Recurso nº 1035/2015 C.A. Castilla-La Mancha 52/2015
Resolución nº 1028/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 6 de noviembre de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. I. M. P. en nombre y representación de la mercantil GES GENÉRICOS ESPAÑOLES LABORATORIO, S.A.U., contra la Resolución de 18 de septiembre de 2015 de la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) de adjudicación del "*Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*" en el expediente de contratación 6101TO14SUM00013-AM, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación del Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de febrero de 2015.

Segundo.- A la licitación concurrieron, en el lote litigioso, que es el 126, dos empresas, entre las que se encontraban la empresa recurrente.

Tercero.- Tras la pertinente tramitación inicial, es relevante destacar que el día 21 de julio de 2015 la Mesa de Contratación propone al órgano de contratación la adjudicación del lote 126 a las dos licitadoras que se presentaron al mismo. Siguiendo

esta propuesta, el órgano de contratación acuerda la adjudicación del lote el 18 de septiembre de 2015. Dicha adjudicación recae tanto en la recurrente como en la mercantil ACCORD HEALTH CARE, S.L.U

Cuarto.- Con fecha 6 de octubre de 2.015 la recurrente presentó recurso contra la adjudicación del contrato, exponiendo los argumentos que consideró pertinentes y que más adelante se expondrán. También se solicitaba expresamente la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto, Con fecha 21 de octubre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a ACCORD HEALTH CARE, S.L.U otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase las alegaciones que entendieran pertinentes, sin que haya evacuado dicho trámite.

Sexto.- El 22 de octubre de 2015 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, comunicó a la recurrente el levantamiento de la suspensión del procedimiento de contratación del Lote 126, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 22 de octubre de 2012 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 2 de noviembre de 2012.

Segundo. El acto recurrido, la adjudicación del contrato, es susceptible de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el art 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. En cuanto a la legitimación de la recurrente debe admitirse al tratarse de una licitadora del procedimiento que, en caso de atenderse el recurso, resultaría adjudicataria única del mismo.

Cuarto.- Se han cumplido los requisitos de tiempo y forma exigidos por la ley.

Quinto.- En cuanto a los argumentos de la recurrente, esta expone que solo su oferta cumplía las condiciones descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas respecto del producto que se debía suministrar a través del lote 126. Indica que el producto que oferta se presenta en dos formas farmacéuticas, polvo para solución inyectable y polvo para solución para inhalación por nebulizador, siendo este último el único formato admisible que se menciona en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por su parte, el producto ofertado por la otra adjudicataria, ACCORD HEALTH CARE, S.L.U., presenta únicamente una forma farmacéutica, como polvo para solución inyectable y para perfusión, por lo que su oferta debería haber sido excluida por el órgano de contratación. Aporta para acreditar estos extremos las fichas técnicas de los dos productos, de las que se deduce, a su juicio, que el producto denominado "*Colistimetato de sodio Xellia*" se administra por vía intravenosa en forma de perfusión lenta durante 30-60 minutos.

De todo lo anterior deduce la recurrente que la Mesa de Contratación debió haber comprobado que el producto ofertado por ACCORD HEALTH CARE, S.L.U. no cumplía con las prescripciones técnicas y haber resuelto, por dicho motivo, su exclusión.

El órgano de contratación en el informe emitido a instancia de este Tribunal afirma que, si bien en ambas ofertas estaríamos en presencia de polvo para solución con una dosis correcta, en el caso del producto ofertado por la recurrente se describe la utilización por vía inhalatoria, relacionándose esta vía con la indicación autorizada en fibrosis quística, mientras que en el caso del producto ofertado por la otra adjudicataria, ACCORD HEALTH CARE, S.L.U., la forma farmacéutica que aparece en la ficha técnica es únicamente polvo para solución inyectable y para perfusión, no estando autorizada su utilización por vía inhalatoria en pacientes con fibrosis quística.

En consecuencia, el órgano de contratación informa favorablemente la petición formulada en el recurso, relativa a la exclusión respecto al lote número 126 de la oferta presentada por la empresa ACCORD HEALTH CARE, S.L.U. coadjudicataria de aquel.

Sexto.- Entrando a analizar la cuestión que se nos plantea, debemos recordar que es doctrina reiteradísima de este Tribunal que los pliegos rectores de la licitación -tanto el de Cláusulas Administrativas Particulares como el de Prescripciones Técnicas- tienen carácter vinculante para las partes y deben considerarse como verdadera "*lex contractus*", como ley del contrato, tal como se deduce de los artículos 1091 del Código Civil y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Este principio ha sido declarado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 28 de febrero de 1962, 21 de noviembre de 1972, 18 de marzo de 1974, 3 de febrero de 1992, 21 de enero de 1994, 6 de octubre de 1997, 4 de noviembre de 1997, 27 de febrero de 2001, 27 de octubre de 2001, 18 de mayo de 2005, 25 de junio de 2012, entre otras muchas), como por la doctrina legal del Consejo de Estado (Dictámenes de 16 de octubre de 1997 y 8 de octubre de 2009) y, en continuas ocasiones por este Tribunal (Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013 ó 94/2013 entre otras muchas).

Esto significa que las cláusulas contractuales constituyen la pieza básica, esencial y prioritaria a la hora de interpretar el contrato de que forman parte y que como ha declarado este Tribunal, el ordenamiento jurídico impone a los licitadores la obligación de ajustar sus ofertas a lo dispuesto en los pliegos, de modo que es obvio que la consecuencia del incumplimiento de esta obligación es la exclusión del procedimiento de licitación. Resulta evidente que aquellas proposiciones que no se ajusten a lo dispuesto en los pliegos no deben ser admitidas a la licitación. Esta doctrina resulta incluso de aplicación, según expone nuestra Resolución 831/2014, para poder acordar la exclusión del licitador del procedimiento tras la apertura de la proposiciones económicas, supuesto en que resulta necesario que analizada la oferta presentada, de la misma se deduzca, sin género de dudas, la falta de viabilidad técnica de la oferta o

su incoherencia con los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Finalmente, conviene también recordar que en nuestra Resolución 669/2014 indicamos que en estos casos la exclusión del licitador que no cumple con las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas ha de ser debida a elementos absolutamente objetivos y claramente definidos en los pliegos, sin que quepa efectuar juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores. De este modo sólo será válida la exclusión del licitador si se cumplen dos condiciones:

1) Los errores imputados acreditan sin género de dudas la falta de viabilidad técnica de la oferta o su incoherencia con los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas,

2) Dichos errores pueden ser detectados sin necesidad de efectuar un juicio técnico o de valor.

Séptimo.- Sentado lo anterior, en el caso que nos atañe, el Pliego de Prescripciones Técnicas alude someramente al producto exigido en el lote 126 señalando lo siguiente:

"126, J01XB01, Colistimetato de sodio polvo para solución para inhalación, 1 MUI."

Observamos que el Pliego de Prescripciones Técnicas exige expresamente que el producto se inhale, no cabe la menor duda de esto a pesar de la parquedad con que está redactado el pliego. En la ficha técnica aportada por el recurrente junto con su recurso se puede observar como el producto ofertado por ACCORD HEALTH CARE, S.L.U. no permite la inhalación, sino que únicamente puede ser objeto de inyección. Esta afirmación ha sido ratificada por el propio órgano de contratación, quien en su informe constata el error padecido y apoya la argumentación de la recurrente a estos efectos.

Con estas condiciones este Tribunal considera que concurren elementos objetivos y claramente contrastados que permiten declarar que el producto ofertado por ACCORD

HEALTH CARE, S.L.U en este lote no cumplía con las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas, razón por la cual, en cumplimiento de la doctrina que hemos citado en el anterior fundamento de derecho, procedía haber excluido de la licitación en ese lote la oferta de ACCORD HEALTH CARE, S.L.U. y haber adjudicado el mismo únicamente a la recurrente.

Por otro lado, esta declaración no debe interpretarse como una merma de los derechos de ACCORD HEALTH CARE, S.L.U. en el presente procedimiento de recurso, toda vez que tras serle concedido plazo para efectuar alegaciones, no ha hecho uso de su derecho, razón por la cual no puede existir merma alguna de su derecho a intervenir en este procedimiento para defender sus legítimos intereses.

Por todo lo expuesto, procede estimar el presente recurso, anulando parcialmente la resolución recurrida en lo que hace al lote 126, excluyendo del mismo la oferta de ACCORD HEALTH CARE, S.L.U**.**

VISTOS los preceptos legales de aplicación.

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha ACUERDA:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. I. M. P. en nombre y representación de la mercantil GES GENÉRICOS ESPAÑOLES LABORATORIO, S.A.U.., contra la Resolución de fecha 18 de septiembre de 2015 de la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla- La Mancha (SESCAM) de Adjudicación del Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha en el expediente de contratación 6101TO14SUM00013-AM, anulando parcialmente la resolución recurrida en lo que hace al lote 126, el cual debe ser adjudicado a la recurrente, excluyendo del mismo la oferta de ACCORD HEALTH CARE, S.L.U**.**

Segundo. Declarar que no aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recursos contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa