

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

En Madrid, a 12 de enero de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ALTAN PHARMACEUTICALS, S.A., contra la Resolución, de 29 de noviembre de 2022, de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el Lote 3 y se excluye al recurrente del contrato de “Suministro de medicamentos antifúngicos y antibióticos con destino al servicio de farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente 2022-0-85 este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados el 2 de septiembre de 2022, en el DOUE, el 6 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 23 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.997.345,15 euros y su plazo de duración será de doce meses, con posibilidad de prórroga por un máximo de 60 meses incluida la misma.

A la presente licitación, en concreto al Lote 3, se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

**Segundo.-** Realizada la calificación de la documentación administrativa y la apertura del sobre que contiene la documentación técnica evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas, la Mesa de Contratación en su sesión celebrada el 26 de octubre de 2022 acuerda solicitar a ALTAN *“Aclaración con un informe adicional o declaración sobre las cámaras de inhalación para las presentaciones del Lote 3. Compromiso de aportar, con cada envase, un dispositivo nebulizador de mano eFlow® Rapid con membrana, según las especificaciones técnicas particulares para el Lote 3 del PPT”*.

En contestación al requerimiento presenta una aclaración, considerando el órgano de contratación que no cumple con el requisito de referencia por lo que se le excluye del procedimiento de licitación, en concreto para el Lote 3, orden 1 y 2.

**Tercero.-** El 14 de diciembre del 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ALTAN en el que solicita que se anule la exclusión de su oferta y en consecuencia la adjudicación del contrato para proceder a valorar la oferta presentada por la recurrente. Además solicita la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 21 de diciembre de 2022, 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, 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) solicitando la desestimación del recurso.

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 3 por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del

Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, 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.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote 3, orden 1 y 2, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

## **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 presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente 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 29 de noviembre de 2022, notificado el mismo día e interpuesto el recurso el 14 de diciembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

**Quinto.-** A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar del Pliego de Prescripciones Técnicas.

*“3.- ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PARTICULARES PARA CADA LOTE  
Lote 3: Aportación, con cada envase, de un nebulizador eFlow® con membrana”.*

Al respecto manifiesta el recurrente que el requisito no dice aportación *“en cada envase”* sino *“con cada envase”*.

Alega que el medicamento de ALTAN se presenta en envases de 10 unidades (viales) para las dos presentaciones de Colistimetato de 1 y 2 MUI.

Los medicamentos que han resultado adjudicatarios para cada uno de los lotes (Colfinair IMUI y Colfinair 2 MUI del laboratorio alemán PARI Pharma GmbH comercializados en España por Pari Pharma Iberia, S.L.) se presentan en envases de 56 unidades como se detalla en las fichas técnicas que acompaña al presente recurso. Por cada envase de 56 unidades PARI facilita al paciente un solo nebulizador.

A fin de acreditar el cumplimiento del requisito exigido en el PPT, y en contestación al requerimiento efectuado presentó las características técnicas del sistema de nebulización ofrecido y una declaración en contestación al requerimiento efectuado por el órgano de contratación en el siguiente sentido:

*“Ante la solicitud recibida, yo I. M. P. con DNI XXXXXX, en representación de la empresa Altan Pharmaceuticals SAU, confirmo que como parte de la oferta presentada al Lote 3 de suministro del medicamento Colistina más el diluyente para su preparación, se incluye la cesión de un nebulizador eF/ow Rapid de la marca Parí así como un servicio de atención y asistencia domiciliaria prestado según contrato privado con nuestra entidad por la compañía Vital Aire del Grupo Air Liquide. Esta compañía se encarga (sin coste alguno para el sistema Sanitario) de la instalación,*

*puesta en marcha, entrenamiento y de todo el material fungible necesario para la correcta administración de forma inhalatoria del medicamento. Asimismo, Vital Aire tiene un servicio de atención domiciliaria 24x7 para resolver cualquier duda o resolver cualquier problema que se pueda plantear incluyendo el reemplazo del nebulizador si fuera necesario. Además, esta Compañía mantiene la renovación mensual (o cuando sea precisa) del material fungible incluyendo el dispositivo nebulizador de mano eF/ow Rapid con membrana según se requiere en el pliego de especificaciones técnicas particulares para el Lote 3 del PPT. Altan y Vital Aire llevan trabajando en España de manera conjunta desde 2016 atendiendo a las necesidades de nebulización de colistina a domicilio por todo el territorio español. Actualmente prestan sus servicios a más de 300 pacientes. Hospitales como el Universitario de Burgos, el de Asturias, el de Orense, Ramón y Cajal de Madrid son sólo algunos ejemplos de centros donde actualmente se prestan los servicios de atención domiciliaria a los pacientes ambulatorios de los respectivos Servicios de Neumología. Por todo ello, entendemos que nuestra oferta al Lote 3 del PPT cumple con todas las especificaciones técnicas particulares requeridas”.*

Por ello, considera que cumple con lo exigido en el PPT pues ofrece no sólo un nebulizador por envase, sino un servicio domiciliario al paciente que incluye tanto nebulizadores (y otros consumibles) como el paciente precise a lo largo de su tratamiento.

Indica el recurrente que el nebulizador que ALTAN ofrece es de la marca PARI, exactamente igual que el que ofrece el adjudicatario. A su juicio, la única diferencia que existe entre uno y otros es que mientras PARI facilita el nebulizador (cámara de nebulización) en el propio envase del medicamento, ALTAN lo entrega al paciente en su domicilio donde personal cualificado de la empresa Vital Aire (Grupo Air Liquide) se encarga de la instalación, puesta en marcha y de instruir al paciente en el uso del dispositivo para la correcta administración del medicamento.

Resulta evidente por tanto que la oferta presentada aporta indudables ventajas frente a la oferta que ha resultado adjudicataria:

- El adjudicatario ofrece solamente un nebulizador por cada envase de 56 unidades. Eso significa que el paciente ha de usar en su domicilio el nebulizador proporcionado por PARI durante los 2 meses de tratamiento. El nebulizador puede desgastarse, estropearse o extraviarse sin que PARI ofrezca ninguna sustitución al paciente. Por el contrario, Altan ofrece un servicio domiciliario al paciente que implica la sustitución del dispositivo tantas veces como sea necesario.

- ALTAN a diferencia de PARI ofrece un sistema de atención domiciliaria al paciente 24 horas todos los días del año.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que lo que exige el pliego es que con cada envase de medicamentos se entregue un dispositivo nebulizador de mano *e-flow rapid* con membrana, por tanto, no se exige una renovación de dicho dispositivo de mano "*mensual (o cuando sea)*" como oferta la recurrente, sino con cada envase.

Refiere que el principio de no discriminación e igualdad de trato entre todos los licitadores establecido en el artículo 1 de la LCSP obliga a realizar la adjudicación con sujeción única y exclusivamente a lo establecido en los pliegos, por lo que el órgano de contratación no puede tener en cuenta esas supuestas "*otras ventajas*" presentadas por la recurrente y que son ajenas a lo prescrito en el PPT.

Por otro lado, tal dispositivo debe entregarse junto con el medicamento, que es recogido en el Servicio de Farmacia por el paciente. No incluyen los pliegos posibilidad alguna de que el dispositivo de mano sea entregado en el domicilio del paciente de forma separada al medicamento.

El adjudicatario manifiesta que los servicios que realiza la empresa Vital Aire no son una aportación gratuita de la empresa ALTAN para cumplir con las necesidades de este concurso, sino, que son financiados por el Sistema Nacional de Salud para dar servicio a los pacientes de la zona a través de los concursos de

Terapias Respiratorias Domiciliarias. El aumento de los pacientes que requieren de estos servicios influye en el coste que el Sistema Nacional de Salud paga a la empresa por sus servicios de Terapias Respiratorias Domiciliarias.

En segundo lugar y entrando al fondo del asunto, ALTAN ofrece un nebulizador por envase, sólo si el paciente lo precisa. Cada envase de ALTAN consta de 10 viales que permiten el tratamiento durante 5 días. Si aportaran un nebulizador con cada envase, deberían dar 73 nebulizadores, suponiendo dicha actuación, un coste insostenible.

PARI PHARMA sin embargo, ofrecería siempre en cada envase de Colfinair un nebulizador y una malla. Cada envase permite el tratamiento durante 28 días, con su correspondiente servicio técnico.

Además, señala que el órgano de contratación requirió a ALTAN para que aclarare su oferta en relación con las cámaras de inhalación y a pesar de ello decidió excluirle.

Al respecto cita el adjudicatario la doctrina sobre la naturaleza jurídica de los pliegos que son la ley de contrato y el principio de igualdad de trato de todos los licitadores.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal no puede más que acoger las alegaciones del órgano de contratación pues el PPT es claro en sus términos *“Aportación, con cada envase, de un nebulizador (...)”*. A pesar de que el órgano de contratación requiere al recurrente para que aclarare lo relativo al nebulizador, de la lectura de la declaración no se deduce que ofrezca un nebulizador por envase, además la renovación del nebulizador es mensual o cuando sea precisa no cumpliendo con las prescripciones técnicas. Asimismo, no se pueden tener en consideración otras mejoras que no constan en los pliegos pues supondría vulnerar el principio de igualdad de trato.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y 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 en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, 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 y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

De acuerdo con lo anterior se desestima el recurso.

**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 la representación legal de ALTAN PHARMACEUTICALS, S.A. contra la Resolución, de 29 de noviembre de 2022, de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el Lote 3 y se excluye al recurrente del contrato de “Suministro de medicamentos antifúngicos y antibióticos con destino al servicio de farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre” número de expediente 2022-0-85.



**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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática, para el Lote 3, 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.