



Recurso nº 245/2018 C. A. La Rioja 3/2018

Resolución nº 364/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL

DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 13 de abril de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D.J.F.V. en nombre y representación de CSL BEHRING, SA contra la resolución de 14 de febrero de 2018 de la Fundación Rioja Salud aprobando el pliego de cláusulas reguladoras de la licitación y el pliego de prescripciones técnicas particulares de contrato de “servicio de fraccionamiento de plasma humano para la obtención de hemoderivados. Centro de transfusión banco de sangre de La Rioja. Fundación Rioja Salud”.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por resolución del director técnico del Centro de Transfusión La Rioja de 29 de enero de 2018 se apreció la necesidad de suscribir un contrato “servicio de fraccionamiento de plasma humano para la obtención de hemoderivados. Centro de transfusión banco de sangre de La Rioja. Fundación Rioja Salud”.

Dicho informe detalla que el plasma obtenido de las donaciones es superior al preciso para la práctica de subvenciones por lo que se propone destinar dicho excedente a la obtención de hemoderivados, medicamentos habitualmente empleados y que obtenidos de este modo podrían suponer un ahorro de entre el 45-50% frente al coste que supondría la adquisición de dichos hemoderivados de un tercero.

Segundo. Mediante resolución del director gerente de la Fundación Rioja Salud se acordó el inicio del expediente de contratación para suscribir el contrato de “servicio de fraccionamiento de plasma humano para la obtención de hemoderivados. Centro de transfusión banco de sangre de La Rioja. Fundación Rioja Salud”.



Por resoluciones de esa misma fecha se aprobaron el pliego de cláusulas reguladoras de la licitación (PCRL) con sus anexos, y el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPT).

Tercero. El anuncio convocando la licitación pública fue publicado el 17 de febrero de 2018 en el DOUE, el 19 de febrero de 2018 en la Plataforma de contratación del sector Público, el 21 de febrero de 2018 en el BOLR y el 2 de marzo de 2018 en el perfil del contratante de la Fundación Salud Rioja.

Cuarto. El presente recurso fue presentado en el Registro electrónico de este Tribunal el 9 de marzo de 2018.

Previamente se había presentado anuncio precio ante el órgano de contratación.

Quinto. Presentado el recurso se dio traslado a la Fundación Salud Rioja por quien se emitió informe interesando la desestimación del recurso.

Sexto. Mediante resolución de este Tribunal de 23 de marzo de 2018 se acordó la medida cautelar se suspensión de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en los apartados 3º y 4º del artículo 41 del TRLCSP y al art. 3 del Convenio de colaboración suscrito con la Comunidad Autónoma de La Rioja el 30 de julio de 2012 (BOE 18 de agosto de 2012), prorrogado por resolución de 2 de febrero de 2016 (BOE de 11 de febrero de 2016).

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley a cuyo tenor: *“Podrá interponer 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”*.

En este sentido aunque CSL BEHRING, SA no precisa su objeto social, por lo que no ha sido posible comprobar que el objeto del contrato está comprendido dentro del mismo, al aportar la ficha del medicamento 'Respreeza' que tiene autorizado indirectamente acredita su condición de laboratorio farmacéutico y su interés por participar en la licitación.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiéndose presentado el preceptivo anuncio previo.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.b) TRLCSP por ser un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Por su parte, el acto objeto del recurso los pliegos contractuales actos cuya posibilidad de impugnar está expresamente recogida en el artículo 40.2. letra a) del TRLCSP.

Quinto. Como primer motivo del recurso protesta CSL BEHRING, SA que el contrato no fuera dividido en varios lotes, concretamente entiende que procedía aislar en un lote separado el medicamento Alfa-1-antitripina a la vista de que éste únicamente se elabora con sangre de donantes estadounidenses.

El órgano de contratación replica en su informe que el contrato licitado no tiene por objeto la adquisición de medicamento alguno sino la prestación del servicio de elaboración de hemoderivados con el excedente del banco de sangre riojano. Y respecto del Alfa-1-antitripina se indica que los propios pliegos admiten que en la actualidad es un medicamento que únicamente puede obtenerse con plasma proveniente de EE.UU. de ahí que se establezca que el adjudicatario únicamente estará obligado a obtener este medicamento del plasma riojano si en algún momento a lo largo de los dos años de ejecución del contrato ello resultara legalmente posible.

Sexto. A la vista de la réplica dada por el órgano de contratación hemos de comenzar precisando el objeto del contrato al que se refiere el presente recurso, cuestión indicada en el epígrafe 1 del PPT:

“El Centro de Transfusión Banco de Sangre de La Rioja perteneciente a Fundación Rioja Salud, necesita contratar los servicios de una industria farmacéutica fraccionadora de hemoderivados plasmáticos de uso terapéutico a la que remitir las unidades de plasma fresco congelado obtenidas en la Comunidad Autónoma de La Rioja, para su transformación en los siguientes productos: Albúmina, Alfa 1 antitripsina, Factor VIII e Inmunoglobulinas endovenosas y si fuese necesario Factor IX y Antitrombina; que posteriormente serán almacenados en las instalaciones de la Industria farmacéutica adjudicataria y distribuidos o puestos a disposición, para su consumo, en el propio Centro de Transfusión o en las Instituciones Sanitarias que él determine”.

Por consiguiente no puede dudarse de que, como sostiene el órgano de contratación, el presente contrato no tiene por fin suministrar medicamento alguno sino prestar el servicio de transformar el plasma obtenido por La Rioja en los medicamentos hemoderivados que se mencionan en el contrato. Entre dichos medicamentos figura el Alfa-1-antitripsina, medicamento que no obstante se precisa únicamente deberá elaborarse si durante la ejecución del contrato llegara a ser legalmente posible. Así resulta claramente del apartado 6 del PPT en que se dice:

“El producto Alfa-1-antitripsina, actualmente autorizado en España por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios se fabrica con plasma proveniente de los Estados Unidos de América. El rendimiento fijo garantizado será el que se recoge en la tabla siguiente:

<i>PRODUCTO</i>	<i>RENDIMIENTO FIJO</i>
<i>Alfa-1-antitripsina</i>	<i>0,156 gr/l</i>

Mientras el producto Alfa-1-antitripsina no se fabrique del fraccionamiento del plasma del Centro de Transfusión Banco de Sangre de La Rioja, la empresa adjudicataria deberá desechar la fracción plasmática propiedad del Centro de Transfusión Banco de Sangre de La Rioja.

Si durante la duración del contrato se autorizara la fabricación del producto Alfa-1-antitripsina con plasma español, la empresa adjudicataria utilizará el plasma del Centro de

Transfusión Banco de Sangre de La Rioja para su fabricación y se negociará el Rendimiento mínimo garantizado”.

Claramente dicho epígrafe indica que el adjudicatario únicamente deberá elaborar Alfa-1-antitripsina si durante la ejecución del contrato fuera legal su elaboración con plasma procedente del Banco de Sangre de La Rioja, debiéndose hasta entonces desechar la correspondiente fracción plasmática.

Realizada esta precisión hemos de analizar si procede la división en lotes interesada por la recurrente para lo cual procede iniciar el criterio establecido por este Tribunal para los contratos que, como el presente, están sujetos al TRLSCP. Al respecto dijimos en la resolución 247/2012, de 7 de noviembre, reiterada en la 68/2018:

*“No determina necesariamente y en todo caso que debe procederse al fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, y ello en razón de que el artículo 86.3 del TRLCSP configura el fraccionamiento del contrato como **una facultad o derecho potestativo** que asiste al órgano de contratación (...podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes...) y cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente (...y así se justifique debidamente en el expediente...), entrañando un indudable componente de **discrecionalidad técnica** en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren; en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una **excepción a la regla general** que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes”. Así las cosas, “es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios -eficacia y eficiencia en la contratación pública y, más concretamente, los aspectos (...) de una parte de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte-, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes”.*

Por consiguiente el órgano administrativo goza de discrecionalidad para decidir cuándo divide en lotes sin estar obligado, al menos bajo el TRLSCP, a justificar por qué no ha dividido sino precisamente lo contrario: debe motivar los casos en que ha dividido el

contrato en lotes. De hecho la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid citado por el recurrente lejos de reprochar que no se haya motivado la decisión de no dividir en lotes lo que recrimina es que habiéndose dividido en 29 lotes el contrato no se haya explicado el porqué de ello. Además, hay que decir que en el momento de tramitación de este recurso, aunque todavía no había entrado en vigor la nueva Ley 9/2017 que modifica sustancialmente el sistema vigente imponiendo al órgano de contratación la obligación de motivar la no división en lotes, resultaba ya de aplicación directa la Directiva 24/2014 por haber transcurrido el plazo para su trasposición desde el 18 de Abril de 2016, en la cual se invertía asimismo el esquema hasta ahora vigente imponiéndose la obligación del órgano de motivar la falta de división en lotes, tal como se efectuado en el caso presente, sin perjuicio, claro es, de respetar su libertad a la hora de decidir sobre la conveniencia de la división.

Partiendo de esta libertad del órgano de contratación, debe circunscribirse el análisis a determinar si la decisión de la Fundación Rioja Salud y su motivación para la no división en lotes, ha sido arbitraria o discriminatoria. Al respecto dejaremos el análisis de la discriminación al análisis del segundo motivo del recurso centrándonos ahora en la arbitrariedad. Al respecto la recurrente CSL BEHRING, SA parte del error de entender que durante todo el tiempo en que el medicamento Alfa-1-antitripsina solamente pueda elaborarse con plasma estadounidense el adjudicatario habrá de suministrar tal medicamento cuando ello no es así. Como hemos expuesto el PPT es rotundo al señalar que el adjudicatario únicamente deberá aportar Alfa-1-antitripsina cuando ello sea legalmente posible y, entre tanto, lejos de estar obligado a adquirir plasma estadounidense únicamente está obligado a “desechar la fracción plasmática propiedad del Centro de Transfusión Banco de Sangre de La Rioja”.

Por consiguiente la recurrente no ha desvirtuado la decisión de la Administración de no dividir en lotes el contrato dado que sus alegaciones se basan en una errada interpretación del objeto del contrato.

Séptimo. Como segundo motivo del recurso se dice la decisión de no segregar en un lote separado la transformación del plasma sanguíneo en Alfa-1-antitripsina restringe

artificialmente la competencia dado que en la actualidad únicamente INSTITUTO GRIFOLS, SA está autorizada a fraccionar el plasma para obtener dicho medicamento.

Al respecto debemos señalar que conforme al informe de necesidad *“actualmente en España el único laboratorio autorizado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para la fabricación de medicamentos derivados del plasma es el Instituto Grifols SA (se adjunta certificado de la AEMPS fechado en Junio de 2017)”*. Por tanto sería indiferente segregar en un lote separado el medicamento Alfa-1-antitripsina dado que la transformación del plasma sanguíneo en los restantes medicamentos seguiría siendo una prestación que únicamente podría prestar INSTITUTO GRIFOLS, SA. A la vista de ello debe rechazarse este segundo motivo dado que su estimación no se traducirá en un aumento de la competencia.

Y es que en realidad la recurrente no parece pretender la división del contrato en lotes sino su mutación de contrato de servicios a uno de suministro. Así se desprende de la página 13 de su demanda donde sostiene: “INSTITUTO GRIFOLS, SA es la única empresa legalmente autorizada en España para llevar a término la actividad en que consiste el fraccionamiento de plasma para su posterior aplicación en la fabricación de medicamentos hemoderivados. No obstante, eso no implica que sea la única empresa comercializadora de este tipo de medicamentos”. Claramente indica la actora que su voluntad no se dirige hacia la segregación en varios lotes del contrato sino hacia la novación de su objeto de una prestación de un servicio de transformación del plasma en medicamentos hemoderivados a un contrato de suministro de hemoderivados. Tal pretensión carece de fundamento legal, máxime cuando el órgano de contratación ha acreditado en el informe de necesidad –sin que la recurrente lo haya contradicho– que a través del servicio de transformación del plasma puede obtener un ahorro de entre el 45-50% del coste de los productos hemoderivados.

De todo ello se colige la ausencia de fundamento de la decisión de la recurrente y el acierto del órgano de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por interpuesto por D.J.F.V. en nombre y representación de CSL BEHRING, SA contra la resolución de 14 de febrero de 2018 de la Fundación Rioja Salud aprobando el pliego de cláusulas reguladoras de la licitación y el pliego de prescripciones técnicas particulares de contrato de *“servicio de fraccionamiento de plasma humano para la obtención de hemoderivados. Centro de transfusión banco de sangre de La Rioja. Fundación Rioja Salud”*, pliegos que confirmamos íntegramente.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. 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 de TRLCSP 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 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, 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.