

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por don J.M.C., en nombre y representación de GE Healthcare Biosciences, S.A.U. (en adelante GEHC), contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre (HUDO), por la que se adjudica el lote 1 del contrato de “Suministro de medios de contraste para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, dividido en seis lotes, número de expediente: 2019-0-05, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de abril de 2019 se publicó en el Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria de licitación del contrato de suministro de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, todos ellos de evaluación automática mediante la aplicación de cifras o formulas. El valor estimado del contrato asciende a 2.309.310,46 euros, con un plazo de duración de 12 meses prorrogable hasta un máximo de 24.

Segundo.- A la convocatoria del contrato se han presentado cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

El 21 de junio de 2019 el órgano de contratación adjudica el lote 1 del contrato de suministro de medios de contraste a Bayer Hispania, S.L. (en adelante Bayer), a propuesta de la Mesa de contratación de 29 de mayo, Resolución publicada el 1 de julio de 2019 en el Perfil de Contratante.

Tercero.- Con fecha 18 de julio de 2019, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de GEHC contra la adjudicación del contrato de suministro de referencia, solicitando que se anule la Resolución de adjudicación del lote 1 y se retrotraigan las actuaciones procediéndose a nueva valoración de las ofertas presentadas por Bayer y GEHC. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

Cuarto.- El 29 de julio de 2019, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación junto al informe a que se refiere 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).

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al interesado el 31 de julio de 2019, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediendo plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. La adjudicataria presenta escrito el 6 de agosto, en plazo, recibido el 22 de agosto de 2019 en este Tribunal.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 1 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin

que los restantes lotes se vean afectados por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante, RPERMC), 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 en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

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.- Se acredita la legitimación de GEHC por tratarse de un licitador clasificado en segundo lugar para la adjudicación del contrato, que impugna las valoraciones efectuadas de los criterios de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que determina que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*.

Se acredita igualmente la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se plantea contra la adjudicación del lote 1 del contrato, en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación fue adoptado el 21 de junio de 2019, publicado el 1 de julio de 2019 y el recurso se presentó ante este

Tribunal el 18 de julio de 2019, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Por lo que respecta al objeto del recurso se impugna el acto de adjudicación del órgano de contratación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo de la impugnación la recurrente plantea que el órgano de contratación ha incurrido en errores en la valoración de los criterios objetivos de adjudicación de las ofertas presentadas, tanto de la adjudicataria como de GEHC.

A los efectos de la resolución del recurso resulta de interés la regulación de los criterios de adjudicación efectuada por el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) en el apartado 8 de la cláusula 1, y más concretamente de los cualitativos descritos en el punto 2:

“8.2 Criterio/s cualitativos:

8.2.1 Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

CRITERIOS DE VALORACION TECNICA..... Máximo 30 PUNTOS

LOTE 1: MEDIOS DE CONTRASTE NO IÓNICOS MONOMÉRICOS DE BAJA OSMOLARIDAD Y BAJA VISCOSIDAD PARA VÍA INTRAVASCULAR.

- Uso autorizado en adultos y pediatría: 15 puntos*
- Envase irrompible: 5*
- Presencia de código de barras en el acondicionamiento primario: 5 puntos*
- Colgador universal incorporado en envase con lectura de etiquetado en*

ambos sentidos: 5

(...)

8.2.2 Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: (no procede)”

En cuanto a la primera causa de impugnación relativa a la valoración de la oferta presentada por Bayer, la recurrente manifiesta que se produce un manifiesto

error en la ponderación *del “Uso autorizado en adultos y pediatría”* puesto que su producto no cumple con el requisito técnico y se le aplican los 15 puntos. La ficha técnica del producto no menciona su uso autorizado en pediatría, además en el apartado 4.2 de posología indica que no debe utilizarse en población menor de 18 años, porque no se han establecido su seguridad y eficacia clínica en dicho grupo. Por tanto, considera que la puntuación de Bayer en este criterio de valoración debe ser de 0 puntos, y no 15.

El órgano de contratación informa que dado que el PCAP no especifica las áreas en las que los medios de contraste debían poder ser utilizados, se consideró inicialmente por el Servicio de Farmacia que no podía atribuirse 0 puntos a Bayer, puesto que su producto es aplicable en menores de 18 años, pero sólo para urografía intravenosa. Con la interposición del recurso se comprueba la valoración con el criterio de Radiodiagnóstico, Servicio para el que se adquiere el producto, y se concluye que el criterio de mejora establecido en el PCAP trata de dar cobertura a diversas áreas en las que los medios de contraste son utilizados en Pediatría, como por ejemplo en TAC, que es su uso fundamental, siendo la urografía intravenosa un uso mucho más esporádico. Por tanto el HUDO entiende que este supuesto de impugnación debe ser estimado al no corresponderle al adjudicatario la atribución de los 15 puntos otorgados.

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones que como indica la ficha técnica su medicamento está autorizado en pediatría para la urografía intravenosa y que el criterio de valoración es que tenga un *“uso autorizado en adultos y en pediatría”*, demostrando las fichas técnicas de ambos productos que se pueden utilizar en adultos y en pediatría conforme a las indicaciones autorizadas en las mismas. Asimismo alega que la valoración de 0 puntos planteada por GEHC en este criterio de valoración, no sería admisible puesto que su medicamento está autorizado en adultos, y en niños para urografía intravenosa.

Este Tribunal en primer lugar ha de destacar que el criterio de adjudicación de valoración técnica, cuyo subcriterio se impugna, es de evaluación automática mediante aplicación de cifra, de conformidad con lo previsto en la cláusula 1.8.2 del PCAP *“Uso autorizado en adultos y pediatría: 15 puntos”*. Por tanto si el licitador cumple el requisito obtiene la puntuación y si no queda acreditado su cumplimiento no se puede ponderar este subcriterio.

De lo expuesto por las partes y vista la documentación que obra en el expediente queda acreditado que el adjudicatario no reúne el requisito a ponderar en su totalidad, por lo que a Bayer no le corresponde obtener los 15 puntos en litigio. Por otra parte, dado que el PCAP no ha previsto la desagregación del subcriterio en puntuaciones parciales, la mesa de contratación no puede modificar las condiciones de la licitación otorgando una puntuación distinta de 0 puntos. Para que pudiera ser admisible la obtención de una puntuación distinta a 15 o 0 puntos en este apartado, en el PCAP debería haberse indicado *“hasta un máximo de 15 puntos”* y haber recogido algún tipo de graduación con diferentes supuestos y su correspondiente puntuación parcial, de lo contrario el criterio dejaría de tener una evaluación automática para convertirse en juicio de valor, que no es admisible puesto que el apartado 8.2.2 de la cláusula 1 del PCAP que rige el contrato expresamente indica que *“no procede”*.

Por lo expuesto procede estimar este motivo de impugnación, debiendo modificar la valoración de Bayer en relación al citado subcriterio de adjudicación.

Sexto.- Respecto a la segunda cuestión planteada la recurrente manifiesta que el órgano de contratación ha cometido ostensibles errores en la ponderación de su oferta en dos de los subcriterios de valoración técnica, concretamente en: *“Presencia de código de barras en el acondicionamiento primario: 5 puntos”* y *“Colgador universal incorporado en envase con lectura de etiquetado en ambos sentidos: 5”*.

La recurrente alega que el producto ofertado incluye un código de barras en el acondicionamiento primario, tal y como exige el criterio de valoración, dado que el

código de barras EAN 13 se incluye en la caja del producto, en todas sus presentaciones, considerando la caja embalaje primario por tratarse de un producto (medicamento) que requiere estar protegido de la luz, por lo que la puntuación de GEHC en este criterio de debe ser de 5 puntos y no 0.

En cuanto al criterio relativo a colgador universal alega que en la etiqueta interior de los envases presentados se ve claramente; tanto el colgador integrado en la etiqueta como el texto en ambos sentidos (nombre, concentración y volumen de llenado), por lo que la puntuación de GEHC en este criterio debe ser de 5 puntos, y no de 0, concluyendo que debe recibir 10 puntos más a los otorgados resultando por tanto adjudicataria del lote 1.

Por su parte el órgano de contratación en relación con el criterio de valoración técnica relativo al código de barras informa que el artículo 2 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, define el “acondicionamiento primario” de un medicamento como el envase o cualquier otra forma de acondicionamiento que se encuentre en contacto directo con el medicamento por lo que en este caso el acondicionamiento primario sería el frasco y no la caja.

El HUDO respecto al criterio referido al colgador universal incorporado en envase informa que, comprobado el producto presentado por GEHC, cumple el requisito por lo que debió habersele asignado al recurrente los 5 puntos correspondientes.

Este Tribunal a la vista de las alegaciones formuladas por las partes y la documentación aportada considera que la oferta presentada por GEHC no cumple el criterio de adjudicación relativo al código de barras, considerando correcta la valoración efectuada por el órgano de contratación de 0 puntos, y por ello estima que procede la desestimación de la pretensión de GEHC relativa a este punto.

En cuanto al criterio referido al colgador universal queda acreditado que el recurrente cumple el criterio de adjudicación por lo que le corresponden 5 puntos en el citado subcriterio, procediendo la estimación de su pretensión en este punto.

Por todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso presentado por GEHC, anulando la adjudicación del contrato y retrotrayendo el procedimiento de adjudicación a la clasificación por la mesa de contratación de las ofertas presentadas, previa la correcta evaluación de los subcriterios mencionados de acuerdo con la ponderación expresada por este Tribunal en los fundamentos quinto y sexto de la presente Resolución.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.C., en nombre y representación de GE Healthcare Biosciences, S.A.U., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 1 del contrato de “Suministro de medios de contraste para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, dividido en seis lotes, número de expediente: 2019-0-05. Se anula la citada Resolución de adjudicación del lote 1, con retroacción de las actuaciones del procedimiento de adjudicación a la fase de valoración y clasificación de ofertas.

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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento del lote 1 del contrato prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.