

Recurso nº 659/2017 C.A Illes Balears 41/2017

Resolución nº 802/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. R. G. N., en representación de la mercantil TEDEC-MEIJU FARMA, SA, contra el acuerdo de exclusión del *“Acuerdo Marco cerrado múltiple de suministro de principios activos para los centros dependientes del Servicio de Salud”*; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio de Salud de las Islas Baleares anunció en el BOE la licitación pública del acuerdo marco del contrato de suministros antes referido, con un valor estimado que asciende a 36.662.283,92€. El objeto del contrato está dividido en 94 lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Iniciada la licitación, y presentada las ofertas por los licitadores, la Mesa de Contratación en sesión de 23 de junio de 2017, acuerda la exclusión de la oferta presentada por la empresa recurrente al Lote 36, pues el producto ofertado no era una presentación de dosis unitaria, lo que era exigido por el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en la forma que en el mismo se determina.

Cuarto. La empresa hoy recurrente presentó el 26 de junio de 2017 una solicitud de revisión de la decisión adoptada, adjuntando foto, donde se dice que cada dosis lleva fecha de caducidad y lote y son unidosis, tal y como exige el PPT.

El acuerdo de exclusión es notificado al recurrente el día 29 de junio de 2017 y el día 5 de julio de 2017 tiene entrada, en el registro del órgano de contratación, escrito por el que la empresa interpone el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión.

Quinto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. No se ha interesado la adopción de ninguna medida cautelar.

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 (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. Se recurre el acuerdo de exclusión dictado en procedimiento de un acuerdo marco para la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía de conformidad con lo establecido en los artículos 15 y 40.2.b) del TRLCSP. Asimismo, se han cumplido las prescripciones de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La empresa recurrente ostenta legitimación para la interposición del presente recurso al amparo del artículo 42 del TRLCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica*

cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Cuarto.- El recurso por el que se impugna la resolución señala brevemente que el producto ofertado en el Lote 36 tiene una presentación unidosis en los términos exigidos por el PPT. Se remite para ello, de forma que no se invalide un envase de 500 comprimidos, blíster normal, enviando fotos, escrito y documentos acreditativos del blíster unidosis, montaje de la caja del envase clínico. Se interesa por ello que se deje sin efecto la resolución de exclusión y se proceda a valorar la oferta admitiendo la presentada por la mercantil.

Quinto. Por su parte, el órgano de contratación interesa la desestimación del recurso y asevera en el informe, remitido junto con el expediente, que el producto presentado no cumple con lo exigido en las Cláusulas 3 y 4 del PPT, no presentando una muestra que cumpliera las condiciones de unidosis.

Se rechazó la proposición del reclamante, dado que, la muestra no cumplía con el requisito de que cada dosis deba llevar el número de Lote del producto y la fecha de caducidad. Se aporta una fotografía de la muestra aportada. Se critica también el hecho de que para no invalidar un envase clínico de 500 comprimidos se presente un blíster normal de 28 comprimidos, por lo que no están aportando, con el fin de revisar la solicitud, la muestra final del producto a suministrar.

Sexto. Entrando al fondo del recurso, su resolución pasa por examinar previamente las cláusulas del PPT que establecen los requisitos relativos a la presentación de las muestras que los licitadores debían introducir en el sobre nº 2, en este caso concreto para el Lote 36, que tiene por objeto el suministro de *“escitalopram 10mg comprimidos”*.

Así, en el PPT Cláusula 3ª, bajo el epígrafe “REQUERIMIENTOS TÉCNICOS GENERALES DE LOS PRODUCTOS OBJETO DE LICITACIÓN”, se dice: *“En el ANEXO 1 se exponen los lotes de medicamentos que son objeto de licitación, con indicación de las características que, con carácter de mínimo, deberán cumplir las proposiciones ofertadas al Acuerdo Marco, como condición de admisibilidad.*

Todos los productos ofertados deberán cumplir con los requerimientos de legalidad y de autorización de comercialización establecidos en la normativa nacional y comunitaria.

En todo caso se considerarán Prescripciones Técnicas las incluidas en la propia denominación de los medicamentos que aparecen en el ANEXO 1 de este pliego.

La presentación en Dosis Unitaria, si existe en el mercado, es un requisito. Se define como Dosis Unitaria (DU), la unidad que permite la administración directa de un medicamento al paciente, esto es: 1 comprimido, 1 cápsula, 1 vial, 1 ampolla, 1 jeringa precargada, 1 frasco, 1 bolsa.

La DU deberá tener integridad en sí misma y estar completa y nítidamente identificada, conteniendo la siguiente información: nombre del principio activo, nombre de marca registrada forma farmacéutica, vía de administración, contenido en principio activo de la DU y concentración (en su caso), número de lote, fecha de caducidad y notas sobre su conservación o manejo (si este lo requiriese de forma especial).

Todos los lotes se refieren a dosis unitarias independientemente del tipo de envase en que se presente el medicamento (envase normal o clínico).

El Precio Unitario de Licitación (en adelante PUL) y los precios ofertados, estarán referidos a la unidad de medida definida como dosis unitaria, a no ser que en la descripción de los lotes del ANEXO 1 DEL presente Pliego se especifique expresamente alguna otra unidad de medida distinta y excluirán siempre el Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Por otro lado, en la Cláusula 4ª del PPT, “DOCUMENTACIÓN Y PRESENTACIÓN DE MUESTRAS”, se señala: “ [...] Será obligatoria la presentación de una muestra del medicamento en el sobre nº 2. Dichas muestras estarán debidamente etiquetadas, indicando claramente, en cada una de ellas, el número de expediente y el lote al que se presentan.

Las muestras presentadas tendrán el mismo Código Nacional y las mismas características con las que sería suministrado el medicamento en caso de adjudicación y deberán permitir la valoración de la totalidad de los requisitos técnicos.

No obstante, a los solos efectos de valoración técnica, la muestra podrá enviarse sin mantener las condiciones de conservación en frío aunque éstas lo precisen.

Asimismo, será posible enviar la muestra sustituyendo el principio activo por un placebo similar, siempre y cuando la forma farmacéutica y demás características de presentación sean idénticas a la del medicamento ofertado. En este caso, se hará indicación expresa de esta circunstancia.

Cuando a causa del volumen de la muestra no fuera posible su presentación en el sobre nº 2, se incluirán las mismas en paquete cerrado que tendrá la consideración de anexo al sobre nº 2 y que irán debidamente identificadas, indicando el número de lote al que corresponde la oferta.

Si se oferta la presentación de envase clínico, se aportará el cartonaje de dicho envase clínico, junto con una o varias unidades de las contenidas en esta presentación. No es preciso aportar todas las unidades contenidas en dicho envase.

No obstante lo anterior, si el Órgano de contratación lo considera necesario para su valoración, se requerirá a la empresa licitadora para que aporte, en el plazo máximo de 48 horas, un número de muestras, adicional al presentado”.

A la vista de lo expuesto, y con fundamento en lo exigido por los Pliegos, el recurso debe ser rechazado, debido a que, la empresa recurrente, por lo que resulta del expediente de contratación, no incluyó una muestra con *“las mismas características con las que sería suministrado el medicamento en caso de adjudicación”* en su sobre número 2. Se introdujo una muestra relativa a 28 comprimidos en unidosis, aunque luego se suministrarían en envases de 500 comprimidos, donde las especificaciones de las unidosis varían claramente si observamos el dorso de ambas muestras, la introducida en la oferta y la foto de la remitida con posterioridad en la solicitud de revisión . También es evidente que la muestra introducida en el sobre nº 2, no se ajusta a lo dispuesto en la

Cláusula 3ª del PP, pues en ella no se indican ni el número de lote, ni la fecha de caducidad, de cada unidosis.

En definitiva, la oferta del recurrente incumplió la obligación que le imponía el PPT de presentar la muestra con las mismas características con que sería suministrado el medicamento en caso de valoración, siendo conforme a derecho la exclusión acordada por el Órgano de Contratación que se impugna con el recurso. No podemos dejar de señalar que, constituye doctrina sentada por este Tribunal que los Pliegos constituyen la ley del contrato, en primer lugar como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

Por otro lado, según decíamos en la Resolución 763/2014, recogida en la Resolución 962/2015 de 19 de octubre, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. La mención al pliego de condiciones particulares se extiende al pliego de prescripciones técnicas, como ha afirmado este Tribunal en reiteradas ocasiones, como en las Resoluciones 4/2011 de 19 de enero o 535/2013, de 22 de noviembre, cuando se indica que *“es indudable que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación tiene en ésta valor de ley, aunque no debe olvidarse la obligatoriedad de que en él se observen*

tanto las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público como de la legislación complementaria y de desarrollo de la misma. El artículo 129 –actual artículo 145.1 TRLCSP- de la mencionada Ley recoge la primera de las cuestiones indicadas, al decir que ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna’. En consecuencia, no cabe dudar de que las causas de exclusión previstas en el pliego son de aplicación obligatoria para los órganos de contratación, pero de ello no debe extraerse la conclusión de que fuera de ellas no existe ninguna otra que pueda o deba tomarse en consideración (...) A este respecto, debe ponerse de manifiesto que, si bien el artículo 129 se refiere tan solo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, no debe circunscribirse al contenido de éstos la exigencia de que se ajusten a ellos las proposiciones. Por el contrario, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.”

La Resolución 548/2013, 29 noviembre, tras citar también el artículo 145.1 del TRLCSP, reitera que *“Como ha afirmado este Tribunal en numerosas ocasiones, la referencia al PCAP, se extiende también al pliego de prescripciones técnicas. De la presunción de que la presentación de la proposición implica la aceptación de las condiciones de prestación establecidas en el PPT, debe deducirse, en sentido contrario, que también es exigible que las proposiciones se ajusten a esas condiciones”*.

Abunda en ello, entre otras, la Resolución 490/2014, de 27 de junio, en la que se afirma que *“De esta forma, y por lo que atañe a los pliegos de prescripciones técnicas, ha de tenerse presente que el artículo 116 TRLCSP establece que ‘el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los*

requisitos que para cada contrato establece la presente Ley'. En consonancia con dicho precepto, tal y como este Tribunal ha señalado en otras resoluciones (verbigracia, las ya citadas 264/2014 y 90/2012 , así como la 84/2011), la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que 'también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato'. Consecuentemente, caso de no hacerlo así resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta (por mucho que no se haya previsto explícitamente así en los Pliegos de aplicación), tal y como, por otro lado se infiere ('sensu contrario') de los apartados 4 y 5 del artículo 117 TRLCSP, en donde se detallan los presupuestos bajo los cuales, en determinadas modalidades de determinación de las prescripciones técnicas de aplicación, no es dable el rechazo de las ofertas."

En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta presentada al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación. Tal y como decíamos en la Resolución 107/2015, de 30 de enero, *"tanto el incumplimiento del PCAP como del PPT dará lugar consecuentemente a la exclusión del licitador."* En el mismo sentido Resolución número 179/2017, de 17 de febrero.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar recurso interpuesto por D. R. G. N., en representación de la mercantil TEDEC-MEIJ I FARMA, SA, contra el acuerdo de exclusión del *"Acuerdo Marco cerrado múltiple de suministro de principios activos para los centros dependientes del Servicio de Salud"*.

Segundo. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia las Islas Baleares, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.