

**Recurso 73/2018****Resolución 97/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de abril de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PRAXIS PHARMACEUTICAL, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de medicamentos exclusivos de diferentes empresas, para los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Granada” respecto al lote 21 (Expte. 0000041/2018), convocado por la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 14 de febrero de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento negociado sin publicidad, del contrato de suministro



indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 29.137.830,72 euros.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación 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, le 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** El 7 de marzo de 2018 se presentó en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, anuncio y escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PRAXIS PHARMACEUTICAL, S.A. (en adelante PRAXIS PHARMACEUTICAL) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución, solicitando la adopción de la medida provisional de suspensión.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 8 de marzo de 2018, reiterado en fecha 15 de marzo de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le solicitó el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificaciones y las alegaciones a la medida provisional instada por la recurrente. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el pasado 19 de marzo de 2018.

**QUINTO.** Con fecha 19 de marzo de 2018, por la Secretaría de este Órgano se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo



concedido.

**SEXTO.** El 20 de marzo de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.** Procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP, dispone 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 del recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*



(...)

*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”*

El propio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación para recurrir no solo a los que han participado en la licitación, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que se hayan visto perjudicados o bien puedan resultar afectados.

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (valga por todas la Resolución 34/2018, de 8 de febrero), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que los pliegos impugnados impiden sus posibilidades de acceder a la licitación. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.



El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 40 del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) 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 158 de esta Ley.”*

Asimismo, el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el Reglamento), establece que: *“2. 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 se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”.*



En el presente supuesto, es de aplicación la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, que en su Disposición adicional séptima referente a la transparencia en los procedimientos negociados sin publicidad, establece que: *“Las personas y entidades incluidas en el artículo 3 de esta ley deberán publicar en su perfil del contratante, simultáneamente al envío de las solicitudes de ofertas a las que se refiere el artículo 178.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, un anuncio, al objeto de facilitar la participación de otros posibles licitadores.*

*Las ofertas que presenten los licitadores que no hayan sido invitados no podrán rechazarse exclusivamente por dicha circunstancia.”*

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 14 de febrero de 2018, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso en el Registro del Tribunal, el 7 de marzo de 2018, el mismo se interpuso dentro del plazo legal indicado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

En el presente supuesto, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que rigen la licitación del presente procedimiento, respecto del lote 21, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, se acuerde su anulación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su publicación, procediéndose a efectuar una nueva convocatoria mediante procedimiento abierto, permitiendo la participación de todas las empresas que tengan medicamentos compuestos por el principio activo COLESTINA DE SODIO para administración por vía inhalatoria.



Afirma la entidad recurrente que, en relación al lote 21 –COLISTINA 80 MG/ENVASES MONODOSIS, SOLUCION INHALACIÓN. Forma farmacéutica: SOLUCIÓN INHALACIÓN-, la elección para su adjudicación del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad, ex artículo 170.d) del TRLCSP, no está justificada, no concurriendo la situación de exclusividad requerida como presupuesto habilitante para su aplicación.

En este sentido, afirma que si bien el órgano de contratación considera que la empresa ZAMBON, S.A., (en adelante ZAMBON) es titular de un derecho de exclusiva sobre dicho medicamento, por el contrario ella dispone de un medicamento autorizado que serviría perfectamente para cubrir las necesidades de este contrato respecto a dicho lote, no siendo por lo tanto, la empresa ZAMBON la única que puede presentar oferta en la presente licitación.

Al respecto, manifiesta que el objeto del lote 21, viene definido por el suministro del principio activo –COLISTINA 80 MG / ENVASES MONODOSIS-, en su forma farmacéutica de solución para inhalación, para el que están disponibles varios medicamentos, según información de la Agencia Española de Medicamentos o Productos Sanitarios (AEMPS) y del Centro de Información Online de Medicamentos de la AEMPS (CIMA), por ello, considera que la presente licitación debió convocarse por procedimiento abierto, pues la unidad que define el objeto del contrato –respecto al lote 21- viene impuesta por la determinación del único principio activo –COLISTIMETATO DE SODIO- y vía de administración, permitiendo participar a todas las empresas que puedan ofertar un medicamento compuesto por dicho principio activo y disponga de la forma farmacéutica solicitada.

Concluye la recurrente alegando que el supuesto previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, en el que se ampara el órgano de contratación, supone la existencia de un único empresario al que encomendar el cumplimiento del contrato, por lo que de conformidad con lo expuesto, la situación de exclusividad alegada para justificar la convocatoria de la presente licitación por procedimiento negociado



respecto al lote 21, no existe, no siendo la empresa ZAMBON la única que puede acometer la correcta ejecución de dicho lote.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso solicita la estimación del mismo, manifestando que a la vista del escrito de la recurrente requiere al Servicio de Farmacia del Hospital para que verifique la exclusividad del producto por parte de ZAMBON, comprobando como resultado de dichas actuaciones que en la actualidad no existe esa exclusividad de acuerdo con lo dispuesto en la página web del CIMA, confirmando que actualmente el principio activo COLISTIMETATO DE SODIO es ofertado por más de un laboratorio, por lo que procede desistirse del lote 21 y licitarlo nuevamente mediante procedimiento abierto.

**SEXTO.** Con carácter previo al estudio de los motivos en que el recurso se sustenta, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento de la pretensión de la recurrente.

El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la normativa reguladora del recurso especial en materia de contratación, que se remite en lo no previsto en ella a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin que en la citada ley tampoco se regule este reconocimiento de la Administración a las pretensiones de la recurrente, pues dicho reconocimiento solo puede concurrir en aquellos supuestos en que la Administración es parte en un procedimiento cuya resolución corresponde a otra instancia distinta.

Lo más similar lo encontramos en el proceso contencioso-administrativo, en cuya regulación el reconocimiento de las pretensiones de la recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso, salvo que ello suponga “*infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-



administrativa).

Por ello, debe este Tribunal entrar en el fondo de la cuestión para determinar si las causas por las cuales deben anularse los pliegos que rigen la licitación, en la forma alegada por la recurrente y aceptada por el órgano de contratación, suponen o no una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la adjudicación de los contratos, debe realizarse de forma ordinaria utilizando el procedimiento abierto o restringido, por lo que el empleo del procedimiento negociado sin publicidad por concurrir el supuesto del artículo 170 d) del TRLCSP, reviste un carácter excepcional, procediendo cuando es imposible promover la concurrencia porque existen razones técnicas, artísticas o de protección de derechos de exclusiva que comportan que solo una única empresa pueda ejecutar el contrato.

En consecuencia dicho procedimiento debe ser objeto de una interpretación restrictiva y, en todo caso su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que esas razones hagan “absolutamente necesaria” la adjudicación del contrato a una empresa determinada.

En el supuesto examinado, la recurrente en su escrito de recurso denuncia que en relación al lote 21 del presente contrato, dicha exclusividad no existe, pudiendo concurrir al citado lote más de una empresa.

Dicha afirmación no es cuestionada ni matizada por el órgano de contratación, quien solicita a este Tribunal que ha de estimarse la pretensión de la recurrente tras constatar previa realización de las comprobaciones oportunas los extremos alegados por la misma.

Así pues, visto que no existe controversia en cuanto a la improcedencia del



procedimiento utilizado para la adjudicación del lote 21 del presente contrato, se verifica la infracción de los pliegos denunciada por la recurrente en el recurso y confirmada por el órgano de contratación en su informe al mismo.

Por tanto, dicho reconocimiento por parte del órgano de contratación no es contrario a derecho, no suponiendo tal aceptación por su parte una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Procede, por tanto, la estimación del recurso y, en consecuencia, anular el PCAP y de PPT, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los mismos, a fin de que se proceda en los términos expuestos en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PRAXIS PHARMACEUTICAL, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de medicamentos exclusivos de diferentes empresas, para los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Granada” respecto al lote 21 (Expte. 0000041/2018), convocado por la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en la presente resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 20 de marzo de 2018.



**TERCERO.** 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.

