

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

En Madrid, a 23 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Juste Farma S.L.U., contra el acuerdo del director gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro-Majadahonda de fecha 27 de octubre, por el que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro de “Contrastes con destino al H.U. Puerta de Hierro-Majadahonda” número de expediente GCSAU 2023-4-FAR, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 11 de agosto, 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 4.088.063,20 euros y su plazo de duración será de dos años, prorrogable por otros dos años más.

A la licitación del lote 2, que nos ocupa, se presentaron 4 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Con fecha 3 de octubre se celebra sesión de la mesa permanente de contratación del Hospital en la que a la vista del informe técnico elaborado se acuerda: *“(...) Excluir de la licitación a las empresas BAYER HISPANIA, S.L. y JUSTE FARMA, S.L.U., al no cumplir las muestras presentadas con los requisitos técnicos exigidos en el PPTP.*

Toda vez que se confirma que no cumplen una de las prescripciones técnicas del PPT, ya que son diferentes dosificaciones que no está diferenciadas entre sí por color y/o tamaño, siendo indistinguibles, circunstancia que puede inducir a error en la dosis que se administre al paciente (...).”

Con fecha 27 de octubre de 2023, el director gerente del Hospital acuerda adjudicar el lote 2 del contrato que nos ocupa a Laboratorios Farmacéuticos Guerbet, S.A.

Tercero.- El 7 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Juste Farma en el que solicita se anule su exclusión de la licitación y en consecuencia sea tenida en cuenta su oferta en el proceso y resultado final de la adjudicación.

El 13 de noviembre de 2023, 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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 resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo concedido la adjudicataria no ha presentado escrito alguno.

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, *“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 y notificado el 27 de octubre de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 7 de noviembre de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación, 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en demostrar que la exclusión de la oferta presentada por la recurrente, no se ajusta a derecho.

Manifiesta que dicha exclusión se basa únicamente en el pretendido incumplimiento por parte de sus productos del requisito enunciado en el PPTP apartado cuatro y entre otros: *“En caso de que para un mismo principio activo se requieran varias dosificaciones, éstas estarán perfectamente identificadas y diferenciadas entre sí mediante diferentes colores o tamaños.*

Considera y demuestra con fotografías de las muestras que su producto se diferencia según su concentración, en el caso de la relativa a 60 ml, por su tamaño tanto de caja como de envase y en el caso de las concentraciones de 10 y 15 ml, por el tamaño del bote que contiene el preparado.

Considera que el requisito exigido afecta solamente al bote o envase y no a la caja, pues en este segundo caso admite que ambas cajas en las mencionadas concentraciones de 10 y 15 ml, son de idéntico tamaño.

Por todo ello asegura que su exclusión es contraria a derecho basando jurídicamente esta afirmación en la doctrina de *lex contractus* y de su doble vinculación tanto para los licitadores como para el órgano de contratación, invocando distintas resoluciones de Tribunales de Contratación.

A mayor abundamiento considera que si bien sus productos cumplen con esa diferenciación solicitada, el PPTP es el que no diferencia entre caja y envase en cuanto a la diferenciación según concentraciones de gadolinio macrocíclico, por lo

que, en ausencia de esta distinción, no en el momento procesal que lo realizo, supone modificar o reinterpretar lo establecido en el PPTP.

Considera que de la resolución de adjudicación y exclusión recurrida se denota una falta de igualdad en el tratamiento de los licitadores, siendo uno excluido por un presunto incumplimiento que no se da efectivamente así como que la apreciación del órgano de contratación en sentido contrario que es manifiestamente errónea, arbitraria o discriminatoria.

En base a todo ello, solicita la anulación de su exclusión y la valoración de su oferta, que según sus manifestaciones obtendría la mayor puntuación de las admitidas.

Por su parte el H.U. Puerta de Hierro-Majadahonda en su escrito al recurso manifiesta a través de un informe técnico realizado por el Servicio de Farmacia del Hospital que: *“En los pliegos de prescripciones técnicas se mencionan con todo detalle las características que deben cumplir aquellos principios activos que requieran diferentes dosificaciones, expresando que la diferenciación es necesaria cuando existan diferentes presentaciones, y que ésta debe hacerse o bien por color o bien por tamaño del propio envase.*

La fijación de esta característica no es arbitraria para el órgano de contratación, sino que tiene una intencionalidad, y es la de minimizar los riesgos y errores en la administración de estos medicamentos posibilitando a todos los diferentes profesionales, que participan en el proceso logístico del medicamento, conocer, con una identificación visual clara, las diferentes dosis del mismo.

El recurrente confunde interesadamente el concepto de vial (al que denomina “bote”), con el de envase, incluyendo unas fotografías tomadas desde una perspectiva que pueden hacer pensar que los envases externos son diferentes, si bien las fotos tomadas por el Servicio de Farmacia cuando realizó el análisis de las muestras no ofrecen ninguna duda.

Cuestión diferente sería, que se hubieran solicitado envases clínicos, donde los viales aparecen sueltos sin acondicionamiento, en cuyo caso los viales de la recurrente no habrían sido excluidos al diferenciarse por tamaños. En el caso que nos ocupa, los contrastes se almacenarán en el envase secundario en las estanterías de los almacenes periféricos donde se requiera su utilización y en consecuencia para asegurar la seguridad del paciente se demandan con una diferenciación expresa, en color y/o tamaño, que evite una posible confusión en la administración.

El propio recurrente manifiesta que: “si el informe técnico se ha basado en las características de la “caja”, entendemos que no cumple con lo dispuesto en el pliego”.

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.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

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.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Bajo estos principios y para el caso concreto que nos ocupa debemos en primer lugar conocer exactamente el literal del apartado 4 del PPTP:

“4. CARACTERÍSTICAS DE RECIPIENTES Y ENVASADO:

- *El envasado debe cumplir las condiciones de conservación específicas de la forma farmacéutica, garantizando las condiciones de conservación, en su envase original hasta su administración.*
- *Los materiales utilizados para la fabricación de los recipientes serán lo suficientemente transparentes para permitir la comprobación visual del aspecto del contenido.*
- *No contendrá látex, ni PVC/DEHP.*
- *Los cierres de los recipientes deben ser herméticos e impedir la penetración de microorganismos o cualquier otro agente contaminante. El material que constituye este cierre debe presentar resistencia y elasticidad adaptada a la penetración de la aguja, de modo que no produzca fragmentos.*
- *Los cierres deben presentar la suficiente elasticidad para garantizar su total recuperación cuando la aguja se retira de los mismos.*
- *El material no debe ceder a la disolución contenida en el recipiente sustancias que afecten a la estabilidad o signifiquen un riesgo de toxicidad para el paciente.*
- *Los constituyentes de la disolución no deberán ser adsorbidos en la superficie del material, ni migrarán significativamente dentro o a través del mismo.*
- *Cada vial irá perfectamente identificado con su vía de administración.*

- *El acondicionamiento deberá facilitar la separación entre las distintas unidades de dosificación.*
- *Los contrastes yodados y el gadolinio de 50-100 ml deberán incluir un colgador con resistencia suficiente para permitir la sujeción de la solución durante su administración, que no le reste estabilidad.*
- *En caso de que para un mismo principio activo se requieran varias dosificaciones, éstas estarán perfectamente identificadas y diferenciadas entre sí mediante diferentes colores o tamaños”.*

De la lectura de todos los requisitos englobados en este apartado 4, no es posible interpretar distinto criterio que el mantenido por el hospital, ya que la coincidencia en el tamaño, forma y maquetado de la caja no favorece en absoluto la distinción perfecta tal y como se establece en el apartado transcrito.

El cumplimiento de este requisito es perfectamente asumible por el laboratorio no solo para este contrato sino para todos aquellos que soliciten la misma diferenciación con la impresión a otro color de la grafía de la letra de la caja y de la etiqueta del envase.

Es evidente que el mismo tamaño de caja y de aspecto, induce irremediablemente a error a la hora de seleccionar la concentración pretendida, con las nefastas consecuencias que pueden producirse.

Es también evidente la determinación del órgano de contratación a la redacción de los pliegos de condiciones de imponer requisitos a los suministros que minimicen los posibles errores humanos que puedan cometerse, por lo que a juicio de este Tribunal debemos entender que el requisito: *“En caso de que para un mismo principio activo se requieran varias dosificaciones, éstas estarán perfectamente identificadas y diferenciadas entre sí mediante diferentes colores o tamaños”* debe entenderse referido a todo el suministro en su conjunto y no solo a una parte de él, en este caso el bote, frasco o vial.

Por todo ello consideramos adecuada la actuación de la mesa de contratación, excluyendo la oferta de Juste Farma por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPTP.

En cuanto a la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación, este Tribunal no advierte ni mala fe ni temeridad en la interposición del recurso, por lo que se desestima tal pretensión.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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 Juste Farma S.L.U, contra el acuerdo del director gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro-Majadahonda de fecha 27 de octubre, por el que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro de “Contrastes con destino al H.U. Puerta de Hierro-Majadahonda”, número de expediente GCSAU 2023-4-FAR.

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 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.