

Recurso 437/2019

Resolución 181/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **REDDY PHARMA IBERIA S.A.U.**, contra la resolución, de 15 de octubre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Suministro del medicamento Daptomicina de 350 y 500 mg, para los centros sanitarios vinculados a la PLS de Granada” (Expte. 2019/4825), promovido por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada), adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de agosto de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 4.247.044,20 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Mediante resolución, de 15 de octubre de 2019, del órgano de contratación se adjudica el acuerdo marco, respecto a todos los lotes licitados, a la entidad ACCORD HEALTHCARE, S.L. (en adelante ACCORD).

CUARTO. El 12 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad REDDY PHARMA IBERIA S.A.U. (en adelante REDDY) contra la mencionada resolución de adjudicación del acuerdo marco.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 12 de noviembre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha documentación tiene entrada en este Tribunal el 20 de noviembre de 2019.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 5 de diciembre de 2019, se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en el plazo referido las presentadas por la entidad ACCORD.

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 -REDDY- para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un acuerdo marco de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación adoptado por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 28 de octubre de 2019 y remitida a la ahora recurrente mediante escrito formalizado en dicho día, sin que conste ni la fecha efectiva de remisión ni la de notificación. No obstante, aun computándose desde el 28 de octubre, el recurso presentado el 12 de noviembre de 2019 en el registro electrónico de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.



La recurrente interpone el citado recurso contra la resolución, de 15 de octubre de 2019, del órgano de contratación de adjudicación del acuerdo marco, solicitando que, con estimación del mismo, se declare su nulidad, incluida la valoración de las ofertas conforme al criterio de adjudicación de aplicación automática “coste”, con retroacción de las actuaciones a los efectos de que se valoren nuevamente las ofertas de acuerdo a lo establecido en los pliegos, en concreto la cláusula referida a las bonificaciones contenida en el cuadro resumen, y se otorgue a cada empresa la puntuación que le corresponde, todo ello en virtud de lo contenido en el cuerpo del recurso.

Funda su recurso en la incorrecta valoración por la mesa de contratación de las ofertas conforme al criterio de adjudicación de aplicación automática “coste”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se manifiesta en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por otra parte, la entidad interesada, ACCORD se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en el procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Con carácter previo al estudio del fondo del asunto, procede reproducir el contenido del criterio de adjudicación cuya valoración cuestiona la recurrente, que se recoge en el apartado 1 del anexo 1 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Dice así en lo que aquí interesa: *«La bonificación en producto y/o la bonificación en factura -por acuerdo comercial- no podrá superar el 30%, cumplimentándose en el Anexo 2 del Cuadro Resumen.»*.

Al respecto, la recurrente afirma que ofertó un 25% de bonificación en producto y un 25% de bonificación en factura, respetando el límite de 30% que no podía superarse como establecía el PCAP. Sin embargo, señala que verificada la resolución de adjudicación, constata que el órgano de contratación había dado una interpretación a la referida cláusula de las bonificaciones, lejos de la literalidad de la misma, al considerar que el límite de 30%, era para la suma de ambas bonificaciones; es decir, la bonificación en producto más la bonificación en factura, no podía superar un 30%.



Sobre ello, concluye que la interpretación de la mesa y el órgano de contratación es incorrecta, por un lado, porque la redacción de la cláusula del PCAP que trataba las bonificaciones era clara en el sentido de que no podían superar el 30%, ni las efectuadas sobre el producto ni las efectuadas en factura, no que no pudiesen superar dicho porcentaje de descuento como conjunto de ambas, y por otro lado, porque aplicar las bonificaciones en el sentido expuesto en su oferta era más beneficioso para el gasto a desembolsar por el órgano de contratación.

Para reforzar su alegato trae a colación determinada sentencia del Tribunal Supremo y resoluciones de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual, relativas a que el pliego es la ley del contrato entre las partes. Asimismo, reproduce otras resoluciones de dichos órganos sobre la aplicación supletoria del Código Civil, la doctrina sobre la oscuridad de los pliegos y, entre otras cuestiones, la eficiente utilización de los fondos públicos en pos de la selección de la mejor oferta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que la expresión “y/o” recogida en la cláusula de las bonificaciones no implica la exclusión de un término o posibilidad, sino más bien el empleo de las dos opciones de manera conjunta o equivalente, posibilitando a las entidades licitadoras que presenten de forma indistinta bonificaciones y abonos en factura siempre y cuando el total de las mismas no supere el 30%, pero no de forma independiente y excluyente entre ellas.

Señala el informe al recurso que si se interpretase como dice la recurrente donde el límite establecido operase de forma independiente y excluyente entre ellas, el PCAP debiera haber establecido el límite en el 60%, y la oferta de REDDY hubiese alcanzado un 50% acumulando tanto de bonificación en producto como de abono en factura, respetando el máximo de 30% dispuesto en el anexo al cuadro resumen de forma independiente.

En ningún caso, manifiesta el órgano de contratación, la interpretación alegada por la recurrente ha sido aplicada en los distintos expedientes licitados (v.gr. 2019/43660 y 2018/89753) y en los que se ha considerado el coste con idéntica ponderación a la establecida en el presente expediente es decir, la bonificación en producto más la bonificación en factura, no podía superar un 30%.



Por último, la entidad ACCORD en sus alegaciones al recurso señala que los pliegos no permitían, en modo alguno, superar el 30% de bonificación sobre el precio ofertado. Así lo entendió y plasmó en su oferta y así lo interpretó también la mesa de contratación. En este sentido, indica que fue solo la recurrente quien lo entendió de forma distinta. A su juicio, la oferta de la recurrente al ser contraria a los pliegos, incurre en causa de inadmisión, y el órgano de contratación, debería haberla inadmitido, sin más. No obstante, opta por la solución más favorable a la licitadora, y reduce, de forma automática, casi mecánica, la oferta de la recurrente al límite máximo del 30% que los pliegos permitían. En este sentido, indica que REDDY no solo no formuló preguntas ni solicitó aclaraciones en la fase de información, sino que tampoco impugnó los pliegos.

A mayor abundamiento señala ACCORD que los pliegos contienen un ejemplo de aplicación del sistema de valoración del apartado “coste”, en el que en ningún caso la aplicación de la suma de las bonificaciones supera el 30%, que opera como límite de conjunto. Por tanto, entiende que no es solo que la literalidad de la cláusula no ofrezca duda, sino que, además el límite común del 30% queda aprobado y ratificado con ejemplos de la propia Administración.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. En este sentido, como se ha expuesto, respecto a las bonificaciones, el apartado 1 del anexo 1 del cuadro resumen del PCAP, dispone que *«La bonificación en producto y/o la bonificación en factura -por acuerdo comercial- no podrá superar el 30%, cumplimentándose en el Anexo 2 del Cuadro Resumen.»*.

Al respecto, la dicción de la citada cláusula de las bonificaciones únicamente permite a las entidades licitadoras tres posibilidades a la hora de plantear su oferta: i) aplicar hasta el 30% de bonificación en producto, o ii) aplicar el 30% de bonificación en la factura final, como un descuento comercial, o bien, iii) combinar las dos posibilidades anteriores, pero sin que la suma de ambos descuentos supere el máximo del 30%. En este sentido, la oferta de una entidad licitadora que supere dicho porcentaje del 30%, ya sea en uno de las dos tipos de bonificaciones o en el conjunto de ambas, incumple las condiciones establecidas en el criterio de adjudicación para poder ser evaluada.



Queda claro, pues, que conforme a lo previsto anteriormente en el PCAP, respecto de la bonificaciones, las ofertas de las entidades licitadoras deben incluir, si así lo estiman conveniente, una bonificación en producto o en factura, sin que de forma aislada o conjunta se pueda superar el tope máximo del 30%.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones de este Tribunal 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 25/2019, de 31 de enero y 51/2020, de 14 de febrero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en los extremos cuestionados en el recurso, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes.

Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre y 259/2018, de 24 de septiembre, entre otras) la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones de los pliegos, que vinculan no solo a las empresas que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.

Sobre el particular, el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que «(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80).».



En este sentido, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

En el supuesto examinado, si la mesa de contratación hubiera evaluado las bonificaciones ofertadas como indica la recurrente, no solo se habría apartado de las condiciones que el órgano de contratación había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio del resto de licitadoras.

A mayor abundamiento, ha de darse la razón a la entidad ACCORD cuando en su escrito de alegaciones al recurso señala que el citado apartado 1 del anexo 1 del cuadro resumen del PCAP, contiene un ejemplo de aplicación del sistema de valoración del apartado “coste”, en el que en ninguna de las dos situaciones que plantea, la aplicación de la suma de las bonificaciones supera el 30%.

En definitiva, pudiendo la entidad ahora recurrente conocer las características y limitaciones del PCAP respecto a las bonificaciones para la presentación de ofertas, hubo de prever tal contingencia. No es por tanto posible atender el alegato de la recurrente, pues en su oferta se acredita que respecto al criterio de adjudicación relativo a las bonificaciones incumplió el PCAP en los términos expuestos.

Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto.

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 **REDDY PHARMA IBERIA S.A.U.**, contra la resolución, de 15 de octubre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Suministro del medicamento Daptomicina de 350 y 500 mg, para los centros sanitarios vinculados a la PLS de Granada” (Expte. 2019/4825), promovido por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada), adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, 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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

