

Recurso 205/2017**Resolución 218/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 26 de octubre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BIOGEN SPAIN, S.L.** contra la Resolución, de 4 de agosto de 2017, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro del medicamento con principio activo INFLIXIMAB 100 mg destinado a los Servicios de Farmacia de los centros integrados en la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba y en la Agencia Sanitaria Alto Guadalquivir” (Expte. 196/2017. PA 11/17), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 11 de mayo de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el anuncio fue publicado el 19 de mayo de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 119.



El valor estimado del contrato asciende a 10.032.000 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. Es de aplicación a esta licitación 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, rige en la misma lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 4 de agosto de 2017, se dictó resolución de adjudicación del contrato a la entidad PFIZER GEP, S.L.U.

La adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 9 de agosto de 2017 y remitida a la recurrente el 10 de agosto de 2017, según detalle del envío de la oficina de Correos.

CUARTO. El 31 de agosto de 2017, la entidad BIOGEN SPAIN, S.L. (BIOGEN, en adelante) presentó en una sucursal de Correos de Madrid escrito de recurso especial en materia de contratación contra la anterior resolución de adjudicación del contrato, remitiéndose en el mismo día a este Tribunal copia en formato electrónico del citado recurso. El documento original del escrito de impugnación tuvo entrada en el Registro del Tribunal el pasado 6 de septiembre de 2017.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 1 de septiembre de 2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. El requerimiento de documentación al órgano de contratación hubo de ser reiterado mediante oficio de 13 de septiembre de 2017, habiendo tenido entrada en el Registro del Tribunal la



documentación solicitada el 15 de septiembre de 2017.

SEXTO. Mediante escritos de 19 de septiembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad PFIZER GEP, S.L.U.

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 licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece 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 aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

Asimismo, el artículo 18 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos. La reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada solo podrán presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas.*

La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.

No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia.”

En el supuesto analizado, al haberse cumplido las previsiones del precepto reglamentario transcrito, hemos de considerar como fecha de interposición del recurso el 31 de agosto de 2017, siendo dies a quo en el cómputo del plazo la fecha de remisión de la resolución de adjudicación a la entidad recurrente el 10 de agosto de 2017. Por consiguiente, hemos de concluir que el recurso se ha interpuesto en el plazo



legal señalado en el artículo 44 del TRLCSP.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación del contrato a favor de la entidad PFIZER GEP, S.L.U. por haberse dictado con vulneración de los principios generales aplicables al régimen de la contratación pública.

Funda su pretensión en que el expediente de contratación se ha instrumentado de conformidad con lo previsto en el artículo 9.3 a) del TRLCSP, habiéndose previsto en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT) una cantidad estimada de suministro ascendente a 15.200 unidades del medicamento, si bien en la resolución de adjudicación se hace constar una cantidad de 27.142,86. De este modo, alega BIOGEN que la adjudicataria ha formulado su oferta para un número total de unidades estimadas ascendente a 15.200 y ha visto incrementada esa cantidad a 27.142,86 unidades hasta agotar así el presupuesto previsto para esta contratación.

Así pues, a juicio de BIOGEN, la resolución de adjudicación ha modificado unilateralmente un elemento esencial de la licitación como es la cantidad estimada de unidades de bienes. Señala que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima imponen que los términos de los pliegos se mantengan inalterados, no desprendiéndose de estos la intención del órgano de contratación de consumir la totalidad del presupuesto de licitación fijado inicialmente.

Por tanto, considera que, al no haberse informado previamente a los licitadores de las condiciones reales que iban a tenerse en cuenta a la hora de adjudicar el contrato, se ha vulnerado el principio de igualdad de trato porque si BIOGEN hubiera sabido que las cantidades consignadas en el PPT serían objeto de ajuste una vez conocido el precio ofertado por los licitadores, con toda seguridad habría formulado una oferta distinta, ya que en los contratos de suministro las economías de escala permiten disminuir el coste a medida que se incrementa el número de unidades. Pero para ello,



según la recurrente, habría sido imprescindible que se hubiese colocado a todos los licitadores en conocimiento de las reglas aplicables, sabiendo de antemano que la intención última no era obtener un proveedor para las 15.200 unidades estimadas, sino encontrar la proposición que permitiese adquirir el mayor número de unidades posibles con el presupuesto previsto de 4.180.000 euros.

Concluye que el artículo 9.3 a) del TRLCSP permite que las cantidades inicialmente estimadas puedan verse reducidas o incrementadas durante la ejecución del contrato en función de las necesidades administrativas, si bien en el caso examinado el ajuste de cantidades no ha venido motivado por alteración de las necesidades del Servicio de Farmacia, pues el contrato no se ha formalizado ni se encuentra en fase de ejecución. Por tanto, BIOGEN entiende que el órgano de contratación ha modificado ilegalmente una condición esencial de la licitación, actuando en contra de los principios de igualdad de trato y confianza legítima.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se alza contra los alegatos esgrimidos por BIOGEN señalando lo siguiente:

- El elemento determinante en esta modalidad de suministro es el precio unitario ofertado por los bienes, pues el coste global del suministro para la Administración no es un dato que se conozca al principio. Por tanto, las previsiones de consumo y el importe estimado de los bienes no son elementos ciertos e inalterables de la licitación ni del contrato al estar sujetos a las variaciones que impongan las necesidades administrativas durante la ejecución.
- Las tres empresas que han presentado oferta en la licitación han formulado su oferta económica teniendo en cuenta las cantidades estimadas (15.200 unidades) y un precio unitario máximo de 275 euros, IVA excluido. Por tanto todos los licitadores han dispuesto de la misma información para la formulación de sus proposiciones.



- Si el contrato se hubiese adjudicado teniendo en cuenta 15.200 unidades estimadas, el importe de la adjudicación hubiese sido menor, pero ello no hubiese cambiado el resultado de la adjudicación a favor de la empresa PFIZER GEP, S.L.U., que presentó la oferta económicamente más ventajosa con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).
- Al haber ofertado la empresa adjudicataria un precio unitario inferior al máximo de licitación y estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración, el número de unidades a adquirir podrá aumentarse respecto a las estimadas hasta alcanzar el tope máximo del presupuesto de licitación que actúa como límite máximo del gasto. El órgano de contratación menciona el informe 3/2005, de 22 de julio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía donde se indica que *“También ese límite sirve para fijar la garantía. No parece admisible que se le exija al contratista prestar una garantía calculada sobre el importe máximo del presupuesto y sin embargo la Administración no se vincule a ese presupuesto”*.

En sus alegaciones al recurso, la entidad interesada PFIZER GEP, S.L.U. se opone al recurso por las razones que obran en su escrito y en concreto, afirma que, aun cuando se aceptase que existe una extralimitación en las unidades estimadas previstas en la resolución de adjudicación respecto a las estimadas en los pliegos, no tendría fundamento jurídico ni lógico la pretendida nulidad de la adjudicación, y lo que cabría plantear hipotéticamente es su anulación parcial para que no se tuvieran en cuenta las unidades adicionales sobre el número de 15.200.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar la controversia planteada en el recurso que se ciñe a determinar si procede anular la resolución impugnada por haberse previsto, en la adjudicación de un contrato de los definidos en el artículo 9.3 a) del TRLCSP, más unidades de bienes de las inicialmente estimadas.



Hemos de partir de los siguientes datos de interés para la resolución de la controversia:

- El contrato de suministro se ha configurado en los términos previstos en el artículo 9.3 a) del TRLCSP conforme al cual *“En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:
a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. (...)”*.
- En el apartado 9 del cuadro resumen del PCAP se establece un valor estimado para este contrato de 10.032.000 euros, de los cuales 4.180.000 euros corresponden al presupuesto de licitación por el plazo de ejecución de 24 meses, otros 4.180.000 euros corresponden a la eventual prórroga de igual duración y 1.672.000 euros corresponden a las modificaciones previstas. El precio unitario máximo del medicamento, según el mismo apartado del cuadro resumen, asciende a 275 euros, IVA excluido y la cantidad estimada de unidades para el plazo de ejecución de 24 meses asciende a 15.200 según el Anexo I al PPT.
- PFIZER GEP, S.L.U. ofertó un precio unitario de 154 euros (IVA excluido), resultando adjudicataria del contrato por ser la oferta económicamente más ventajosa con arreglo a los distintos criterios de adjudicación. Entre los datos de adjudicación que, como anexo, se adjuntan a la resolución impugnada consta el nombre de la entidad adjudicataria, el precio unitario ofertado (154 euros, IVA excluido), la cantidad de unidades (27.142,86) y el importe (4.180.000 euros, IVA excluido)

La recurrente no discute la adjudicación del contrato a la entidad PFIZER GEP, S.L.U., sino el hecho de que se le hayan adjudicado 27.142,86 unidades de bienes hasta agotar el presupuesto de licitación de 4.180.000 euros, cuando el número de



unidades estimadas del medicamento es 15.200 según el PPT. A su juicio, se ha alterado en la adjudicación un elemento esencial de la licitación que es el número de unidades estimadas y ello ha vulnerado, entre otros, el principio de igualdad de trato, pues su oferta hubiera sido distinta de haber conocido previamente que la intención última del órgano de contratación era adquirir el mayor número de unidades posibles con el presupuesto previsto de 4.180.000 euros.

Como punto de partida y a fin de situar correctamente los términos de la controversia, hemos de señalar que BIOGEN no combate la resolución impugnada por considerar que su oferta sea más ventajosa que la de la adjudicataria; es decir, no discute que la mejor proposición sea la de PFIZER GEP, S.L.U., sino solo que se le han adjudicado más unidades de bienes de las inicialmente estimadas en el PPT. Así las cosas, aun cuando se estimara el motivo articulado en el recurso, el resultado de la adjudicación a favor de aquella entidad no cambiaría, razón por la que no puede prosperar la pretensión de la recurrente de anulación de la adjudicación a favor de aquella empresa.

Cuestión distinta es que una de las condiciones en que dicha adjudicación se ha efectuado pudiera contravenir el ordenamiento jurídico -lo que se analizará a continuación-, pero, incluso de ser así, ello no obedecería a errores inherentes a la oferta adjudicataria, sino a una irregularidad cometida por el órgano de contratación a la hora de concretar los términos en que el contrato se adjudica, lo que permite incidir en la idea de que la adjudicación en sí es un acto válido que no va a resultar alterado como consecuencia del recurso.

Dicho lo anterior, procede examinar si es ajustada a derecho la indicación del número de unidades de bienes a entregar en la resolución de adjudicación impugnada.

Como ya señalamos en nuestra Resolución 76/2012, de 1 de agosto, “(...) un dato relevante a tener en cuenta es que en esta contratación [suministro del artículo 9.3 a) del TRLCSP] se establecen precios unitarios máximos por productos o lotes, toda vez que la cuantía total de los bienes no es posible definirla al tiempo de celebrar el



contrato, al estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración. En consecuencia, las ofertas económicas a los distintos lotes –con independencia de que estén o no agrupados- se hacen por precios unitarios y el contrato se adjudica, igualmente, atendiendo a dichos precios.”

Asimismo, el Informe 13/2008, de 10 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala que *“La modalidad del contrato de suministro por precio unitario y cuantía indeterminada, prevista en el artículo 9.3 a) LCSP, deberá, en todo caso, instrumentalizarse mediante un Acuerdo Marco a suscribir con un único empresario, en el que las partes fijarán con precisión los términos de las obligaciones, a excepción de la cuantía total de bienes a suministrar, que irán concretándose mediante contratos derivados (ejecuciones concretas del acuerdo marco), en función de las necesidades del ente adquirente”*.

Por tanto, en el contrato de suministro previsto en el artículo 9.3 a) del TRLCSP, los únicos elementos ciertos son el tipo de bien a entregar y su precio unitario. El número de unidades de dichos bienes que van a adquirirse es un dato que no se conoce con exactitud ni al tiempo de promover la licitación ni al tiempo de celebrar el contrato, pues precisamente las entregas están subordinadas a las necesidades de la Administración durante el periodo de ejecución contractual. Lógicamente habrá que efectuar una previsión del alcance de dichas necesidades y señalar las unidades estimadas de consumo, para a su vez fijar en los pliegos el techo máximo del gasto que puede suponer el contrato, pero tal estimación -como su nombre indica-no es un elemento cierto ni definitivo del contrato, pudiendo la Administración, durante la vida del contrato, solicitar más o menos unidades de bienes en función de cuales sean sus necesidades reales y efectivas, previendo mecanismos de incremento del límite máximo del gasto señalado en los pliegos.

Así las cosas, el número de unidades de bienes suministradas es un dato que solo se conocerá al final del contrato y si bien es cierto que la regla general es que las necesidades administrativas superen las estimaciones iniciales –de hecho se prevé la modificación del contrato *“debido a que las necesidades reales resulten superiores a*



las estimadas inicialmente” (apartado 21 del cuadro resumen del PCAP)- ello no implica que la adjudicación tenga que efectuarse sobre la base de agotar el presupuesto de licitación -máxime cuando tal extremo no se ha previsto siquiera en los pliegos-, adjudicando más unidades de bienes de las estimadas sobre la base de que el precio unitario ofertado es inferior al precio unitario máximo de licitación, y ello porque tal previsión sería contraria a la naturaleza y finalidad de este suministro que por propia definición legal implica que la cuantía total de bienes no puede definirse *“con exactitud al tiempo de celebrar el contrato”*.

En definitiva, pues, como quiera que la oferta debía efectuarse por precios unitarios conforme al Anexo I del PCAP, lo correcto habría sido señalar en la resolución de adjudicación el precio unitario ofertado y el presupuesto de licitación como límite máximo del gasto, sin mención alguna a número de unidades adjudicadas.

No obstante, insistimos, el hecho de que no se haya efectuado la adjudicación en los términos señalados no invalida sin más el acto impugnado porque, como hemos expuesto anteriormente, la adjudicación a la oferta de PFIZER GEP, S.L.U. no ha sido combatida en el recurso y la irregularidad cometida no proviene de dicha proposición, sino de los términos en que el órgano de contratación materializa o concreta la adjudicación del contrato. Se trata, pues, de una irregularidad que no hace variar el resultado de la adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa, y que, como tal, puede subsanarse en el propio contrato que, al efecto, se formalice, donde habrá de eliminarse la mención al número de unidades adjudicadas, debiendo reflejarse no obstante el presupuesto de licitación como límite máximo del gasto, todo ello sin perjuicio de eventuales modificaciones posteriores en los términos previstos en el apartado 21 del cuadro resumen del PCAP.

Finalmente, hemos de indicar que con la irregularidad padecida en la adjudicación no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato como esgrime la recurrente, puesto que las condiciones de la licitación eran claras y conocidas por igual por todos los licitadores, sin que la expectativa de agotar el presupuesto de licitación haya sido un dato que juegue en perjuicio de la recurrente puesto que tampoco era un dato



conocido por la adjudicataria, al no desprenderse de los pliegos y haberse puesto de manifiesto con la adjudicación del contrato.

Procede, pues, la desestimación del recurso sin perjuicio de que la irregularidad afectante a la adjudicación sea debidamente subsanada en los términos expuestos.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BIOGEN SPAIN, S.L.** contra la Resolución, de 4 de agosto de 2017, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro del medicamento con principio activo INFLIXIMAB 100 mg destinado a los Servicios de Farmacia de los centros integrados en la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba y en la Agencia Sanitaria Alto Guadalquivir” (Expte. 196/2017. PA 11/17) .

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

