

Recurso 232/2018**Resolución 275/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de octubre de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VISO FARMACÉUTICA, S.L.** contra la resolución, de 8 de junio de 2018, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos para los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Granada”, respecto al lote 2 (Expte. 0000036/2018), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 1 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 9 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado núm. 60.



El valor estimado del contrato asciende a 27.076.862,85 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 8 de junio de 2018, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 2 afectado por el recurso fue adjudicado a la empresa ACCORD HEALTHCARE, S.L.U.

El 11 de junio de 2018, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida mediante correo electrónico a la entidad recurrente.

CUARTO. El 29 de junio de 2018, VISO FARMACÉUTICA, S.L. (VISO, en adelante) presentó en una oficina de correos de Madrid escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del lote 2, comunicando el mismo día a este Tribunal la interposición del citado recurso al que adjuntó justificante del envío a través de correos. El escrito original tuvo entrada en el Registro del Tribunal el pasado 4 de julio de 2018.



QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 2 de julio de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre aquel y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. El requerimiento hubo de ser reiterado mediante oficio de 11 de julio, teniendo entrada la documentación solicitada en el Registro del Tribunal el pasado 16 de julio de 2018.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 20 de julio de 2018, se dio traslado del recurso a los licitadores interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el citado plazo

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.



El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 27.076.862,85 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) 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.”

La 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, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida mediante correo electrónico a la entidad recurrente el 11 de junio de 2018, siendo a partir de esta fecha cuando se inició el cómputo del plazo para recurrir, de conformidad con lo dispuesto en la citada disposición adicional decimoquinta de la LCSP. Asimismo, aun cuando el escrito original del recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 4 de julio de 2018, debe tomarse como fecha de interposición del mismo la de su presentación en la



oficina de correos el 29 de junio de 2018, toda vez que ese mismo día se comunicó a este Tribunal su interposición, dándose así cumplimiento a lo estipulado en el artículo 51.3 de la LCSP conforme al cual *“El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.*

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible”.

Así pues, el recurso presentado el 29 de junio de 2018 se ha formalizado dentro del plazo legal que no finalizó hasta el 2 de julio.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. La recurrente impugna formalmente la resolución de adjudicación del lote 2, si bien sustantivamente combate la exclusión de su oferta en el citado lote, de la que ha tenido formal conocimiento a través de la adjudicación, solicitando la anulación del citado acto de exclusión con retroacción del procedimiento al momento previo a su dictado, a fin de que su proposición sea admitida a la licitación.

Al respecto, en el antecedente 7 de la resolución de adjudicación impugnada se hace constar lo siguiente: *«En sesión de la Mesa de Contratación de fecha 26/04/2018, se procede a la apertura de los sobres nº3 (ofertas evaluables con criterios automáticos), valorando las ofertas y aplicando los criterios que rigen en la adjudicación de este expediente. Acto seguido, la Mesa por unanimidad acuerda:*

-EXCLUIR de la licitación la oferta presentada por VISO FARMACÉUTICA, S.L.U. para el lote nº2 por no cumplir los requisitos básicos exigidos en la cláusula 2.1 del pliego de prescripciones técnicas que establece que «las empresas licitadoras tendrán que acreditar, para cada uno de los medicamentos incluidos en su oferta, su



inscripción en el Registro de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y que poseen autorización de comercialización, código nacional y fijación de precios para el mismo, otorgados por las Autoridades Sanitarias competentes». Consultada la información disponible en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios consta el medicamento ofertado por VISO FARMACÉUTICA, S.L.U. para el lote nº2: TENOFOVIR DISOPROXIL FUMORATO 245 MG COMPRIMIDOS como «NO COMERCIALIZADO». Asimismo, se ha revisado el último nomenclátor del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad verificándose que no incluye esta referencia del citado laboratorio. Al respecto, se emite con fecha 26 de abril de 2018 informe del Servicio de Farmacia.

El artículo 4 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios establece que “el precio de referencia de cada conjunto de referencia de medicamentos se calculará tomando como base el coste/tratamiento/día (CTD) de las presentaciones de medicamentos en él integradas, lo que permitirá determinar el coste/tratamiento/día menor que será el precio de referencia del conjunto.

A estos efectos, el coste/tratamiento/día de cada presentación de medicamento será el resultado de dividir el precio industrial al que se estuviera comercializando (PVL como) entre el número de dosis diarias definidas (DDD) que contiene...”

En consecuencia, en base a lo anteriormente señalado, cabe concluir que a la fecha de vencimiento de presentación de ofertas, este medicamento carecía de precio de referencia, ya que no contaba con precio industrial al que se estuviera comercializando, requisito imprescindible para determinar el precio de referencia (...).»

En su escrito de recurso, VISO alega, en síntesis, que el medicamento ofertado se encuentra autorizado desde el 25 de agosto de 2017, habiéndose cambiado su estado de “no comercializado” a “comercializado” el 25 de abril de 2018. Esgrime, pues, que su oferta cumplía todos los requisitos exigidos en el pliego (inclusión del medicamento genérico en la prestación farmacéutica del Sistema



Nacional de Salud, autorización de comercialización, código nacional y fijación de precios), tratándose de un medicamento hospitalario que no aparece en el nomenclátor del Ministerio, dado que este solo incluye información sobre productos comprendidos en la prestación farmacéutica, dispensables a través de las oficinas de farmacia.

Finalmente, aduce que, si bien el cambio de estatus del medicamento respecto a su comercialización se produjo tras presentar la oferta, el pliego no exigía que el medicamento constase como comercializado en la página de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS). Por tanto, concluye que, en el momento de presentación de la oferta, el producto cumplía todos los requerimientos del pliego y era apto para su comercialización.

Por su parte, en el informe al recurso el órgano de contratación alega lo siguiente:

- Que de acuerdo con la captura de pantalla de la página web de la AEMPS -que adjunta como Anexo I- el 9 de mayo de 2018 el medicamento ofertado por la recurrente constaba como no comercializado. Asimismo, aun cuando se considerase correcta la fecha de comercialización señalada en el recurso (25 de abril de 2018), se estaría corroborando que la comercialización se produjo con posterioridad al 9 de abril de 2018, fecha límite de presentación de ofertas.
- Que del artículo 4 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (SNS) se infiere que el medicamento ofertado por VISO no puede tener precio de referencia al no estar comercializado a la finalización del plazo de presentación de ofertas.
- Que el medicamento genérico se incluyó en la prestación farmacéutica del SNS, pero tal inclusión surtirá efecto atendiendo a la fecha comunicada para su comercialización efectiva.



- Que los medicamentos ofertados por los restantes licitadores se encontraban incluidos en el nomenclátor.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la mismas.

Como ya hemos indicado, VISO combate en el recurso la exclusión de su oferta en el lote 2, que fue acordada por la mesa de contratación en base al incumplimiento de los requisitos exigidos en la cláusula 2.1 del PPT.

La citada cláusula del PPT establece que *“las empresas licitadoras tendrán que acreditar, para cada uno de los medicamentos incluidos en su oferta, su inscripción en el Registro de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y que poseen autorización de comercialización, código nacional y fijación de precios para el mismo, otorgados por las Autoridades Sanitarias competentes”*.

La recurrente esgrime que su oferta se ajustó plenamente a esta cláusula del PPT, y que reunía todos los requisitos para ser admitida a la licitación.

La cuestión se circunscribe, pues, a determinar si los requisitos de la cláusula 2.1 del PPT deben ser cumplidos por las ofertas en el momento de su presentación o si tal cumplimiento puede producirse en un momento posterior siendo exigible en todo caso al adjudicatario. Al respecto, hemos de señalar que el tenor de la cláusula es claro cuando se refiere a *“las empresas licitadoras tendrán que acreditar (...)”*, lo que obliga a entender que el pliego exige que concurren los requisitos de la cláusula en el momento de presentación de la proposición, circunstancia esta que constituye regla general cuando se trata de cualidades o características intrínsecas de la oferta y no de obligaciones que ha de asumir la entidad adjudicataria durante el plazo de ejecución del contrato.



Así pues, la cláusula exige, entre otros requisitos, que el producto ofertado se encuentre inscrito en el Registro de Medicamentos de la AEMPS, esté autorizado para su comercialización y se encuentre efectivamente comercializado en el momento de licitar, sin perjuicio de que estas circunstancias deban mantenerse con posterioridad y en cualquier caso, durante la vigencia del contrato para aquella empresa que resulte adjudicataria.

Al respecto, el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, al regular la validez de la autorización, exige la comercialización efectiva de los medicamentos. De este modo, su apartado 3 dispone que *“El titular de una autorización comunicará de forma expresa a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios la puesta en el mercado por vez primera de un medicamento autorizado e inscrito por dicha Agencia y efectuará anualmente una declaración de comercialización en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

Asimismo, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, se refiere a la comercialización efectiva en su artículo 28, estableciendo los cuatro primeros apartados del precepto lo siguiente: *“1. El titular de la autorización comunicará de forma expresa a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios la fecha de comercialización efectiva de cada medicamento. Dicha comunicación se realizará por cada una de las autorizaciones de comercialización, como mínimo quince días antes de efectuarse esa comercialización.*

2. El titular de la autorización efectuará anualmente una declaración de intención de comercialización del medicamento de forma expresa. Esta comunicación se efectuará ante la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios durante el mes de octubre del año anterior,



acompañando justificación del pago de la correspondiente tasa. En el caso de no presentar esta declaración, se entenderá que se solicita la suspensión de la autorización de comercialización de acuerdo con el artículo 69.1, iniciándose el correspondiente procedimiento.

3. Cada autorización de comercialización de un medicamento perderá su validez si, en un plazo de tres años, el titular no procede a la comercialización efectiva del mismo. El período de los tres años empezará a contarse a partir del día siguiente de la fecha de la notificación de la resolución de autorización emitida por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

4. La autorización de comercialización de un medicamento perderá también su validez, si una vez autorizado y comercializado deja de encontrarse de forma efectiva en el mercado durante tres años consecutivos”.

De la regulación expuesta se desprende que la eficacia y, en su caso, la validez de la autorización de comercialización va íntimamente ligada a la comercialización efectiva del medicamento, por lo que esta última ha de entenderse comprendida entre las exigencias de la cláusula 2.1 del PPT, no siendo concebible que la Administración requiera la autorización del medicamento sin exigir al mismo tiempo su efectiva comercialización al tiempo de presentación de las ofertas.

Sobre la base de la anterior premisa, debe examinarse ahora si el producto ofertado por VISO en el lote 2 cumplía o no los requisitos de la citada cláusula del pliego y en concreto, si cumplía la exigencia de tener autorizada su comercialización y encontrarse efectivamente comercializado, toda vez que las alegaciones de las partes pivotan en esencia sobre la observancia de este presupuesto.

En el supuesto analizado, la propia recurrente reconoce que el medicamento ofertado cambió al estatus de “comercializado” una vez presentada la oferta, si bien señala que el pliego no exigía que aquel constase como comercializado en la página de la AEMPS, por lo que el mismo cumplía todos los requisitos del PPT en el momento de presentación de la oferta.



Tal alegato no puede prosperar. Ya se ha señalado que, de conformidad con los preceptos de la legislación especial en materia de medicamentos que anteriormente se han expuesto, la eficacia, y, en su caso, la validez de la autorización de comercialización depende de la efectiva comercialización del medicamento. Por ello, el requisito de la autorización exigido a los licitadores en la cláusula 2.1 del PPT no puede desligarse del de comercialización efectiva del producto, máxime en la licitación de un contrato de suministro hospitalario donde resulta impensable que se exija una mera formalidad en el momento de presentación de la oferta (la autorización de comercialización), desvinculada del elemento material de su efectividad. Debe entenderse, pues, que un medicamento es apto para participar en la licitación de un suministro a un centro sanitario cuando el mismo, además de contar con la autorización correspondiente, se encuentra realmente comercializado en el mercado. No puede entenderse, pues, el requisito formal de la autorización previsto en el PPT sin dicha comercialización efectiva.

Por tanto, en la medida que VISO reconoce que el medicamento ofertado al lote 2 no figuraba como comercializado en la fecha límite de presentación de ofertas (9 de abril de 2018) y que fue con posterioridad cuando cambió al estatus de “comercializado”, debe concluirse que incumplió la cláusula 2.1 del PPT, siendo ajustada a derecho la exclusión de su oferta con base en tal incumplimiento.

Es por ello que el recurso debe ser desestimado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VISO FARMACÉUTICA, S.L.** contra la resolución, de 8 de junio de 2018, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario



Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos para los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Granada”, respecto al lote 2 (Expte. 0000036/2018).

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 respecto al lote 2.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

