

Recurso 202/2014**Resolución 150/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 21 de abril de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ANDALUZA DE HEMOFILIA (ASANHEMO)** contra la licitación y los pliegos por los que se rige el acuerdo marco de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones, Subcategoría SU.PC.FARM del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud (Expte. A.M. 4001/13), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 30 de julio de 2013, la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud (en adelante, SAS) aprobó el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la contratación del acuerdo marco de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones, Subcategoría SU.PC.FARM del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud (Expte. A.M. 4001/13) y acordó la apertura del procedimiento



abierto de adjudicación del citado acuerdo marco.

El anuncio de licitación de la contratación indicada fue publicado el 2 de agosto de 2013 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 3 de agosto de 2013 en el Boletín Oficial del Estado núm. 185 y el 30 de julio de 2013 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado de las adquisiciones durante la vigencia del acuerdo marco asciende a 241.013.689,25 euros.

SEGUNDO. Contra la licitación y los pliegos por los que se rige el acuerdo marco de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones, Subcategoría SU.PC.FARM del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, se interpusieron varios recursos que fueron resueltos por este Tribunal mediante las Resoluciones 21 a 34/2014, de 12 de marzo, en virtud de las cuales se estimaron parcialmente los recursos especiales y se anuló la licitación y los pliegos.

TERCERO. Por resolución de 10 de abril de 2014 del Director General de Gestión Económica y Servicios del SAS se acuerda dar cumplimiento a las citadas resoluciones de este Tribunal y por Resolución de 30 de abril de 2014 se aprueban los nuevos Pliegos que han de regir la licitación, publicándose el anuncio de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 10 de mayo de 2014, en el Boletín Oficial del Estado el 12 de mayo de 2014 y ese mismo día en el Perfil de contratante.

CUARTO. El 29 de mayo de 2014 tiene entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por **ASANHEMO**, contra los citados pliegos que han de regir la licitación del acuerdo marco.

El órgano de contratación remitió el expediente junto a su informe en relación al recurso interpuesto, el 4 de junio de 2014.



QUINTO. El 16 de junio de 2014, este Tribunal, previo Acuerdo de acumulación de todos los procedimientos tramitados sobre adopción de medidas cautelares solicitadas en diversos recursos especiales en materia de contratación, entre ellos el recurso interpuesto por la **ASOCIACIÓN ANDALUZA DE HEMOFILIA (ASANHEMO)**, adoptó la medida cautelar de suspensión en relación al procedimiento de adjudicación del citado acuerdo marco de homologación.

SEXTO. El 27 de junio de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso a todos los licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante), 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: Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Federación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra la resolución de adjudicación del contrato.



El artículo 42 del TRLCSP establece 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.”*

Asimismo, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a. (...)

b. (...)

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.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”

Sobre la legitimación activa de las Asociaciones existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.



En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:

“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, la legitimación viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, 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 correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”



La clave, pues, está en la existencia de una conexión específica entre el acto impugnado y la actuación o el estatuto de la Federación.

En los estatutos de **ASOCIACIÓN ANDALUZA DE HEMOFILIA (ASANHEMO)** consta en su objeto social que tiene como fines la representación y defensa de los derechos de las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas, por lo que queda acreditado su interés en la impugnación de la licitación objeto del presente recurso.

Asimismo, se aprecia la representación del firmante del recurso, una vez subsanada la falta de acreditación de la misma a requerimiento de este Tribunal.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha interpuesto contra el anuncio de licitación y los pliegos por los que se rige el acuerdo marco (en adelante, AM) de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones y el valor estimado de las adquisiciones durante la vigencia del acuerdo marco asciende a 241.013.689,25 euros, por lo que se trata de un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada y por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 a) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con el artículo 44 del TRLCSP que dispone en sus apartados 2 y 3:

“2. 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 a) (.....) en que los pliegos 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.

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 12 de mayo de 2014, indicando que el acceso a los pliegos se haría a través del perfil de contratante donde se publicaron el mismo día. El recurso tuvo entrada en el registro de este Tribunal 29 de mayo de 2014, por lo que se interpuso en el plazo de quince días previsto en el citado precepto legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta. Estos son los siguientes:

1. La configuración de los lotes y en particular del lote nº 4 en que se divide el objeto del acuerdo marco por indicaciones terapéuticas, conlleva la declaración de equivalencia terapéutica de los medicamentos que se pueden ofertar a cada lote, lo que a juicio de **ASOCIACIÓN ANDALUZA DE HEMOFILIA (ASANHEMO)** carece de base científica y legal pues solo los ensayos clínicos de equivalencia, realizados siguiendo las guías establecidas para ello por las propias agencias reguladoras y supervisados por esas agencias, pueden demostrar que dos principios activos diferentes son “equivalentes terapéuticos”.
2. La configuración de los lotes vulnera el artículo 86.3 del TRLCSP puesto que los lotes objeto de la licitación no constituyen una unidad funcional, ya que se admite que se liciten a cada lote medicamentos distintos con diferentes principios activos a efectos de su selección en el seno de la licitación.



3. La configuración de los pliegos vulnera la Disposición Adicional Tercera de la Ley 10/2013, de 24 de julio por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, ya que no existe una declaración de equivalencia entre los medicamentos agrupados en los lotes del acuerdo marco.

4. La licitación y los pliegos infringen el régimen legal de acceso a los medicamentos y de los artículos 88.1 de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y los artículos 1, 23 y 24 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en relación con el derecho a acceder a la prestación farmacéutica en Andalucía en condiciones de igualdad respecto al resto de España.

A cada una de estas alegaciones se opone el Servicio Andaluz de Salud en el informe remitido a este Tribunal en relación al presente recurso.

SEXTO. Expuestas en el anterior fundamento las alegaciones del recurrente, vamos a ir analizando cada una de ellas.

Al respecto hay que indicar que todas las alegaciones del recurrente van referidas a rebatir la configuración del objeto del AM dividido en lotes y en el que la “definición de lote” se hace a través de la indicación terapéutica para la que sirven los principios activos que se enumeran y que están incluidos en el mismo subgrupo terapéutico de la clasificación oficial (ATC) y además tienen la indicación con que se describe el lote, según la ficha técnica del medicamento (FT).



El recurrente reproduce las alegaciones que ya hizo en el recurso 140/2013 la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HEMOFILIA (FEDHEMO), de la que forma parte ASANHEMO, respecto al mismo AM.

El artículo 3º de los Estatutos de FEDHEMO, dispone que ésta se constituye por la agrupación natural de las Asociaciones de Hemofilia de ámbito Autonómico y/o provincial que se formen en el Estado español, por tanto, la ASOCIACIÓN ANDALUZA DE HEMOFILIA (ASANHEMO).

El artículo 6 de dicho Estatutos dispone que “serán socios ordinarios, las Asociaciones de Hemofilia Autonómicas y/o provinciales constituidas legalmente en el territorio español y que voluntariamente lo soliciten”.

Como ya se ha indicado, los pliegos por los que se rige el acuerdo marco de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones, Subcategoría SU.PC.FARM del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud (Expte. A.M. 4001/13), fueron anulados parcialmente por este Tribunal en virtud de la resolución, entre otras, 31/2014, de 12 de marzo, que resolvió el recurso 140/2013 interpuesto por FEDHEMO.

En la citada resolución se analizó la configuración del objeto del AM y se concluyó que la configuración del objeto del contrato se ajustaba al artículo 86.3 del TRLCS, en los siguientes términos:

“El Anexo del PPT del AM, define los lotes en atención a la indicación terapéutica a la que responden los principios activos que enumera que están todos incluidos en el mismo subgrupo terapéutico de la clasificación oficial (ATC) y el fin es seleccionar dentro de cada lote el principio activo respecto al que se presente la oferta económicamente más ventajosa.

Por tanto, no hay una indefinición del objeto del contrato como alega la recurrente, sino que éste queda definido en el Anexo del PPT de la forma



expuesta y justificado el fraccionamiento del objeto del AM en lotes que agrupan principios activos en función de la indicación terapéutica y del subgrupo terapéutico al que pertenecen, por lo que la unidad funcional del lote a que se refiere el artículo 86.3 del TRLCSP, queda también justificada y todo con el fin de conseguir el mejor precio dentro de los principios activos que componen cada lote y así lograr una eficiente utilización de los fondos públicos logrando un ahorro considerable al Servicio Andaluz de Salud.”

En consecuencia, la configuración del objeto del contrato se ajusta al artículo 86.3 del TRLCS, queda definido el objeto y queda justificada la unidad funcional de los principios activos que componen cada lote y ello dentro de la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y funcionalidades, como ha reiterado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en las resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012 o 227/2012, entre otras.”

Por tanto, debe considerarse que, en lo referente a las alegaciones dirigidas a combatir la configuración del objeto del AM que ya fue objeto de un recurso anterior y puesto que no ha sido modificado en el nuevo PCAP, se produce el efecto de cosa juzgada en relación con el recurso sometido al conocimiento de este Tribunal el cual, por un principio de seguridad jurídica, no puede pronunciarse ya sobre extremos resueltos y ello aunque el citado recurso fue interpuesto por FEDHEMO pero al formar parte de la misma ASANHEMO los efectos de cosa juzgada de la resolución de dicho recurso se extienden a ésta.

Este criterio ya se mantuvo por este Tribunal en la resolución 10/2012, de 3 de febrero, en la que se hacía referencia a la resolución 31/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, donde se analizaban los efectos de la cosa juzgada de la resolución de un recurso especial en materia de contratación sobre otro procedimiento de recurso posterior, concluyendo que debe considerarse que el efecto de cosa juzgada es de plena aplicación al ámbito administrativo:



<<En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa “*que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión*”. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos “*de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a las sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)*”>>

Por tanto, el análisis de este Tribunal debe limitarse sólo a las alegaciones respecto a aquellos aspectos del nuevo PCAP que hayan sido modificados del anterior PCAP que fue objeto de los recursos resueltos en las distintas resoluciones y en concreto en la resolución 31/2014 respecto al recurso interpuesto por FEDHEMO, pues el resto de los aspectos del PCAP que no han sido modificados, si fueron objeto de recurso anterior se produce respecto a los mismos el efecto de cosa juzgada, como se ha indicado, y si no fueron recurridos por el recurrente en anterior recurso, quedaron ya consentidos y firmes, sin que pueda ahora impugnar aspectos del PCAP que estando en el PCAP anterior, no combatió en su primer recurso contra el mismo. En este caso, el recurrente se limita, como hemos señalado, a recurrir la configuración del objeto del contrato y su división en lotes, que fue lo mismo que recurrió FEDHEMO en el recurso 140/2013, por lo que se produce el efecto de cosa juzgada, debiendo inadmitirse por tal causa. Pero además, aunque consideremos como recurrentes independientes a FEDHEMO y ASANHEMO, al no haber recurrido ésta los Pliegos del AM antes de la modificación de los mismos en cumplimiento de la resolución, entre otras, 31/2014, de 12 de marzo de este Tribunal, éstos quedaron ya consentidos y firmes y no puede ahora combatir los aspectos del Pliego que no han sido modificados y que no fueron recurridos por ASANHEMO



en su momento, pues ya quedaron firmes.

Este criterio ha sido mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 448/2013, de 16 de octubre, en la que se concluía que *<<por lo que debe considerarse que, en lo referente a la alegación ahora efectuada, tanto el anuncio como los pliegos quedaron en su día confirmados por su falta de impugnación, por lo que, al tratarse en este caso de un mera reproducción de los anteriores pliegos firmes y consentidos, alcanzaron a su vez firmeza, sin que puedan ahora ser impugnados en la presente vía administrativa, tal como, respecto de los recursos jurisdiccionales, establece el artículo 28 de la Ley 29/1998 que declara inadmisibile el recurso “respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma>>*.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **ASOCIACIÓN ANDALUZA DE HEMOFILIA (ASANHEMO)** contra la licitación y los pliegos por los que se rige el acuerdo marco de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones, Subcategoría SU.PC.FARM del Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud (Expte. A.M. 4001/13), por las razones expuestas en esta resolución.

SEGUNDO. 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 47.5 del TRLCSP.



TERCERO. 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 16 de junio de 2014.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

