previa solicitud que por otro lado no viene incluida en el PCAP. Por lo que debe anularse la exigencia incluida en el mencionado Anexo.

Al respecto el informe del órgano de contratación indica que, “*Por su detalle se ve claramente que son datos para facilitar el contacto y la comunicación entre la empresa y el órgano de contratación. Su no presentación no implica exclusión del procedimiento de contratación. En ningún punto del clausulado de los pliegos del expediente se indica este hecho como motivo de exclusión*”.

Entiende este Tribunal que si se trata únicamente de un documento informativo que no impide la licitación, puede admitirse su inclusión como medio para facilitar la comunicación con la empresa pero en todo caso la no inclusión en el sobre no puede tener más consecuencia que solicitar esos datos a la empresa licitadora, siempre que no se encuentran recogidos en la restante documentación.

Por tanto debe desestimarse el motivo de recurso.

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 E.L.G. y doña A.M.C., en nombre y representación de Zambon, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “(FAR) PACP 2017-1-3, suministro de medicamentos varios a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio, con destino al Hospital Universitario de Getafe”, respecto del Lote nº 1.

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.