

**Recurso 207/2014****Resolución 162/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 30 de abril de 2015

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERCK, S.L.** 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.** El 14 de agosto de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por **MERCK, S.L.** 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.

Dicho recurso fue resuelto por este Tribunal mediante Resolución 25/2014, de 12 de marzo, en virtud de la cual se estimó parcialmente el recurso especial 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 la citada resolución 25/2014 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 **MERCK, S.L.** 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 **MERCK, S.L.**, 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.** Hay que analizar si la recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP que dispone que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

La recurrente, en el momento de interposición del recurso, no había presentado oferta en el procedimiento de adjudicación, puesto que lo que pretende con el recurso es la anulación de la licitación y de los pliegos.

La noción de legitimación implica una relación específica entre el actor en un proceso y el objeto de la pretensión o petición que se ejercita. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una titularidad jurídica por parte de quien ejercita la acción y se materializa de prosperar ésta. Luego para que exista interés legítimo la resolución impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, sin que sea suficiente el mero interés por la legalidad.

Al objeto de examinar la legitimación de la empresa recurrente conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sec. 4<sup>a</sup>, según la cual *“Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es*



*equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.*”

Por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, máxime cuando lo que se pretende es que se anule o modifique el PCAP para poder licitar, como sucede en este caso.

**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 distintos lotes 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 MERCK, S.L. carece de base científica y legal pues sólo 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.

5. Invalidez de la licitación puesto que no se aprobó un nuevo expediente de contratación.

6. Invalidez del criterio de adjudicación previsto en la cláusula 7.3.1 del PCAP relativo a “otras ofertas complementarias”.

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 señalar que 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 132/2013 respecto al mismo AM y añade otras pero todas referidas a la configuración del objeto del AM.

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, 25/2014, de 12 de marzo.

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.

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 solo a las alegaciones respecto a aquellos aspectos del nuevo PCAP que hayan sido modificados del anterior PCAP que fue objeto del recurso resuelto en la resolución 25/2014, pues el resto de los aspectos del PCAP que no han sido modificados, si fueron objeto del 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 el 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.

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>>*.

**SÉPTIMO.** En cuanto a la alegación de invalidez de la licitación porque, tras la resolución 25/2014 de este Tribunal, el órgano de contratación no aprobó un nuevo expediente de contratación, hay que indicar que en la citada resolución se acordó *“estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **MERCK, S.L.** 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 resolución de 10 de abril de 2014 del Director General de Gestión Económica y Servicios del SAS se acuerda dar cumplimiento a la citada resolución 25/2014 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.

Por ello, carece de sentido lo alegado por el recurrente, ya que el SAS aprobó unos nuevos pliegos en los que se modificaron los aspectos que anuló este Tribunal en la citada resolución y manteniendo los que no habían sido anulados por dicha resolución y que por tanto quedaron firmes.

**OCTAVO.** Sólo resta abordar la impugnación de aquellos aspectos que han sido modificados en el nuevo PCAP en cumplimiento de la citada resolución 25/2014 de este Tribunal que anuló algunos de los criterios de adjudicación que establecía el PCAP.

En este sentido, la recurrente impugna el criterio de adjudicación consistente en *“otras ofertas, en relación con el medicamento licitado. Deberán considerarse idóneas para el SAS. Se objetivarán económicamente”* estableciendo el PCAP una ponderación de 5 puntos, porque entiende que va referido a productos distintos de los medicamentos que son objeto del contrato y que, igualmente, constituye la bonificación máxima a quien haga la oferta máxima objetivada económicamente, sin fijar un parámetro que permita determinar a priori la oferta máxima.

En la citada resolución 25/2014, se indicó que era posible establecer dicha mejora como criterio de adjudicación evaluable de forma automática, ahora



bien, partiendo de que dicha mejora debía guardar relación con el objeto del contrato y en cumplimiento de la citada resolución, se suprimió en el nuevo pliego la referencia a las ofertas complementarias en relación a medicamentos respecto a los cuales el licitador es proveedor único o exclusivo, por lo que queda sin fundamento la alegación del recurrente de que dicha mejora no guarda relación con el objeto del contrato, ya que sólo se admiten las ofertas complementarias relacionadas exclusivamente con el medicamento licitado.

Respecto a la forma de valorar dicho criterio de adjudicación, este Tribunal consideró que *“no se establece el límite de unidades a ofertar que obtendría la máxima bonificación que sirva de parámetro para valorar las distintas ofertas, sino que la puntuación de dicha mejora dependerá de las ofertas de los distintos licitadores sin existir parámetros objetivos que permitan a priori a los licitadores preparar sus ofertas”* y en consecuencia se anuló dicho criterio de adjudicación puesto que no se determinaba en el PCAP la forma de valorar el mismo al no fijarse parámetros para su valoración, lo que atentaba contra el principio de igualdad de trato puesto que éste comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.

En el PCAP que rige la licitación del AM, que fue objeto del recurso 132/2013 se recogía como uno de los criterios de adjudicación *“Otras ofertas complementarias: Se admitirán:*

- *Ofertas relacionadas con el medicamento licitado (material complementario para su uso, tests, pruebas diagnósticas, instrumental, aparataje, etc.). Deberán ser idóneas para el SAS. Se objetivarán económicamente.*
- *Otras ofertas, en relación con medicamentos para los cuales el licitador sea proveedor único o exclusivo (las Autoridades Sanitarias no hayan autorizado otro medicamento igual). Deberán considerarse idóneas para el SAS. Se objetivarán económicamente.”* con la siguiente valoración:



*“Puntuación = 5 x (OF /OFMax)*

*Siendo:*

*OFMax: Oferta máxima (objetivizada económicamente)*

*OF: Oferta presentada por el licitador*

*\*caso de presentarse más de una oferta complementaria en este apartado, los valores OF y OFMax, usados para el cálculo de la puntuación, serán el resultado de sumar todas las ofertas presentadas al apartado (objetivizadas económicamente)”*

En cumplimiento de esta resolución 25/2014, se modifica el PCAP y respecto al criterio de adjudicación relativo a *“Otras ofertas complementarias”*, se suprimieron las ofertas relacionadas con otros medicamentos de los cuales el licitador sea proveedor único o exclusivo y se añadió que *“no se valorará en este apartado cualquier tipo de dispositivo que sea estrictamente necesario para la administración o uso del medicamento, el cual deberá ser suministrado sin cargo alguno para el SAS “ y se añade que se valorará hasta un máximo de 5 puntos y “en cada lote se concederá el máximo de puntos a la oferta que alcance la cifra máxima de referencia, para este criterio, que se señala en el Anexo II del PPT (valorada según unidades de medida del género ofertado y al PUL, tal y como recoge el Anexo). Al resto de las ofertas, se le asignará la puntuación de forma proporcional, según la siguiente fórmula:*

*“Puntuación = 5 x (OF /OFMax)*

*Siendo:*

*OFMax: Oferta máxima (objetivizada económicamente*

*OF: Oferta presentada por el licitador”.*

Por tanto, se da cumplimiento así a lo indicado por este Tribunal en la citada resolución 25/2014 sobre la necesidad de que se concretara la forma de valorar dicho criterio de adjudicación, no pudiendo estimarse, en consecuencia, la pretensión del recurrente.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **MERCK, S.L.** 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.

Desestimar la pretensiones expuestas en los fundamentos de derecho octavo y noveno.

**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.

