Recurso nº 112/2011
Resolución nº 144/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 25 de mayo de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Doña R. B. P., en representación de SANOFI PASTEUR MSD S.A., con fecha 3 de mayo de 2011, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la adjudicación del acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de gripe estacional para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y varias Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Subdirección General de Programación y Administración Financiera del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha de 12 abril de 2011 licitación para adjudicar por procedimiento abierto el acuerdo marco antes mencionado, con un presupuesto de licitación por importe de 19.681.178,4 €.

Segundo. Contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que deben regir la adjudicación y ejecución del indicado acuerdo marco, a los cuales existe acceso directo desde el anuncio publicado en la Plataforma mencionada, se interpuso recurso por SANOFI PASTEUR MSD S.A. mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 3 de mayo de 2011, en el que tras formular las consideraciones que estima convienen a la defensa de su derecho termina solicitando que se tengan por impugnadas las cláusulas 2.1.2 del pliego de cláusulas

Pº DE LA CASTELLANA, 162, 15ª PLTA
28071 - MADRID
TEL: 91.583.76.39/41/45
FAX: 91.583.76.09
Tribunal_recursos.contratos@meh.es

administrativas particulares y 2.1 y 5 del pliego de prescripciones técnicas, en lo que se refiere a la descripción del Lote 3 de la licitación.

Tercero. El Tribunal en resolución de fecha 18 de mayo de 2011 acordó conceder la suspensión solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, contra acto recurrible en esta vía y en tiempo y forma adecuados.

Conviene, sin embargo, aclarar este último extremo en cuanto se refiere a la observancia del plazo para la interposición del recurso. En efecto, con respecto de esta cuestión cabe plantear cuál debe ser el plazo dentro del cuál puede válidamente interponerse recurso contra el contenido de los pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución de un contrato, especialmente en lo que se refiere a la determinación del día a partir del cual debe contarse el plazo de interposición.

El Tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión en resolución de 9 de febrero de este año, dictada en el recurso número 58 de 2010, en la que se pone de manifiesto, en relación con el cómputo del plazo para interponer el recurso contra los pliegos, lo siguiente: “La cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de *“quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado“*, añadiendo en su apartado a) que *“cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel*

en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley". Así, de acuerdo con el citado artículo 142 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario no se facilita el acceso por dichos medios".

Puesto que el acceso a los pliegos a que se refiere el presente recurso se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante y no consta que se haya hecho notificación expresa a la empresa recurrente, debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario.

Concretamente el citado precepto dice que *"cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas"*. La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse que, con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se hayan puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante o de la Plataforma de Contratación del Estado debe aplicarse analógicamente el citado precepto. Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada al decir que ante la imposibilidad "de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a

éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos".

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que el recurso ha sido presentado antes incluso de que concluyera el plazo de presentación de las ofertas.

Cuarto. Con respecto al fondo, debe indicarse que es una sola la cuestión plateada por la empresa recurrente: la nulidad, según su criterio, de las cláusulas 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 2.1.5 del pliego de prescripciones técnicas en lo que afecta al Lote 3 de la licitación.

Ello significa en primer lugar que quedan fuera de la impugnación los restantes lotes y en consecuencia no deben resultar afectados por la presente resolución. Todo ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: *"El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción"*.

Quinto. La pretendida nulidad de las cláusulas de los pliegos mencionadas anteriormente se fundamenta en que al definir el objeto del Lote 3 del acuerdo marco se ha utilizado la fórmula siguiente: *"Antígeno de superficie (H y N), inactivado, con adyuvante MF59C.1"*.

La empresa recurrente utiliza con respecto de ello los siguientes motivos de impugnación:

1º) Falta de motivación de la exclusión del lote 3 de la vacuna intradérmica; 2º) Definición discriminatoria del producto a que se refiere el lote citado; 3º) Infracción del principio de libre competencia al restringirse la licitación a un solo licitador.

Analizaremos separadamente las anteriores argumentaciones. En primer lugar el laboratorio recurrente se refiere a la falta de motivación de la exclusión del Lote 3 de la vacuna intradérmica.

La recurrente, sin duda, se refiere a las gestiones desarrollada por ella para conseguir que la vacuna que produce se incluyera en los pliegos de cláusulas del acuerdo marco. Tales gestiones no dieron el resultado apetecido por ella, pero este hecho no puede ser considerado en ningún sentido como un acto que pueda servir de base a impugnación alguna. Es necesario señalar que el contenido de los pliegos se incorpora al expediente de contratación mediante el acto de aprobación de los mismos que va precedido del correspondiente informe de la Asesoría Jurídica competente. Tal acto no precisa de más motivación que la relativa al cumplimiento de los requisitos formales acreditativos de su conformidad con las disposiciones legales aplicables. Fuera de ello, el propio contenido de los pliegos constituye la motivación del acto mediante el cual se aprueban.

Cosa diferente es que el contenido de determinadas cláusulas deba ser objeto de motivación independiente por razones legales específicas tal como más adelante tendremos ocasión de contemplar.

Como consecuencia de ello, esta alegación debe rechazarse de plano pues no hace referencia a ningún acto administrativo concreto respecto del cual pueda formularse exigencia de motivación fuera de lo ya dicho.

Sexto. En segundo lugar, entiende la recurrente que la enunciación del objeto del tercer lote se ha efectuado de forma discriminatoria puesto que al indicar sus características se hace referencia a un producto sujeto a patente cual es el coadyuvante MF59C.1 que fabrica y distribuye un determinado laboratorio. Esta circunstancia, a juicio del laboratorio recurrente, lo excluye de la licitación indebidamente, infringiendo, por ello, lo dispuesto en el artículo 101.8 de la Ley de Contratos del Sector Público, a cuyo tenor: *"Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»".*

Es decir que, según el criterio de la recurrente, la definición del objeto, al mencionar una patente sin haber incluido la expresión *"o equivalente"* ha infringido el precepto indicado y debe ser anulada para su corrección.

A juicio del órgano de contratación los argumentos en que la recurrente funda su impugnación quedan desvirtuados, en primer lugar, por el hecho de que la no inclusión de la expresión *"o equivalente"* no la excluye de la licitación toda vez que su vacuna cumple los requisitos del lote primero, por lo que podría formular oferta dentro de él, y, en segundo lugar, porque la no inclusión de la misma en las especificaciones técnicas no impide a las Comunidades Autónomas adheridas al acuerdo marco, adquirirla toda vez que la adhesión mencionada no excluye la posibilidad de adquirir vacunas fuera del acuerdo marco.

El análisis del precepto transcrito nos debe permitir adoptar criterio respecto de las alegaciones formuladas por ambas partes. Ante todo es necesario aclarar que su finalidad no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.

Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión 'o equivalente', con el objeto de permitir presentar ofertas respecto de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.

Es obvio que la descripción que de la vacuna objeto del lote 3 hacen tanto la cláusula 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares como las 2.1 y 5 del pliego de prescripciones técnicas no respetan los términos del artículo 101 que se acaba de mencionar, puesto que para describir el producto a adquirir se ha hecho referencia a una

patente sin acompañarla de expresión alguna que permita entender incluidas aquellas otras vacunas que tengan una funcionalidad equivalente.

En tales circunstancias, resulta, en principio, infringido el precepto que comentamos. No obstante, antes de sentar una conclusión al respecto, debe analizarse si las consideraciones hechas por el órgano de contratación pueden desvirtuar esta afirmación.

En primer lugar, según hemos visto el órgano de contratación se refiere a la posibilidad de que la vacuna elaborada por la recurrente pueda ser ofertada dentro del lote 1 toda vez que cumple los requisitos del mismo. Sin embargo, la cuestión que se plantea como fundamento de este recurso no tiene por objeto determinar si la vacuna puede ser ofertada o no, sino si puede serlo dentro del grupo para el que es específica. En este sentido, puesto que este grupo es el mismo en que es específica la vacuna que contiene el adyuvante MF59C.1 la cuestión que debe plantearse es si la descripción del lote en cuestión se ha hecho de forma que la excluye de la posibilidad de ofrecerla.

En tal sentido, debe reconocerse que al haberse mencionado de forma expresa el adyuvante indicado, sin que se haya contemplado la posibilidad de ofertar otras vacunas equivalentes, la descripción del lote 3 debe considerarse contraria a la norma que comentamos.

Cabría aún, hacer referencia al segundo argumento aducido por el órgano de contratación en su informe, en el sentido de que la no inclusión en el acuerdo marco no impide a las comunidades autónomas adheridas a él adquirir, al margen del citado acuerdo, la vacuna en cuestión.

Sin embargo, tal argumentación tampoco sería aceptable puesto que la cuestión planteada no es si la vacuna que elabora la recurrente queda o no excluida del mercado, siquiera sea parcialmente, como consecuencia de la redacción del acuerdo marco, sino si mediante la descripción hecha del producto se le está excluyendo de la licitación objeto del presente recurso. Esta última conclusión es evidente si atendemos al hecho de que la descripción del objeto del tantas veces referido lote 3 menciona una patente y no añade fórmula alguna que permita ofertar productos que cumpliendo una función equivalente no contengan el adyuvante protegido por la patente mencionada.

Sólo cabría aceptar que tal mención no se hiciera si resultara acreditado que sólo existen en el mercado las dos vacunas en cuestión y que no cabe considerarlas equivalentes. En cierto sentido tal parece ser el criterio que se sienta en el informe del órgano de contratación haciendo referencia a determinadas disparidades entre ambas vacunas desde el punto de vista técnico y de sus efectos secundarios. Sin embargo, el propio informe obvia la cuestión fundamental según el criterio de este Tribunal, cual es la de que ambas vacunas tienen por objeto prevenir una misma enfermedad y tienen como destinatario un mismo grupo de población. Desde este punto de vista, que es el jurídicamente relevante no ofrece duda que ambas vacunas son equivalentes. A tal respecto, es preciso hacer mención de que ni en el informe remitido existe argumentación que acredite lo contrario, ni en el expediente existe justificación alguna que permita entender que no existe equivalencia desde el punto de vista mencionado. Por el contrario el análisis de los antecedentes remitidos, y muy en particular la referencia que a ellos se hace en el propio informe, permiten entender que el propio órgano de contratación consideró ambas vacunas equivalentes en un principio, siendo, tan solo, la preferencia expresada por algunas comunidades autónomas lo que le indujo a excluir finalmente de los pliegos toda expresión que permitiera presentar ofertas respecto de la citada vacuna.

En consecuencia, procede la anulación de las cláusulas 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y de las 2.1 y 5 del pliego de prescripciones técnicas, si bien sólo en cuanto se refieren al lote 3 del acuerdo marco. Y, asimismo, de todo ello debe concluirse la necesidad jurídica de modificar los pliegos para dar a las cláusulas mencionadas una redacción acorde con los términos del presente apartado, es decir incluyendo a continuación de la descripción del producto objeto del lote 3 la expresión *'o equivalente'*, o alguna similar que permita ofertar vacunas que resulten equivalentes desde el punto de vista de la prevención de la gripe en los grupos de riesgo mencionados en el pliego.

Séptimo. Resuelta la cuestión planteada por el motivo de impugnación anterior resulta innecesario hacerlo respecto de la que se deriva del último de los aducidos por el laboratorio recurrente. En efecto, puesto que el motivo citado consiste en la infracción del principio de libre competencia al restringirse la licitación a un solo licitador, que se

fundamenta en la propia redacción de los pliegos a que nos acabamos de referir, es claro que no precisa de más aclaraciones ni razonamientos.

Octavo. Interesa, por último, hacer referencia a los efectos derivados de la estimación de este recurso tal como se deduce de cuanto hasta el momento se lleva expuesto. La estimación, según hemos señalado, afecta de forma exclusiva al lote 3 del acuerdo marco, único que ha sido objeto de impugnación. En consecuencia, como al principio de la presente resolución hemos puesto de manifiesto, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, por ello disponer *"la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción"*. Ello significa que debemos declarar subsistentes aquellas cláusulas de los pliegos que no han sido objeto de impugnación y, en consecuencia, no resultan afectadas por la anulación de las relativas al lote impugnado.

De esta manera no existe obstáculo legal para que el procedimiento de licitación continúe respecto de los dos primeros lotes del acuerdo marco, teniendo en cuenta que la adjudicación de todos ellos es independiente de la de los demás, siendo, por tanto, posible adjudicar sólo alguno o algunos de ellos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. R. B. P., en representación de SANOFI PASTEUR MSD S.A., con fecha 3 de mayo de 2011, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la adjudicación del acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de gripe estacional para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y varias Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud, declarando nulas la cláusula 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 2.1 y 5 del pliego de prescripciones técnicas, exclusivamente en lo relativo al lote 3 del acuerdo marco, cuya redacción deberá hacerse

de tal forma que no quede excluida de la licitación ninguna vacuna con una funcionalidad adecuada para la finalidad que se atribuye al lote mencionado.

Segundo. Declarar la plena validez del resto de las cláusulas de ambos pliegos, incluidas las declaradas parcialmente nulas, en lo que hace referencia a los lotes 1 y 2 y, en consecuencia, declarar válida, asimismo, la continuación del procedimiento de adjudicación en lo referente a estos dos lotes.

Tercero. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

Cuarto. Declarar que no se 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.