

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

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.G.N., en nombre y representación de Tedec-Meiji Farma S.A., contra la Resolución del Gerente del Hospital de Fuenlabrada, por la que se adjudica el contrato de suministro de jeringas precargadas de ácido hialurónico o hialuronato sódico para el Hospital Universitario de Fuenlabrada, expediente SUM 18/012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16, 20 de febrero y 2 de marzo de 2018, respectivamente, se publicó en el DOUE, el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 326.700 euros.

Interesa destacar que la cláusula 1.8 del pliego de cláusulas administrativas (PCAP) establece los criterios de adjudicación del contrato, asignando 70 puntos al precio y 30 puntos a otros criterios valorables de forma automática, calidad técnica de la oferta, de la siguiente forma:

Nº LOTE	ITEMS		PUNTUACIÓN
1	Tecnología Nasha (ácido hialurónico estabilizado de origen no animal)	SI	15 puntos
		NO	0 puntos
	Duración acreditada del efecto clínico en pacientes de 12 meses	SI	15 puntos
		NO	0 puntos

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

Tras la oportuna tramitación el 5 de julio de 2018, se dicta Resolución del Director Gerente del Hospital, por la que se adjudica el contrato a favor de la empresa Laboratorios Fidia Farmacéutica S.L., por haber obtenido la mayor puntuación. En segundo lugar queda clasificada Tedec-Meiji Farma.

Dicha Resolución se notifica a la recurrente el 10 de julio de 2018. Según figura en el cuadro resumen de valoración de los criterios de adjudicación, que acompaña a la notificación Tedec-Meiji Farma, ha obtenido 70 puntos en la oferta económica y 15 puntos en la calidad técnica.

Tercero.- El 19 de julio de 2018, la representación de Tedec-Meiji Farma presenta ante el órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del referido contrato, de conformidad con el artículo 51 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).

En el recurso alega que a pesar de no haber obtenido los 30 puntos de calidad técnica, el producto ofertado *Adant One*, *“tiene un trabajo realizado en un Hospital público español con 146 pacientes y seguimiento de un año. Se trata de una comparativa del número y coste de visitas en 146 pacientes consecutivos, entre la utilización de hialuronato sódico anual frente al hialuronato sódico de corta duración en artrosis de rodilla. (Se adjunta trabajo como Documento 3). Que para*

acreditar los criterios de valoración automática Tedec-Meiji Farma, adjuntó en su documentación un certificado del producto, de obtención por Biotecnología y el trabajo anteriormente descrito". Finalmente añade que "en los criterios de valoración automática se solicita acreditar el efecto clínico en pacientes de 12 meses, pero en ningún momento se indica o se exige de qué manera acreditarlo, no se solicita la presentación de ningún documento concreto para esta circunstancia".

Por todo ello solicita la anulación de la Resolución de adjudicación y que se dicte una nueva en la que se le otorguen los 15 puntos del criterio objetivo correspondiente al efecto clínico.

Con fecha 24 de julio de 2018, se remite a este Tribunal el recurso, copia el expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, y en el que solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán posteriormente.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado escrito Laboratorios Fidia Farmacéutica oponiéndose el recurso al considerar que el estudio aportado por la recurrente para acreditar el criterio marca criterios económicos más que de eficacia y duración clínica.

Quinto.- Con fecha 30 de julio de 2018, el Tribunal ha acordado mantener la suspensión del expediente de contratación.

Sexto.- Por Resolución 9/2018, de 30 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se prevé la suspensión de los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2018, sin perjuicio de la posibilidad de resolver de forma extraordinaria en los casos de urgencia.

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, 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 de adjudicación fue adoptada el 5 de julio de 2018, con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Tedec-Meiji Farma S.A., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“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.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro de importe superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1 a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la Resolución de adjudicación se produjo el 5 de julio de 2018, siendo notificada el día 10 de julio, por lo que el recurso que tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el día 19 de julio, se interpuso en plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El recurso alega que la oferta presentada acreditó suficientemente el cumplimiento del criterio de eficacia clínica y aporta junto con su recurso un documento, que aportó en su día junto con su oferta y que consta de una sola página, titulado: *“COMPARATIVA DEL NÚMERO Y COSTE DE VISITAS, ENTRE LA UTILIZACIÓN DE HIALURONATO SÓDICO ANUAL FRENTE AL HIALURONATO SÓDICO DE CORTA DURACIÓN EN ARTROSIS DE RODILLA”*

El órgano de contratación opone que *“la farmacéutica encargada de realizar el informe, otorga a la recurrente en relación a la valoración de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas la puntuación de 0 puntos en el ítem ‘Duración acreditada del efecto clínico en pacientes de 12 meses’ en base a lo siguiente en la Comparativa del número y coste de visitas presentada por la recurrente como doc 3, no hace mención alguna al producto en sí. Desde el punto de vista formal adolece dicha comparativa de una potente calidad metodológica. Desde el punto de vista técnico, la bibliografía adjunta no aporta una evidencia científica sólida que avale los resultados que han obtenido, por los siguientes motivos:*

1. En el estudio presentado no se referencia el producto del laboratorio que presenta el recurso.

2. El estudio presenta una metodología claramente deficiente:

El estudio no plantea evaluar la efectividad del producto a los doce meses.

Pretende comparar número y coste de visitas entre la utilización de dos presentaciones, una de administración anual frente a otra de corta duración, tal y como se detalla en el objetivo.

El diseño del estudio no está descrito. En publicaciones científicas se considera fundamental definir el tipo de estudio para poder responder a los objetivos que se plantean y obtener unos resultados concluyentes.

No se miden ni especifican en el estudio las variables de efectividad y seguridad para evaluar la respuesta al tratamiento y la necesidad de una nueva administración.

En este tipo de estudios se deben emplear escalas validadas y objetivas para evaluar el dolor y por tanto la respuesta al tratamiento (Escala Visual Analógica, índice de Womac).

No existe grupo control. El estudio se lleva a cabo en un solo grupo de pacientes que reciben el tratamiento anual, y se hace una comparación hipotética con ese mismo grupo, suponiendo un número medio de infiltraciones con la presentación de corta duración.

No se indican criterios de inclusión y exclusión de los pacientes en el estudio, lo que afecta a la validez externa (aplicabilidad de los resultados a nuestra población)”

Debemos partir de la base de que los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

En este caso el Pliego no establece de qué forma debe acreditarse el criterio de valoración correspondiente a la duración del efecto clínico en pacientes 12 meses, ni se indica en el apartado de documentación técnica que se deba aportar un estudio clínico al efecto, por lo que en principio no puede puntuarse con cero puntos una acreditación que al parecer se considera insuficiente.

El artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables, establece que si la mesa observase defectos u omisiones subsanables de la documentación lo comunicará a los interesados concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para la subsanación

Como ha señalado el Tribunal en varias Resoluciones, entre otras la 223/2016 de 26 de octubre y el también el TACRC en la Resolución 614/2013, de 13 de diciembre, *“la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que “excepcionalmente, los*

datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta". Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas". De manera que la subsanación no puede servir de base para modificar las características o el producto a suministrar de tal manera que suponga una nueva oferta.

En este caso si la Mesa de contratación o los técnicos evaluadores, consideraron que la documentación aportada era insuficiente para pronunciarse sobre el cumplimiento del criterio establecido en el Pliego, se debería haber otorgado el plazo correspondiente para efectuar una aclaración o completar el documento presentado, sin posibilidad de modificar la oferta.

Es de destacar además que el informe técnico de valoración de los criterios objetivos que consta en el expediente, carece de motivación y solo recoge las puntuaciones otorgadas.

Por todo ello, a juicio de este Tribunal, en el caso planteado, ante la falta de precisión del Pliego en cuanto a la forma de acreditación de los criterios objetivos, la mesa debió otorgar a la recurrente un plazo de aclaración de su oferta previo a la valoración de la misma por lo que debe estimarse el recurso.

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 R.G.N., en nombre y representación de Tedec-Meiji Farma S.A., contra la Resolución del Gerente del Hospital de Fuenlabrada, por la que se adjudica el lote 1 del contrato de suministro de jeringas precargadas de ácido hialurónico o hialuronato sódico para el Hospital Universitario de Fuenlabrada, expediente SUM 18/012, anulando la adjudicación recaída y retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las ofertas, otorgando a la recurrente el plazo previsto para la presentación de las aclaraciones que se consideren necesarias sobre el estudio del efecto clínico aportado.

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.