

Recurso 15/2018**Resolución 41 /2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 15 de febrero de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CSL BEHRING, S.A.** contra la resolución, de 14 de diciembre de 2017, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos para los centros que integran la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén” respecto al lote 3 (Expte. 393/2017), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 30 de junio de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el anuncio fue publicado el 8 de julio de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 162 y el 5 de julio de 2017, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 4.507.486,73 euros y entre las empresas licitadoras se encuentra la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 14 de diciembre de 2017 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 3 afectado por el recurso fue adjudicado a la empresa BAYER HISPANIA, S.L.

Mediante escritos fechados el 22 de diciembre de 2015, se remite a los licitadores la resolución de adjudicación. Asimismo, consta en el expediente la relación de envíos con acuse de recibo de la Oficina de Correos y Telégrafos de Jaén donde aparece el sello de la citada Oficina fechado el 27 de diciembre de 2017.

CUARTO. El 16 de enero de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por CSL BEHRING, S.A. (BEHRING, en adelante) contra la resolución de adjudicación en lo que respecta al lote 3 del contrato.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 17 de enero de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento instado



por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El 24 de enero de 2018, tuvo entrada en el Registro del Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación. Asimismo, ese día se recibió en este Órgano escrito de la empresa recurrente ratificándose en el recurso interpuesto, y ello, tras haberle concedido el órgano de contratación el acceso que le fue solicitado al expediente de contratación.

SEXTO. El 26 de enero de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Mediante escritos de 26 de enero de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la empresa BAYER HISPANIA, S.L (BAYER, en adelante).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.



TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar una Administración Pública, resultando aquel procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 a) y 40.2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

En el supuesto examinado, cabe considerar como fecha de remisión, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, el 27 de diciembre de 2017 que es el día que consta en el sello de la Oficina de Correos estampado en la relación de envíos efectuados a las distintas empresas licitadoras. Por tanto, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 16 de enero de 2018 se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de sus motivos.

BEHRING solicita que se le conceda nuevo plazo para ampliar, retirar o modificar su escrito de recurso, una vez haya tenido acceso efectivo al expediente y subsidiariamente, que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación, así como la procedencia de declarar desierto el lote 3 del contrato.

Por tanto, la recurrente formula dos pretensiones, una principal y otra subsidiaria. La primera de ellas se funda en la vulneración del principio de transparencia, toda vez que solicitó al órgano de contratación acceso a la



documentación técnica presentada por BAYER y ha visto prácticamente agotado el plazo para la interposición del recurso sin que, hasta la fecha, haya tenido el acceso solicitado. Por ello, insta del Tribunal que garantice el mismo y se le otorgue plazo para complementar el escrito de recurso inicial ampliándolo o modificándolo, e incluso, para retirarlo.

No obstante, con posterioridad, el 24 de enero de 2018 se recibió en este Tribunal escrito de la recurrente manifestando que el órgano de contratación, con posterioridad a la presentación del recurso, le ha concedido el acceso solicitado, por lo que solicita se le tenga por ratificada en su escrito de recurso inicial.

A la vista de este último escrito, la pretensión principal de la recurrente consistente en que este Tribunal le conceda plazo para ampliar, retirar o modificar su escrito de recurso una vez que haya tenido acceso efectivo al expediente, ha decaído y ya no tiene virtualidad toda vez que la misma ha sido satisfecha por el órgano de contratación.

El análisis del recurso queda circunscrito, pues, al examen de la segunda pretensión donde se solicita la declaración de nulidad de la resolución de adjudicación, así como la procedencia de declarar desierta la licitación respecto al lote 3 del contrato.

Al respecto, la contratación tiene por objeto el suministro de medicamentos, siendo la descripción del lote 3 “OCTOCOG ALFA 2 miles UI/INYECTABLE IV- Capacidad:2,5; Forma farmacéutica: INYECTABLE IV”.

En el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, en lo que se refiere al lote 3, se reflejan tres proposiciones si bien solo la de BAYER aparece valorada con un total de 20 puntos. Respecto a la de BEHRING, el informe señala que *“La oferta del proveedor está asociada al G.C. F12775. No ha asociado la oferta en el plazo*



otorgado en la cláusula 7.2.1 del PCAP” y en cuanto a la de OCTAPHARMA, S.A., se indica que “La oferta del proveedor no está asociada al G.C. licitado sino al G.C. E88911. No ha asociado la oferta en el plazo otorgado en la cláusula 7.2.1 del PCAP”.

En consecuencia, tras completar la valoración de las ofertas con arreglo al resto de criterios de adjudicación, el lote 3 resultó adjudicado a BAYER, única empresa cuya oferta fue admitida en la licitación.

En su escrito de recurso, BEHRING alega que el producto ofertado por BAYER incumple los pliegos rectores de la convocatoria, puesto que, de la documentación disponible en la página web de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) y de la ficha técnica del producto, resulta que la solución propuesta por BAYER está ligada erróneamente a un GC de capacidad de 2,5 ml, si bien lo cierto es que su capacidad es de 5 ml, concluyendo que, en todos los productos comercializados de “OCTOCOG ALFA de célula BHK”, la presentación de 2.000 Uls se reconstituye con un vial de 5 ml.

Ello requiere, a juicio de la recurrente, que el Banco de Medicamentos del Servicio Andaluz de Salud aclare y corrija este extremo y que no se formalice, hasta entonces, ningún contrato de suministro pues el mismo estaría viciado por la errónea definición de las necesidades del órgano de contratación. Es por ello que, según manifiesta, debe declararse el lote 3 como desierto.

En su informe al recurso, el órgano de contratación muestra su conformidad con la pretensión de la recurrente, esgrimiendo que el lote 3 debería haberse declarado desierto porque ninguna oferta cumplía las especificaciones técnicas del pliego. En tal sentido, manifiesta que, a la vista del recurso interpuesto, se han revisado las ofertas técnicas presentadas, concluyéndose en un informe emitido al respecto y que se adjunta lo siguiente *“Cotejado el sistema de Información de Farmacia del Servicio Andaluz de Salud “FARMA” con el*



Nomenclator del Sistema Nacional de Salud, se observa que en el código de la prescripción genérica de todos los medicamentos Kogenate® del laboratorio BAYER, se ha cometido un error material al incorporar un volumen de 2,5 ml en su descripción.

Tras revisar la ficha técnica en la página de la AEMPS, así como el código DCPF ó CTAEM2, se considera que el campo volumen debe eliminarse, por lo que el sistema FARMA ha sido corregido y actualizado.”

Finalmente, BAYER formula alegaciones al recurso solicitando su desestimación. En tal sentido, manifiesta que, si nos atenemos literalmente al pliego, la presentación de 2000UI/2,5 ml de Octocog Alfa no existe en el mercado, pues lo que hay es la presentación de Octocog Alfa de 2000UI/5 ml. Aduce que, presumiblemente, se trata de un error tipográfico en el pliego o una divergencia respecto al Código Genérico de Centro que emplea el Servicio Andaluz de Salud y que no parece razonable ni proporcionado impugnar la adjudicación sin haber atacado los pliegos.

Concluye, pues, que el recurso especial no es la mejor opción para solucionar ajustes en los Códigos Genéricos de Centro y que resulta improcedente solicitar la declaración del lote como desierto cuando las dos ofertas participantes son las únicas que podrían resultar adjudicatarias, pues no hay otras presentaciones disponibles.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si la adjudicación del lote 3 a la empresa BAYER es contraria a derecho en la medida que el producto ofertado por aquella no cumple las prescripciones técnicas descritas en el citado lote, en concreto, la relativa al volumen o capacidad de 2,5 ml.

La controversia versa, pues, sobre una cuestión puramente técnica y fácilmente constatable si se acude a la ficha técnica del producto ofertado por BAYER en el lote 3 -que consta en el expediente- donde se indica lo siguiente: “Después de la



reconstitución, 1 ml de KOGENATE Bayer 2000 UI contiene aproximadamente 400 UI (2000 UI/5 ml) de factor VIII de coagulación humano (DCI: octocog alfa)”.

Así pues, lo cierto es que la descripción del lote 3 en el pliego de prescripciones técnicas obedece a la presentación de 2000 UI/2,5 ml, mientras que el medicamento ofertado por BAYER responde a la de 2000UI/5 ml, dato este que, además, no es discutido por dicha empresa en sus alegaciones al recurso.

Con base en lo anteriormente expuesto, el propio órgano de contratación, en el informe al recurso, muestra su conformidad con la pretensión de la recurrente afirmando que el lote 3 debería haberse declarado desierto porque ninguna oferta -incluida obviamente la de la adjudicataria- cumplía las especificaciones técnicas del pliego.

Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse como un allanamiento a las pretensiones del recurso y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa conforme al cual *“Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho”.*

Expuesto lo anterior, tratándose de una cuestión eminentemente técnica y fácilmente constatable, no existen razones jurídicas para considerar que tal reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción del ordenamiento jurídico. En tal sentido, la adjudicación del lote 3 a BAYER no fue conforme a derecho porque el producto que ofertó no se



adecuaba a las especificaciones técnicas del pliego, y ello, con independencia de que tales especificaciones puedan ser erróneas y deban corregirse, cuestión esta que deberá solventar el órgano de contratación en orden a futuras licitaciones.

Así las cosas, procede estimar el recurso y anular la adjudicación del lote 3 a favor de BAYER, toda vez que su oferta no debió ser admitida por incumplir el PPT. Asimismo, la decisión de declarar desierta la licitación al no haber otra oferta admitida en el lote 3 -como solicita recurrente y admite el órgano de contratación- es una decisión que corresponderá adoptar, en su caso, a este último como consecuencia de la anulación de la adjudicación aquí acordada, correspondiendo solamente a este Tribunal, dado el alcance revisor de sus facultades respecto a las decisiones impugnadas, determinar si estas son o no ajustadas a derecho y en caso negativo, acordar su anulación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CSL BEHRING, S.A.** contra la resolución, de 14 de diciembre de 2017, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos para los centros que integran la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén” respecto al lote 3 (Expte. 393/2017), y en consecuencia anular dicho acto.

SEGUNDO Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en resolución de 26 de enero de 2018.



TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

