

Recurso nº 137/2021
Resolución nº 207/2021

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

En Madrid, a 13 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Isomed Pharma, S.L. (en adelante Isomed), contra la resolución de 17 de marzo de 2021 de exclusión y adjudicación del contrato de "Suministro de reactivos para la realización del test de aliento con 13C Urea para el diagnóstico de la infección de Helicobacter Pylori", expediente número: P.A. 25/2020 del Hospital Universitario La Paz, Servicio Madrileño de Salud, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de noviembre de 2020, se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación del contrato de suministro de referencia, y el 1 de diciembre en el BOCM, mediante licitación electrónica a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El valor estimado del contrato asciende a 500.850 euros, para un plazo de ejecución de 24 meses, prorrogable hasta un máximo de 60 meses.

Segundo.- A la licitación del contrato se han presentado 2 empresas, entre ellas la recurrente.

El Órgano de contratación, con fecha 17 de marzo de 2021, dicta resolución de adjudicación del contrato de suministro impugnado a favor de la mercantil Ferrer Farma, S.A., por ser la mejor oferta en relación calidad/precio, excluyendo la proposición presentada por la recurrente al no ajustarse su oferta a las características técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante, PPTP) que rige la contratación. La resolución se publicó en el perfil de contratante el 18 de marzo y fue notificada a los interesados el día 23 de marzo de 2021.

Tercero.- Con fecha 30 de marzo de 2021, se recibe en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la exclusión y adjudicación del contrato de suministro de referencia, presentado por la representación de Isomed, solicitando que el producto Tau -kit (13C -Urea) no sea excluido, y se tenga en cuenta dentro de las especificaciones técnicas del expediente, puesto que el motivo de exclusión no es el objeto del concurso (13C - Urea) sino un complemento alimenticio independiente, utilizado o no dependiendo del protocolo aplicado por los Servicios Médicos correspondientes.

Cuarto.- El 9 de abril de 2021, se recibió en el Tribunal extracto del expediente administrativo, así como el preceptivo 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), en el que el Hospital Universitario La Paz (en adelante, HULP) solicita la desestimación del recurso.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno, sin que se haya recibido documentación alguna.

Sexto.- 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 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 solicita levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

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 planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Isomed para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora excluida del procedimiento que puede

resultar adjudicataria del contrato, *“cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de exclusión y adjudicación impugnado fue adoptado el 17 de marzo de 2021, publicado en el perfil de contratante el 18 de marzo y notificado el día 23, interponiéndose el recurso especial ante el Tribunal el 30 de marzo de 2021 dentro del plazo de quince días hábiles establecido, según dispone el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si ha sido correcta la exclusión efectuada por el órgano de contratación de la oferta presentada por la recurrente por incumplimiento del PPTP que rige el contrato de suministro.

Por ser de interés para la resolución del recurso se cita a continuación lo dispuesto en la prescripción 5.1 del PPTP.

5. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS ESPECÍFICAS

“5.1 Reactivo para la detección del *Helicobacter pylori*.

Reactivo principal necesario: Urea-C13, medicamento para diagnóstico, en la dosis y forma farmacéutica adecuada para ingestión con agua, sin requerimiento de ácido cítrico para que su realización se lleve a cabo de la manera menos molesta y en el

menor tiempo posible. (...)

El tiempo de espera entre toma basal y post urea no debe ser superior a 30 minutos para poder realizar la prueba en el menor tiempo posible.”

La recurrente alega que el incumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas en el PPTP, en que se basa la exclusión de su oferta, se debe a una interpretación sesgada de la información contenida en la ficha técnica del producto a suministrar. El producto ofertado cumple sobradamente con los criterios técnicos exigidos tanto en Reactivo (13C -Urea), como en materiales y en equipamiento, siendo el motivo de la exclusión el uso de una comida previa a la prueba (complemento alimenticio, no medicamento).

La ficha técnica de Tau -Kit indica: *“Advertencias sobre los excipientes de Citral Pylori: La realización de la prueba del aliento con Urea marcada con 13C requiere la administración previa de Ácido Cítrico (Protocolo Europeo)”*, y el prospecto de Tau -Kit: *“Información importante sobre algunos de los componentes de Citral pylori: La realización de la prueba del aliento con Urea marcada con 13C requiere la administración previa de Ácido Cítrico (Protocolo Europeo)”*. El acogimiento y aplicación del Protocolo Europeo por parte de los Servicios Médicos correspondientes del hospital queda sujeto a criterio de los mismos. Por tanto, la administración del Ácido Cítrico como comida previa, queda sujeta exclusivamente a la aplicación de dicho Protocolo Europeo. De no acogerse a este Protocolo Europeo, no sería necesaria la administración del Ácido Cítrico y por tanto la duración de la prueba se reduciría a un máximo de 30 minutos.

En este sentido manifiesta que con objeto de cubrir todas las posibilidades de administración según distintos protocolos de uso para la detección por infección de *Helicobacter pylori*, se incorpora como valor añadido a nuestro producto Tau -Kit, un sobre de Citral Pylori (ácido cítrico), siendo éste un complemento alimenticio

independiente del reactivo principal necesario (13C -Urea).

Por último, Isomed indica que Tau-Kit (13C-Urea) está autorizado por la AEMPS como único Test Diagnóstico para la detección de la infección de Helicobacter Pylori para niños mayores de 5 años.

Por su parte el órgano de contratación informa que en el apartado 4.2. Posología y forma de administración de la “Ficha técnica Tau-Kit” se indica claramente: (...) *“Para la realización del test se necesitan 200 ml de una bebida rica en ácido cítrico (Cital pylori®) como comida previa a la prueba, así como 125 ml de agua para disolver el comprimido, en el caso de los adultos, y en el caso de niños mayores de 5 años se necesitan 100 ml de una bebida rica en ácido cítrico (Cital pylori®) como comida previa a la prueba, así como 50 ml de agua para disolver la mitad del comprimido.(...) En caso de que sea necesario repetir el procedimiento, no debe hacerse hasta el día siguiente”*.

Así mismo, el “Prospecto Tau-Kit”, en los apartados: 2.- “Qué necesita saber antes de empezar a usar TAU-KIT®” en el párrafo de “Uso de Tau-KIT® con alimentos y bebidas” explica: *“...deberá tomar 200 ml de una bebida rica en ácido cítrico (Cital pylori®) al iniciar la prueba...”*; 3.- “Cómo usar TAU-KIT®” indica: *“La prueba se inicia con la ingestión del contenido del sobre Cital pylori®.”*; y 6.- “Contenido del envase e información adicional”, indica: *“La prueba se inicia con la toma de 1 sobre de Cital pylori® disuelto en 200 ml de agua...”*.

Tanto la ficha técnica como el prospecto, indican en todo momento que la prueba objeto de análisis, se inicia con la ingesta previa del Ácido Cítrico, no ofreciendo ninguna otra posibilidad. Por ello el órgano de contratación estima ajustado a derecho el Informe técnico emitido el 2 de febrero de 2021, en el que analizada la oferta técnica presentada por Isomed concluye que el producto ofertado

no cumple las especificaciones técnicas exigidas.

El hospital alega que su decisión parte del principio del valor vinculante de los pliegos, auténtica “*lex contractus*” con eficacia jurídica, no sólo para el órgano de contratación, sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, y, particularmente, para las empresas licitadoras, basando la exclusión en lo dispuesto en los artículos 122.4 y 139.1 de la LCSP, así como en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Por último, indica que el incumplimiento de la prescripción 5.1 del PPTP es claro y evidente, más allá de toda duda técnica, la oferta presentada no se corresponde con lo exigido en los pliegos, debiendo llevar aparejada la exclusión del licitador, por la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar, como doctrina asentada, que los pliegos de contratación son *lex inter partes*, conformando la ley del contrato y vinculando en sus propios términos tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación, (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. El artículo 139 de la LCSP establece que “*las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna...*”, como igualmente recoge el PCAP del contrato impugnado en sus cláusulas 1.12 y 10 relativas a los

medios electrónicos y a la presentación de proposiciones, pliego que no ha sido objeto de impugnación. Asimismo, la cláusula 2 del PCAP al establecer el régimen jurídico aplicable al contrato recoge que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares.

Este Tribunal, a la vista del expediente administrativo, de lo alegado por la recurrente y los informes emitidos por el órgano de contratación, constata que Isomed no cumple con las características técnicas específicas exigidas para el reactivo Urea-C13, recogido en el apartado 5.1 del PPTP, dado que según la ficha técnica y el prospecto del Tau-Kit ofertado se requiere la administración previa de ácido cítrico para su realización, y el tiempo de espera entre toma basal y post urea supera los 30 minutos para su realización, incumpliendo por tanto el requisito de que la prueba se efectúe ingiriendo agua, sin ácido cítrico, de la manera menos molesta y en el menor tiempo posible.

Las características técnicas recogidas en el PPTP constituyen prescripciones de carácter obligatorio conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y 125.1 de la LCSP, cuyo incumplimiento debe suponer la exclusión del licitador, por ser las reglas de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definir sus calidades. Concretamente en los contratos de suministro fijan los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como 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 fijar el contenido de la relación contractual, correspondiendo al órgano de contratación su determinación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, y sin que quepa relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Por lo expuesto, comprobado por este Tribunal que se ha producido un incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos que regulan la contratación del suministro por parte del recurrente, y atendiendo al criterio consolidado de excluir las ofertas presentadas que no se adecuen a lo establecido en el PPTP, se considera ajustada la exclusión del procedimiento adoptada por el HULP a lo previsto en las cláusulas 1, 2, y 10 del PCAP y 5.1 del PPTP que rigen la contratación del suministro objeto de impugnación, así como a lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto por Isomed contra la adjudicación del contrato de suministro impugnado.

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 la empresa Isomed Pharma, S.L., contra la Resolución de 17 de marzo de 2021 de exclusión y adjudicación del contrato de "Suministro de reactivos para la realización del test de aliento con 13C Urea para el diagnóstico de la infección de Helicobacter Pylori", expediente número: P.A. 25/2020 del Hospital Universitario La Paz, Servicio Madrileño de Salud.

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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 59.1 de la LCSP.