

Recurso nº 546/2019
Resolución nº 425/2019

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 2 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto don José Ramón López Sánchez en nombre y representación de Viso Farmacéuticos S.L., (en adelante Viso) contra el anuncio de licitación y pliego de prescripciones técnicas publicados el 5 de septiembre de 2019, que regirán la licitación del contrato de “Suministros de medicamentos citoestáticos para el Hospital Universitario de Getafe. Lote 1” número de expediente FAR PAPC 2019-1-5 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE de fecha 8 de agosto, en el BOCM de fecha 20 de agosto y en el perfil de contratante alojado en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 6 de agosto, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 18 lotes.

Con fecha 4 de septiembre el Director Gerente del H.U.G., resuelve modificar el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), publicándose los nuevos en



el perfil de contratante de fecha 5 de septiembre y en el DOUE de fecha 10 de septiembre ambos de 2019. Procediéndose igualmente a ampliar el plazo de licitación hasta el 27 de septiembre.

El valor estimado de contrato asciende a 322.408,55 euros y su plazo de duración será de 2 años.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso, la modificación que se efectúa en el PPT y que es la que fundamenta la pretensión del recurrente.

El PPT inicialmente aprobado recogía en su apartado tres y para todos los lotes las siguientes especificaciones:

“Especificaciones técnicas para medicamentos parenterales:

- Los medicamentos, su envase y material de acondicionamiento deberán estar exentos de látex (límite trazas), y PVC facilitando el certificado correspondiente.*
- Los materiales utilizados en la fabricación de los recipientes serán lo suficientemente transparentes para permitir la comprobación visual del aspecto del contenido.*
- 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 aguja, de modo que no produzca fragmentos. Los cierres deben presentar la suficiente elasticidad para garantizar su obturación cuando la aguja se retira de los mimos.*
- 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. Se facilitará el certificado correspondiente.*



- *Los constituyentes de la disolución no deberán ser adsorbidos en la superficie del material, ni migrarán significativamente dentro o a través del mismo. Se facilitará el certificado correspondiente.*
- *Cada forma farmacéutica irá perfectamente identificada con su vía de administración: intravenosa, intramuscular, subcutánea o cualquier otra”.*

La modificación efectuada en el PPT incluye junto a los ya mencionados requisitos de los medicamentos los siguientes:

- *“Además de cumplir lo especificado en el apartado anterior, las formas de profusión deberán incluir un colgador con resistencia suficiente para permitir la sujeción de la solución durante su administración, que no le reste estabilidad y preferiblemente integrado en el envase*
- *Las presentaciones en bolsa llevarán una bolsa exterior protectora*
- *Los fármacos antineoplásicos serán presentaciones listas para su administración, sin necesidad de reconstruir”.*

Tercero.- El 19 de septiembre de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Viso en el que solicita la anulación de los PPT en base a que la modificación incluida: Los fármacos antineoplásicos serán presentaciones listas para su administración, sin necesidad de reconstruir, no puede ser cumplida al no fabricarse esta forma de preparación por parte de ninguna empresa farmacéutica y a la innecesaridad de que las bolsas integren un colgador.

El 26 de septiembre de 2019 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 transpone 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).



Alega que la decisión de que las bolsas cuenten con un colgador o no es una opción técnica del propio hospital que considera necesaria y no debe ser cuestionada por los licitadores.

Manifiesta asimismo que en relación a la especificación técnica "serán, presentaciones listas para su administración, sin necesidad de reconstituir", de acuerdo con la instrucción de trabajo FAR-IT-CI-03-06 (Manejo seguro de fármacos, antineoplásicos peligrosos en el servicio de farmacia), de abril de 2017, del Servicio de Farmacia del Hospital Universitario de Getafe se considera:

"Con el objetivo de reducir el número de manipulaciones dentro de la CSB {Cabina de

Seguridad Biológica), además de minimizar la posibilidad de cometer errores, se intentará que los medicamentos adquiridos que son acondicionados en la CSB cumplan las siguientes características:

- *Los viales son preferibles a las ampollas.*
- *Las presentaciones prediluidas son preferibles a las que contienen polvo liofilizado.(...)"*

Cuarto.- El recurrente solicitó la suspensión cautelar de la tramitación del expediente de contratación alegando a la posibilidad de conocer las ofertas antes de haberse resuelto este recurso. Se ha de considerar a este respecto que la suspensión del procedimiento salvo cuando el acto recurrido sea la adjudicación tendrá carácter excepcional y en este caso la apertura de ofertas se efectuará el próximo 22 de octubre, plazo suficiente como para obtener resolución sobre el recurso planteado y que se está acordando en este acto.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.



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 potencial licitadora, *“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 4 de septiembre y publicado en el perfil de contratante al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 19 de septiembre de 2019, 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 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 centra en la inclusión de dos requisitos técnicos en los medicamentos que comprenden el lote 1 del contrato referenciado.

Tal y como se ha desglosado en los antecedentes de esta resolución, Viso como primer motivo del recurso considera innecesaria la solicitud de que las bolsas de medicamento incluyan un colgador de sujeción.



El órgano de contratación alega que las necesidades de los suministros le corresponde determinarlas a los servicios médicos que serán los manipuladores de estas medicaciones y no a los potenciales licitadores.

Alega el recurrente que el requisito de que la presentación del medicamento esta lista para su uso sin necesidad de reconstituir, no puede ser cumplida por ninguna empresa, pues todas comercializan el fármaco en polvo, debiendo ser reconstituido en el momento de su utilización. Por este motivo, sospecha que este lote quedara desierto.

El órgano de contratación en su informe al recurso indica textualmente: *“Según informes del Servicio de Farmacia y de la Asesoría Jurídica del Hospital que avalan la conveniencia, por razones de seguridad en la manipulación de fármacos, tanto para el personal de farmacia como para el paciente y en cumplimiento de las instrucciones de trabajo del Servicio de Farmacia del Hospital, se considera que dichas prescripciones son adecuadas para el cumplimiento en materia de seguridad laboral, existente en la actualidad y que hay empresas en el mercado cuyos productos permiten cumplir con dicha normativa”.*

Se ha de advertir que el informe del Servicio de Farmacia del Hospital no se pronuncia sobre la fabricación y comercialización del preparado ya reconstituido por distintas empresas, cuestión que a sensu contrario si da respuesta el recurrente mediante listado de siete firmas distintas.

El artículo 99 de la LCSP establece en su apartado 1 *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse*



innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”.

Respecto al caso que nos ocupa, procede traer a colación la Resolución 468/2019, de 11 de mayo del TACRC señala *“El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.*

(...)

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **1000031114372416025912**

ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...). Y señalábamos asimismo: “De la Directiva pues, se desprende que, si bien el órgano de contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”.

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio”.

Resulta evidente de lo señalado anteriormente, que la controversia versa sobre un criterio eminentemente técnico, por lo el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “*nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada*



discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

En el mismo sentido, la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales manifiesta lo siguiente: *«Sobre la disconformidad con los requisitos, especificaciones y características técnicas detalladas en la cláusula tercera del PPT, hemos de principiar señalando que este Tribunal, en su Resolución 688/2015, señaló que: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.*

En cuanto a la pretendida inexistencia de preparados de hidrocloreto de bendamustina reconstituída, se ha de invocar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisinsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato manifiesta que este responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en



los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

En cuanto a la amplitud de la misma, en el apartado 85, señala que: *“el hecho de que solo un número reducido de empresas, entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora, pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Este Tribunal entiende que se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, *“no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores (tal y como manifiesta el órgano de contratación) y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo”, se exige una forma de presentación concreta, determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida.*

Concretando en el presente caso, por lo que resulta del expediente, el órgano de contratación ha fijado en los PPT, de un modo claro y razonable, las necesidad a satisfacer y en uso de la discrecionalidad que legalmente se le reconoce y de la experiencia acumulada, ha diseñado las característica técnica que considera más idóneas para la satisfacción el interés público, definiendo el objeto del contrato con precisión, a fin de garantizar que los bienes a suministrar sean adecuadamente utilizados por sus destinatarios, personal médico, conocedores de unos preparados



farmacéuticos y una técnica de administración determinada y que redundará en una mayor calidad y seguridad en la prestación del servicio.

Todo ello, lleva a considerar a este Tribunal que se han cumplido las previsiones recogidas en los artículos 124, 125 y 126 de la LCSP respecto a las prescripciones técnicas del presente contrato.

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

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 don José Ramón López Sánchez en nombre y representación de Viso Farmacéuticos S.L., contra el anuncio de licitación y pliego de prescripciones técnicas publicados el 5 de septiembre de 2019, que regirán la licitación del contrato de “Suministros de medicamentos citoestáticos para el Hospital Universitario de Getafe. Lote 1” número de expediente FAR PAPC 2019-1-5

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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **1000031114372416025912**