

Recurso 109/2020

Resolución 321/2020

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

Sevilla, 1 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SANDOZ FARMACEUTICA, S.A**, contra la adjudicación del contrato denominado “Acuerdo Marco de suministro de Adalimumab para los Centros que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén” (Expte. 0000241/2019) respecto a los lotes 1 y 2, convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, 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 2 de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 1.797.600,00 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 el Reglamento



General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el órgano de contratación con fecha 7 de marzo, dicta resolución por la que adjudica el acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución (Lotes 1 y 2), a favor de la entidad BIOGEN SPAIN, S.L. (en adelante, BIOGEN).

La citada resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 17 de marzo de 2020, constando en el expediente remitido su puesta a disposición a la entidad recurrente a través del sistema de notificaciones telemáticas el 27 de marzo de 2020.

CUARTO. El 7 de abril de 2020, la entidad SANDOZ FARMACEUTICA, S.A. (en adelante, SANDOZ) presentó en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación.

QUINTO. 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 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.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 2 de junio de 2020, da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y le solicita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. El requerimiento fue atendido, con fecha 23 de junio, solicitando el órgano de contratación con ocasión de la documentación remitida, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. El 16 de julio de 2020, el Tribunal acuerda mantener la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.



OCTAVO. Mediante escritos de 13 de agosto de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas. Haciendo uso del trámite concedido, BIOGEN las presentó dentro del plazo señalado para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 1 y 2, 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 licitación es un acuerdo marco de suministro, cuyo valor estimado asciende a 1.797.600,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, 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, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que “El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.



Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.

En el supuesto analizado, el acuerdo de adjudicación impugnado se publicó en el perfil de contratante el 17 de marzo de 2020, siendo puesto a disposición de la entidad recurrente a través del sistema de notificaciones telemáticas el 27 de marzo de 2020, por lo que el recurso presentado el 7 de abril de 2020 se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación del citado acuerdo marco de suministro, solicitando a este Tribunal como pretensión principal, que se anule la mencionada resolución y se retrotraiga el procedimiento al momento de la admisión de las ofertas, a fin de excluir la presentada por BIOGEN, al haberlo sido fuera del plazo previsto en el de pliego de cláusulas administrativas particulares.

En segundo lugar, la recurrente solicita de manera subsidiaria, para el caso de que no sea atendida la anterior petición, que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación por falta de motivación, y en consecuencia la nulidad de la licitación por incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, al no haberse respetado las normas contenidas en el pliego en la fase de valoración de las ofertas en los lotes 1 y 2.

En tercer lugar y de manera igualmente subsidiaria, para el caso de que el Tribunal no estime las anteriores pretensiones, la recurrente solicita la nulidad de la resolución de adjudicación y la nulidad de la licitación del Lote 2 (dispositivo en pluma precargada) por incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, al carecer de motivación y no haber respetado las normas contenidas en el pliego en la fase de valoración de las ofertas de este lote.



En cuarto lugar y de manera subsidiaria para el caso de que el Tribunal no estime las anteriores pretensiones, la recurrente solicita que se anule la resolución de adjudicación y se ordene la retroacción al momento de la valoración de las ofertas respecto al Lote 1, para que se proceda a la correcta valoración por parte del órgano de las ofertas con la motivación suficiente.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, se opone a lo alegado por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución; y en el mismo solicita a este Tribunal que acuerde la imposición de multa a SANDOZ, por entender que concurren los requisitos previstos para ello en el artículo 58 de la LCSP.

Por último, la entidad BIOGEN se opone a lo pretendido 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. SANDOZ como pretensión principal alega que, la adjudicataria -BIOGEN- ha presentado su oferta fuera del plazo previsto en la cláusula 6.2.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que considera que debe ser excluida del presente procedimiento de adjudicación.

Así señala que, el pliego exige como requisito de admisibilidad para las proposiciones presentadas por correos, el justificante de presentación en fecha y hora anterior a la finalización del plazo, y además exige que el justificante sea enviado al órgano de contratación (a través de telex, fax o telegrama) también con anterioridad a la fecha y hora de finalización del plazo de presentación de ofertas.

En el el anuncio de licitación del presente expediente, constaba como fecha de finalización de presentación de ofertas las 14:00 horas del día 3 de junio de 2019. Pues bien, BIOGEN presentó la oferta por correos con fecha 3 de junio 2019, y lo comunicó por fax a la Administración en fecha posterior a la del vencimiento de la licitación, esto es el 4 de junio de 2019.

Por tanto, los hechos referidos confirman a juicio de SANDOZ, el incumplimiento invocado, y la procedencia de la exclusión de la oferta de la adjudicataria -BIOGEN.

Por su parte el órgano de contratación en el informe al recurso, manifiesta que BIOGEN, el mismo día de la presentación de su oferta en la oficina de correos -3 de junio de 2019- remitió hasta en ocho ocasiones, al



número de fax que figura en el apartado 22 del cuadro resumen del pliego, la comunicación de la presentación, poniendo tal circunstancia en conocimiento del órgano de contratación. Al no obtener un resultado positivo por encontrarse ocupada la línea, envió la comunicación al correo electrónico de la Subdirección de Contratación Administrativa de la Plataforma de Logística Sanitaria con fecha 3 de junio, comunicación que fue registrada el 4 de junio. Por tanto, continúa el órgano de contratación en su informe, la empresa adjudicataria actuó con la diligencia debida, siendo causas técnicas totalmente ajenas y no imputables a BIOGEN, las que impidieron que la comunicación se recepcionara en el número de fax indicado en el pliego.

Pues bien, tras lo expuesto se constata que la controversia se centra en discernir si el aviso efectuado por BIOGEN, relativo a la presentación de su oferta a través de la oficina de Correos, se realizó dentro del plazo legal previsto, o si, por el contrario, el anuncio realizado no es acorde con lo establecido en los pliegos y, en consecuencia, la oferta debe considerarse presentada fuera de plazo y, por tanto, procede la inadmisión de la misma.

A tal efecto, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que la presentación de las proposiciones por correos se regula en el pliego de cláusulas administrativas particulares en su cláusula 6.2.3., en los siguientes términos:

“En este caso, la persona ofertante deberá justificar la fecha de presentación de la proposición en la oficina de correos y anunciar al Órgano de Contratación la remisión de la oferta mediante fax o telegrama en el mismo día.

También podrá anunciarse por correo electrónico, si así se especifica en el apartado 22.1 del Cuadro Resumen, si bien en este caso el envío del anuncio sólo tendrá validez si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifica fidedignamente al remitente y a la persona destinataria. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente.

Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la proposición, si es recibida por el Órgano de Contratación con posterioridad a la fecha y hora de terminación del plazo señalado en el anuncio.

Transcurridos, no obstante, los diez días naturales siguientes a la indicada fecha sin que se hubiese recibido la proposición, ésta no será admitida en ningún caso.”



Dicha redacción es un reflejo cuasi literal de lo que dispone el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en el artículo 80.4, respecto a la forma de presentación de la documentación por los licitadores, *establece:*

«Cuando la documentación se envíe por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. También podrá anunciarse por correo electrónico, si bien en este último caso sólo si se admite en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El envío del anuncio por correo electrónico sólo será válido si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente.

Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio. Transcurridos, no obstante, diez días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso».

Del tenor de lo dispuesto en el pliego y de la propia redacción del artículo 80.4 del Reglamento, se desprende que para la plena validez del envío de la proposición por correo, el licitador viene obligado a cumplir dos requisitos que actúan de forma acumulativa: justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante fax o telegrama en el mismo día. Siendo admisible el anuncio por correo electrónico si se regula en el pliego, posibilidad ésta última que no es aplicable al presente caso, por no estar expresamente previsto en el apartado 22.1 del cuadro resumen del pliego.

Pues bien, atendiendo a lo ocurrido se ha podido constatar de la documentación que obra en el expediente, que, BIOGEN presentó su proposición en correos a las 12 horas y 28 minutos del día 3 de junio de 2019.

En cuanto a la obligación de anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante fax, en el expediente de contratación obran copias de las remisiones al fax de fecha 3 de junio de 2019 en las siguientes horas: 13:02, 13:23, 13:52, 14:09, 14:25, 15:22, 16:11 y 16:59; todas ellas con el resultado de ocupado.



Igualmente obra copia del correo electrónico, de fecha 3 de junio de 2019, con el asunto “Envío de oferta al expte. CCA 65MBVZZ (Adalimumab) BIOGEN SPAIN SL”, dirigido a la Subdirección de Contratación Administrativa de la Plataforma de Logística Sanitaria y a la Unidad de Contratación Administrativa CH Jaén y en el que se adjunta el texto del referido fax; así como el certificado del responsable de la unidad de registro, en el que consta la presentación del fax en registro con fecha de 4 de junio de 2019.

Por último, el 5 de junio de 2019, tiene entrada en el registro del órgano de contratación la documentación de referencia, dentro del plazo de los diez días siguientes a la fecha de terminación del plazo señalado en el anuncio de licitación.

Por tanto, resulta acreditado que la presentación de la proposición en correos se hizo dentro del plazo previsto en el pliego. Si bien el anuncio de la presentación en correos, se formalizó en plazo, pero utilizando un medio -correo electrónico-, no previsto expresamente en el pliego como medio para anunciar la presentación de ofertas

Para una correcta valoración de la presente cuestión se ha de analizar la naturaleza y finalidad de ambos plazos. Por un lado la fecha de presentación en la oficina de correos, es la fecha límite a la que se somete la presentación de las proposiciones, por tanto su cumplimiento ha de ser observado con el máximo rigor. En cuanto al anuncio del fax es complementario y accesorio al primero y tiene como finalidad que el órgano de contratación sea conocedor de la existencia de la proposición en plazo, ya que la llegada de la documentación será en un momento posiblemente posterior al cierre del plazo.

Por tanto se hace necesario, interpretar las referidas prescripciones del pliego y del artículo 80.4 del RGLCAP, conforme al criterio teleológico que ha de primar en la aplicación de las normas, según dispone el artículo 3.1 del Código Civil. Y en tal sentido se constata, que la finalidad que dicho trámite persigue se vio cumplida el mismo día 3 de junio, mediante el aviso materializado por correo electrónico. Siendo el órgano de contratación el que, en cumplimiento de lo previsto en la regulación del procedimiento, lo registra de entrada al día siguiente.

Ciertamente el aviso no fue recibido en el fax del órgano de contratación el día 3 de junio, conforme se preveía en el pliego. Ahora bien, en el expediente obra acreditación documental de los reiterados intentos



de la entidad adjudicataria para ello, un total de ocho intentos de remisión con resultado de ocupado, y además el propio órgano de contratación asevera en su informe que fueron causas técnicas no imputables al contratista, las que impidieron la efectiva recepción de las comunicaciones remitidas al fax. Y fue esta imposibilidad material y prolongada en el tiempo, la que hizo a BIOGEN hacer uso de un medio alternativo, como es el correo electrónico, para hacer efectivo el aviso al órgano de contratación, de la presentación de su oferta en correos.

Por tanto, a juicio de este Tribunal, procede una interpretación antiformalista del pliego en el presente supuesto, que permita una correcta resolución de la pretensión principal de la recurrente -la exclusión de la oferta de BIOGEN por extemporánea-.

Así, el principio antiformalista (v.g. Resolución de este Tribunal 232/2017, de 3 de noviembre, entre otras muchas), conforme a una doctrina consolidada del Tribunal Supremo –por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina, Recurso 265/2003-, es reconocido por el Alto Tribunal en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública, considerando que una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia.

Por su parte, el principio de proporcionalidad (v.g. Resolución de este Tribunal 184/2018, de 14 de junio, entre otras), reconocido por la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08) y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva LCSP, exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

A la vista de todo lo expuesto, este Tribunal considera que en atención a las concretas circunstancias que concurren en el presente supuesto y en aplicación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, no cabe aceptar la pretensión de la recurrente de excluir la proposición de BIOGEN por extemporánea. Y



ello dado que el fin perseguido con la remisión del fax, de avisar al órgano de contratación de la presentación de la documentación en correos, se ha conseguido en plazo. Si bien por otro medio, como es el correo electrónico, pero ello ha sido como medio alternativo utilizado por la adjudicataria, ante los impedimentos técnicos del fax, y cuyas causas no le son imputables. Además una interpretación contraria llevaría a la inadmisión de BIOGEN, una medida siempre excepcional que ha de ser aplicada con cautela y proporcionalidad, por sus efectos restrictivos de la concurrencia.

A la vista de todo lo expuesto, procede desestimar este primer motivo de recurso.

SÉPTIMO. Desestimada la pretensión principal del recurso, procede a continuación analizar la primera de las pretensiones invocadas por la recurrente de forma subsidiaria.

Así, en segundo lugar, la recurrente solicita se declare la nulidad de la resolución de adjudicación y la nulidad de la licitación por incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, al no haberse respetado las normas contenidas en el pliego por el órgano de contratación en la valoración del criterio no automático *“Características, calidad e información del envasado”*, y ello respecto a los dos lotes.

Para ello alega que el órgano de contratación en el informe técnico de valoración emitido otorga la puntuación respecto al citado criterio centrándose tan sólo en la valoración de uno de los cuatro subapartados previstos, concretamente el parámetro relativo a la existencia o no de código de barra en el envase primario. Por lo que el reparto de puntuación y motivación es más propio de la valoración de un criterio automático y ello dado que el órgano se ha limitado a otorgar la puntuación en función de si el envase primario contiene o no código de barras, obviando cualquier referencia al resto de parámetros.

Asimismo, señala la recurrente, que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, ya que la Administración ha de expresar las razones que la inducen a otorgar preferencia a la oferta de uno de los licitadores frente al resto.

En el presente supuesto, continúa la mercantil recurrente, que la ausencia de motivación no constituye un acto anulable que permita la retroacción del procedimiento al momento de la valoración técnica de los criterios no automáticos, dado que al conocerse las ofertas económicas realizadas, ese proceder atentaría



contra el principio de garantía jurídica y contra el principio de igualdad de trato de los licitadores, al no poderse asegurar la imparcialidad de la Administración para emitir un nuevo informe atendiendo a criterios subjetivos.

Por su parte, el órgano de contratación, manifiesta que el hecho de que el informe técnico solo haya hecho referencia a un parámetro, refleja que es la característica técnica del producto que ha resultado determinante para otorgar una puntuación diferenciada. Así y tras valorar todos los productos admitidos a la licitación y a la luz de los parámetros que definen el criterio, los mismos resultaron equivalentes salvo en lo que respecta a la existencia de un código de barra en envase primario.

Entiende además el órgano de contratación, que el hecho de que en la valoración de criterios se introduzcan parámetros objetivables no convierte al criterio en automático, sino en un criterio más entre el resto que permite al órgano técnico asesor realizar su juicio valor.

Para un correcto análisis de las alegaciones realizadas procede traer a colación, en lo que aquí interesa, las previsiones del pliego en lo relativo a los criterios de adjudicación.

Así y dentro del apartado de “*Criterios técnicos no automáticos*” se encuentra el denominado “*Características, calidad e información del envasado*”, con un máximo de 25 puntos, y con un baremo previsto de: Excelente=25 puntos, Óptimo= 15 puntos, Buena= 5 puntos, Mínima aceptable=0 puntos.

A tal efecto el pliego contempla:

Se valorará:

Presentación en DU individualizada, que no requiera ninguna operación de acondicionamiento para su administración, consideradas como estándar de calidad y seguridad.

Calidad y claridad de la información contenida en la DU (DOE, código de barras, tamaño de la tipografía, legibilidad, precisión de la información, lote, fecha de caducidad, etc)

Presencia de código de colores o identificación diferencial en etiqueta y/o envasados entre diferentes dosificaciones.

Calidad y claridad de la información contenida en el envase primario y/o secundario (DOE, código de barras, tamaño de la tipografía, legibilidad, precisión de la información, lote, fecha de caducidad, etc).



En ejecución de las previsiones contenidas en el pliego, la comisión técnica provincial emite informe, de fecha 11 de diciembre de 2019, en relación con los citados criterios de adjudicación de carácter no automático en relación a las distintas ofertas presentadas, del que conviene destacar, a los efectos de la cuestión analizada, el siguiente contenido:

| LOTE | DESCRIPCIÓN | EMPRESA | CARACTERÍSTICAS CALIDAD E INFORMACIÓN DEL ENVASADO: 25 PUNTOS | OBSERVACIONES |
|------|---|---------------------------|---|---|
| 1 | Adalimumab 40mg Parenteral-jeringa precargada | ABBVIE SPAIN, S.L.U. | 15 | No dispone de código de barra en envase primario. |
| 1 | | AMGEN, S.L. | 15 | No dispone de código de barra en envase primario. |
| 1 | | BIOGEN SPAIN S.L. | 25 | Dispone de código de barras en envase primario. |
| 1 | | SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A. | 15 | No dispone de código de barra en envase primario. |

| LOTE | DESCRIPCIÓN | EMPRESA | CARACTERÍSTICAS CALIDAD E INFORMACIÓN DEL ENVASADO: 25 PUNTOS | OBSERVACIONES |
|------|---|---------------------------|---|--|
| 2 | Adalimumab 40mg Parenteral-pluma precargada | ABBVIE SPAIN, S.L.U. | 15 | No dispone de código de barra en envase primario. |
| 2 | | AMGEN, S.L. | 15 | No dispone de código de barra en envase primario. |
| 2 | | BIOGEN SPAIN S.L. | 25 | Dispone de código de barras en envase primario. |
| 2 | | SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A. | 25 | Dispone dispone de código de barra en envase primario. |

Una vez conocida la puntuación otorgada por la comisión técnica, en los criterios de valoración no automáticos, SANDOZ solicita aclaración sobre las siguientes cuestiones:



En primer lugar, se solicita la información de trazabilidad que proporciona el código de barras del envase primario (tanto en su jeringa precargada, como en su pluma precargada) de los dispositivos ofertados por la empresa Biogen, que justificase el hecho de que se le haya dado la mayor de las puntuaciones que recogía el criterio.

En segundo lugar, se solicita que se procediese a comprobar la información que proporciona el código Datamatrix que se encuentra en el envase primario.

En respuesta a la referida solicitud de aclaración se emite informe con fecha 19 de febrero de 2020, del que se extracta el siguiente contenido:

“Tener código de barras”. Dicha característica es sólo uno de los muchos elementos que se enumeran en este escrito de valoración, en ningún caso se denomina en los pliegos la enumeración específica que debe contener ese código de barras.

No se ha solicitado información específica dentro del código de barras. Los conceptos de “lote” y “fecha de caducidad”, no van referenciados a la información que debe tener el código de barras, sino que van contenidos en el criterio general de: características, calidad e información del envasado.

El código de barras contiene información del fabricante sobre el envasado/ modelo representado.

A la luz pues, de los hechos referidos y de lo dispuesto en el 151.1 de la LCSP, que exige la motivación del acto de adjudicación, se ha de analizar si, en el supuesto examinado, existe o no motivación en el informe técnico sobre valoración de las ofertas y por ende en el acto de adjudicación.

En el PCAP queda configurado, de un lado, un baremo previo para la asignación de puntuaciones que va desde 25 puntos con la calificación de “excelente” a cero puntos con la calificación de “mínima aceptable” pasando por las calificaciones intermedias de “óptima” (15 puntos) y “buena” (5 puntos) y de otro, una exposición de parámetros sujetos a valoración, cada uno de los cuales subdividido en varios aspectos evaluables; a saber: (1) presentación en DU individualizada, (2) calidad y claridad de la información contenida en la DU (DOE, código de barras, tamaño de la tipografía, legibilidad, precisión de la información, lote, fecha de caducidad, etc), (3) presencia de código de colores o identificación diferencial en etiqueta y/o envasados entre diferentes dosificaciones y (4) calidad y claridad de la información contenida en el envase primario y/o secundario (DOE, código de barras, tamaño de la tipografía, legibilidad, precisión de la información, lote, fecha de caducidad, etc).



Por su parte y en atención al contenido del pliego, el informe técnico que emite la comisión técnica provincial, de fecha 11 de diciembre de 2019, en cuanto al criterio “*Características, calidad e información del envasado*”, tras reproducir lo previsto en el PCAP, en el Anexo al mismo, contiene una relación de los dos lotes y de las empresas licitadoras, haciendo mención a la puntuación total obtenida por cada una de ellas y en el campo de observaciones la referencia a cada licitador con la mención de si dispone o no de código de barras en envase primario. Así pues, el informe sólo contiene la puntuación total, sin más motivación o justificación de los puntos asignados a cada una de ellas, que la referencia a la existencia o no de código de barras. Es decir, se asignan puntuaciones totales en el criterio (15 ó 25 puntos) en atención exclusiva a uno de los varios aspectos valorables en uno de los cuatro parámetros del criterio; al menos, esta es la exteriorización del razonamiento interno del órgano evaluador. No se contempla, pues, la más mínima referencia a los otros parámetros de evaluación -que no se configuran como alternativos en el PCAP-, desconociéndose si han tenido algún peso en la puntuación final del criterio o si, como parece desprenderse de la literalidad del informe, no han sido tenidos en cuenta.

En cuanto a la motivación contenida en la resolución de adjudicación del contrato de fecha 7 de marzo de 2020, en el antecedente de hecho quinto de la misma y en cuanto a la valoración de las ofertas, se hace constar:

“Por la Mesa en sesión de 17 de diciembre de 2019 (Acta 43-01_2019) se procedió al análisis del informe técnico emitido al efecto, donde la Mesa de Contratación admitió el Informe sobre Criterios no automáticos de valoración aportados y al acto público para la comunicación del resultado del informe de valoración por la Comisión Técnica Provincial de las empresas presentadas y admitidas al procedimiento”.

Por tanto, la resolución de adjudicación no añade ninguna razón o motivo que justifique la preferencia de un licitador frente a otro en los distintos lotes, remitiéndose en este punto en su integridad al contenido del informe técnico.

En cuanto a las aclaraciones solicitadas por SANDOZ y atendidas por el órgano de contratación, el contenido de las mismas, como ha quedado recogido con anterioridad, se centra en una cuestión específica -información y trazabilidad del código de barras del envase primario- sin que las explicaciones ofrecidas por el órgano de contratación, en este punto, contengan información alguna sobre los motivos por los que se llega al resultado final de otorgamiento de puntuación dada a las ofertas.



En el expediente remitido a este Tribunal no existe ningún otro documento en el que conste la justificación técnica de las puntuaciones otorgadas para la evaluación del criterio *“Características, calidad e información del envasado”*.

De todo lo expuesto se concluye, que el razonamiento técnico para llegar a las puntuaciones globales reflejadas en el informe, no se ha exteriorizado en documento alguno, por lo que de haber existido aquel ha quedado en el ámbito interno de sus autores. Ni siquiera han quedado documentadas en el expediente, las razones que con posterioridad a la adjudicación se alegan en el informe al recurso, relativas a que el órgano de contratación tuvo en cuenta todos los parámetros que definen el criterio, y que resultando equivalente las ofertas en todos ellos, resultó determinante para otorgar la puntuación final el código de barras en envase primario. Este razonamiento técnico se hace a posteriori en el informe al recurso pretendiendo completar o suplir el criterio técnico del órgano evaluador en el momento de valorar las ofertas.

En consecuencia, en el presente expediente, existe una ausencia de justificación técnica en las puntuaciones dadas, que supera el límite de la discrecionalidad técnica. No se trata de una mera motivación insuficiente que, por la vía de anular la adjudicación, permitiera al órgano evaluador completar sus argumentos sin alterar la esencia de los mismos, ni las puntuaciones asignadas; en el supuesto enjuiciado, no se encuentra motivación alguna de los aspectos evaluables en el criterio más allá de la somera mención a disponer o no de código de barras, cuando la voluntad del órgano de contratación plasmada en los pliegos ha sido valorar más extremos; y sin que resulte posible ahora construir ex novo, partiendo de unas puntuaciones preexistentes, el criterio técnico del órgano evaluador en la generalidad de los parámetros de evaluación del criterio.

El criterio expuesto ha sido, igualmente, asumido por este Tribunal en reiteradas Resoluciones . Así, en la Resolución 418/2015, de 17 de diciembre, se señalaba que *«(...) la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que, en caso de ser contravenida, generaría indefensión.»*



En definitiva, pues, la motivación es un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas. En el supuesto analizado, hemos de concluir que la valoración técnica de las ofertas con arreglo al criterio del PCAP *“Características, calidad e información del envasado”*, ha rebasado los límites de la discrecionalidad.

En este sentido, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en supuestos como el aquí analizado, valga a título de ejemplo la Resolución 183/2017, de 19 de septiembre, *“Este proceder inadecuado de la Administración no puede subsanarse ahora por la vía de motivar y explicitar el criterio técnico en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, como ya se ha señalado, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso.”*

Por tanto, no cabe la subsanación mediante una nueva evaluación de las ofertas, que respete los límites de la discrecionalidad técnica y contenga la motivación adecuada y suficiente, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de las entidades licitadoras, por lo que aquella nueva valoración supondría una infracción de lo establecido en los artículos 146.2 del LCSP y concordantes del RGLCAP.

En consecuencia, la estimación de este motivo del recurso, obliga a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos y no solo del acuerdo de adjudicación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación con apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

OCTAVO. En cuanto a las demás pretensiones contenidas en el recurso se ha de señalar, que la estimación de la pretensión anterior impide y hace innecesario el examen de los restantes motivos del recurso, dado que los mismos se articulan con carácter subsidiario o accesorio para el solo supuesto de desestimación de la pretensión contenida en la primera subsidiaria.

NOVENO. Finalmente, se ha de indicar que la estimación de la pretensión analizada en el fundamento de derecho séptimo, hace improcedente la imposición de multa por mala fe a la recurrente en los términos solicitados por el órgano de contratación, en su informe al recurso.



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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SANDOZ FARMACEUTICA, S.A.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Acuerdo Marco de suministro de Adalimumab para los Centros que integran la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén”, respecto a los lotes 1 y 2 (Expte. 0000241/2019), convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, y, en consecuencia, anular la resolución impugnada respecto a los lotes 1 y 2, debiendo procederse conforme ha quedado expuesto en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

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, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal, de 16 de julio de 2020, respecto de los lotes 1 y 2.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

