

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

En Madrid, a 13 de julio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de CSL Behring, S.A., (en adelante CSL) contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de “suministro de medicamentos hemoderivados para el Hospital Universitario Príncipe de Asturias”, dividido en cinco lotes, expediente PA HUPA 58/23, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de junio de 2023 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 4.556.751,36 euros y un plazo de ejecución de 15 meses.

Segundo.- El 28 de junio de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por CSL, contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

Tercero.- El 11 de julio de 2023 el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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).

Cuarto.- 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 recurrente es un potencial licitador que impugna una cláusula de los pliegos referida a prescripciones técnicas que le impiden participar en la licitación, por lo que, de acuerdo con la doctrina mantenida por este Tribunal, debe reconocérsele legitimación para presentar recurso, conforme al 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 los pliegos de condiciones fueron publicados el 7 de junio de 2023 e interpuesto el recurso el 28 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en el quebranto del principio de concurrencia en la configuración de las especificaciones técnicas del lote 3.

Destaca la irregularidad del lote 3: *“fibrinógeno vial - polvo y disolvente para solución inyectable y/o perfusión que contiene fibrinógeno humano. – intravenosa”* pues en el mismo se requiere que, con carácter mínimo, la solución ofertada se presente en polvo e incorpore el disolvente.

A este respecto, señala que no solo la exigencia de esta específica forma de presentación definida en los pliegos no se justifica en modo alguno, sino que no comporta ventajas o mejores características con respecto al medicamento hemoderivado solicitado. Por otro lado, a una situación en la que la presentación del medicamento exigida presenta mayores condicionantes, se le suma la restricción de la competencia que supone solicitar una presentación tan concreta, siendo únicamente tres los laboratorios que comercializan el principio activo fibrinógeno humano en España.

Añade que ni en el PPT ni en la memoria justificativa se hace mención alguna a la necesidad o motivación de exigir este tipo de presentación del medicamento. Por lo que, no solo se trata de un requerimiento arbitrario y que limita de forma evidente

la posibilidad de concurrir a la licitación, sino que además es una exigencia carente de justificación.

En lo que refiere a la exigencia de que el principio activo solicitado incluya el disolvente, que no es otra cosa que agua para preparaciones inyectables, cabe destacar que existen presentaciones en el mercado que ofrecen la misma funcionalidad, manteniendo las características básicas del medicamento, que es lo demandado por el hospital, esto es, el concentrado de fibrinógeno humano. La exigencia de que la presentación del medicamento incorpore un vial de disolvente no aporta valor destacable que justifique esta obligatoriedad y, por lo tanto, limitación de la concurrencia, siendo lo relevante el principio activo y la concentración del medicamento.

A mayor abundamiento, señala que en el lote nº 3 se requiere que, con carácter mínimo, la solución ofertada se presente en polvo e incorpore el disolvente al mismo tiempo y además se establece en el PCAP como criterio de adjudicación que *“las presentaciones liofilizadas que incluyen el disolvente y material para la reconstitución del mismo”* obtendrán una puntuación máxima de 6 puntos. Por tanto, se solicita como requisito técnico de obligado cumplimiento la aportación del disolvente, siendo ésta aportación también valorada como criterio objetivo de adjudicación, lo que supone una irregularidad.

Por su parte, el órgano de contratación alega respecto a que la solución ofertada se presente en polvo e incorpore el disolvente, que en la respuesta de aclaraciones publicada en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid el 29 de junio de 2023 señala que: *“Según Informe emitido por el Servicio de Farmacia, como Órgano Promotor del expediente, que el medicamento contenga el disolvente para reconstitución se considera un requisito imprescindible para el hospital como medida de seguridad, al tratarse de un medicamento de urgencia y asegurar la disponibilidad inmediata del disolvente adecuado para su reconstitución”*.

En la respuesta de aclaraciones se remite al informe técnico del servicio correspondiente, es decir, al informe emitido por el Servicio de Farmacia el 23 de junio de 2023 y que detallaba los motivos de la inclusión del disolvente.

Respecto a la alegación referida a que el requisito técnico de obligado cumplimiento consistente en la aportación del disolvente está siendo también valorada como criterio objetivo de adjudicación, señala que en el punto primero de la Resolución de subsanación, publicada en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid con fecha 5 de julio de 2023, se procede a la corrección de los errores detectados tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como el pliego de prescripciones técnicas, de forma que en los criterios de valoración para los lotes 2 y 3 se modifica el punto 1 del último criterio *“otros aspectos”*.

Añade que en el punto tercero de la Resolución de subsanación se procede a la modificación del Anexo I.BIS del pliego de cláusulas administrativas particulares, tal como aparece anexo a dicha Resolución. En el punto cuarto se procede a ampliar el plazo de presentación de ofertas, la fecha de fin de presentación de ofertas pasa del día 7 de julio de 2023 al día 18 de julio de 2023. La apertura de oferta técnica y económica se realizará el día 26 de julio de 2023.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar si la prescripción técnica objeto de controversia supone, como afirma la recurrente, una vulneración del principio de la concurrencia.

El artículo 28.1 de la LCSP exige que las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. En este mismo sentido el artículo 116.4.e) establece que en el expediente se deberá justificar la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones

correspondientes y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

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”.

Consta en el expediente la contestación a la consulta realizada por la recurrente que fue publicada en el Portal de la Contratación Pública con fecha 29 de junio de 2023. Tal como como se reprodujo anteriormente, en dicha respuesta se hace constar, según informe emitido por el Servicio de Farmacia con fecha 23 de junio de 2023, que el medicamento contenga el disolvente para reconstitución se considera un requisito imprescindible para el hospital como medida de seguridad, al tratarse de un medicamento de urgencia y asegurar la disponibilidad inmediata del disolvente adecuado para su reconstitución.

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 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 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 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 necesidades a satisfacer y, en uso de la discrecionalidad que legalmente se le reconoce y de la experiencia acumulada, ha diseñado las características técnicas que considera más idóneas para la satisfacción del interés público, definiendo el objeto del contrato con precisión, considerando la prescripción técnica como una medida de seguridad, al tratarse de un medicamento de urgencia y asegurar la disponibilidad inmediata del disolvente adecuado para su reconstitución.

Por otro lado, respecto a lo alegado por la recurrente referente a la prescripción técnica sirve a su vez como criterio de adjudicación, hay que acoger plenamente las alegaciones del órgano de contratación, ya que en la corrección de errores publicada dicho criterio de adjudicación ha desaparecido siendo sustituido por otro diferente, lo que desvirtúa el fundamento del recurso en este sentido.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del 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 de CSL Behring, S.A., contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de “suministro de medicamentos hemoderivados para el Hospital Universitario Príncipe de Asturias”, dividido en cinco lotes, expediente PA HUPA 58/23.

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.- 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.