

Recurso 583/2023
Resolución 634/2023
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 22 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN SL** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto del lote 26 adoptado por la mesa de contratación en la sesión de 8 de noviembre de 2023, en el procedimiento de adjudicación del «Acuerdo marco, con varias empresas, por el que se fijan las condiciones para el suministro de medicamentos utilizados en los Centros Sanitarios del Servicio Andaluz de Salud» (Expediente CONTR 2022 0000954216) convocado por el Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de diciembre de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del acuerdo marco de 78.808.158,35 € y, en concreto, el valor estimado del lote 26 asciende a 1.168.877,69 €.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. Según resulta del acta de la mesa de contratación, de 8 de noviembre de 2023, en dicha sesión se acuerda la exclusión de la recurrente por no haber justificado la anormalidad de su oferta. Dicha acta se publica en el perfil de contratante el 16 de noviembre de 2023.

TERCERO. El 5 de diciembre de 2023, EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN SL (en adelante, la recurrente) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación en su sesión del 8 de noviembre de 2023.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 5 de diciembre de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada en esta sede el 12 de diciembre de 2023.

Mediante Resolución MC 160/2023, de fecha 15 de diciembre, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que no se ha cumplimentado el trámite por ningún interesado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible. Análisis del motivo de inadmisión planteado por el órgano de contratación.

Conviene analizar, en primer lugar, el motivo de inadmisión del recurso planteado por el órgano de contratación al considerar que la impugnación se dirige contra un acto (la propuesta de exclusión de la mesa contenida en el acta de la sesión de 8 de noviembre de 2023) que no reúne la cualidad de acto de trámite cualificado conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP.

Pues bien, conviene indicar que en el supuesto que analizamos, el acto formalmente impugnado es el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente. Al respecto, este Tribunal quiere poner de manifiesto, a diferencia de lo que señala el órgano de contratación en su informe, que el referido acuerdo de la mesa de exclusión de la oferta es un acto de trámite cualificado recurrible, y ello sin perjuicio de reconocer que aquella se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el 149.6 de la LCSP, la mesa de contratación solo tiene funciones de propuesta, siendo el órgano de contratación quien tiene las facultades de aceptación o rechazo de la oferta anormal.

El recurso se interpone contra el acuerdo adoptado por la mesa de exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 b) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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: c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».*

Por su parte, el artículo 19, apartados 3 y 5, del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER), establece que:

«3. Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión»

5. Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación, aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso».

Las referencias al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben entenderse realizadas al artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual *«Toda notificación (...) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».*

De los preceptos mencionados se desprende que es posible la impugnación de la exclusión como acto de trámite cualificado sin necesidad de esperar a la notificación de la adjudicación, momento este en que, surge la obligación para el órgano de contratación de notificar motivadamente la exclusión a los licitadores descartados, conforme establece el artículo 151.2 de la LCSP.

Ahora bien, para que comience a correr el plazo legal del recurso -artículo 44.2 b) de la LCSP- frente a la exclusión, es necesario que se produzca su notificación fehaciente al licitador afectado en los términos previstos en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, pues un licitador que impugna su exclusión sin esperar a la notificación de la adjudicación pierde ya la oportunidad de hacerlo en este momento posterior.



Por tanto, si la notificación de la exclusión no se ajusta a lo dispuesto en dicho precepto legal, el plazo para recurrirla comienza a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.

En el supuesto analizado, el acuerdo por el que se excluye a la recurrente fue adoptado el 8 de noviembre de 2023, como consta en el acta de la mesa de contratación que fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de noviembre de 2023, pero no consta que se haya producido la notificación individual de dicho acto a la recurrente conforme al artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Así pues, en la medida que no cumple los requisitos legales de la notificación, el plazo para impugnar aquel acto ha de iniciarse, conforme prevé el artículo 19 del RPER por remisión a la ley del procedimiento administrativo común, desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso. Es por ello por lo que, computando desde el 16 de noviembre de 2023- fecha de la publicación del acta de fecha 8 de noviembre de 2023- que es cuando tuvo conocimiento la licitadora de su exclusión- el recurso presentado el 5 de diciembre de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal *«Que, ante las irregularidades realizadas por el órgano de contratación, por las razones expuestas, en los MOTIVOS Y MEDIOS DE PRUEBA, (...)*

- *Se anule el acuerdo de exclusión de EVER;*
- *Se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a EVER continuar en el procedimiento»*

En síntesis, la recurrente discrepa de la exclusión de su oferta alegando que, en cumplimiento al requerimiento de justificación de la anormalidad, justificó el precio ofertado con todos y cada uno de los elementos necesarios para que la mesa aceptara que efectivamente se trata de un precio de mercado. En ese sentido, manifiesta que evidenció su importe no solo con el precio de mercado, sino demostrando que otras casas comerciales suministraron a un precio menor, por lo que considera que no es concebible que la mesa de contratación no encontrara justificada su oferta, y alega que en su caso, se le debió solicitar aclaración sobre aspectos concretos de los argumentos presentados en defensa de su propuesta, invocando a tal efecto la Resolución 101/2021 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Galicia.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en el informe al recurso, tras la exposición prolija de los antecedentes procedimentales, solicita, en primer lugar, la inadmisión del recurso al considerar que la impugnación se dirige contra un acto (la propuesta de exclusión de la mesa contenida en el acta de la sesión de 8 de noviembre de 2023) que no reúne la cualidad de acto de trámite cualificado conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP.

Subsidiariamente, solicita la desestimación de este con fundamento en las consideraciones efectuadas en el nuevo informe de fecha 7 de diciembre de 2023 emitido por la Jefa de Servicio y Suministros Farmacéuticos que da respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas por la recurrente en su escrito de recurso, y que, de forma sintética, exponemos a continuación.



En primer lugar, frente a la alegación de la recurrente de la suficiencia de la solvencia para suministrar los productos objeto de la presente contratación, el informe señala que aquella sirve para garantizar el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, pero no para justificar las condiciones de la oferta conforme a lo dispuesto en el artículo 149. 4 de la LCSP.

En segundo lugar, indica que la documentación presentada por la empresa recurrente para justificar las condiciones de su oferta presentada al lote 26 (Pemetrexed DOE 500 mg, inyectable) fue la siguiente:

- “a) Una resolución de adjudicación del Consorci de Salut i Social de Catalunya.*
- b) Un acta de una Mesa de Contratación de la Comunidad de Madrid.*
- c) Una resolución de adjudicación del Servicio Extremeño de Salud.*
- d) Un documento suscrito por la Directora General de la empresa, en el que se incluían capturas de pantalla parciales de información contenida en los documentos a), b) y c), así como la indicación de que “los precios ofertados están en línea con las últimas licitaciones de este principio activo”.*

El informe, tras analizar la documentación anteriormente mencionada, deduce que el precio ofertado por la empresa recurrente en lo relativo al lote 26 (Pemetrexed (D.O.E.) 500 mg, inyectable), es inferior a los precios reseñados de las Comunidades de Madrid, Extremadura y Cataluña para este lote, considerando cuanto menos sorprendente, que esta empresa cite los precios de adjudicación de otra empresa “LABORATORIO STADA, SL”, como ocurre en Extremadura y Cataluña, como justificación del bajo nivel de su oferta al SAS. Además, se indica que *“No ha lugar la valoración de si el precio ofertado por EVER al procedimiento 2206/2022 del SAS, en lo relativo al lote 26 (Pemetrexed (D.O.E.) 500 mg, inyectable), está o no “en línea” con el ofertado en otras CCAA. Lo único que puede valorar este Servicio es si la documentación aportada por la empresa para justificar el bajo nivel de su oferta cumple o no con lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP.*

Y dado que la empresa no ha presentado ninguna información distinta a la comparativa de precios de otras CCAA ya analizada, se considera que la documentación aportada es insuficiente para justificar el cumplimiento de lo ofertado, conforme a lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP”.

En tercer lugar, el informe señala, con respecto a las disposiciones medioambientales, sociales y laborales que la recurrente afirma cumplir, que no se localiza ninguna información al respecto en la documentación aportada por la empresa para justificar el bajo nivel de su oferta presentada al lote 26 (Pemetrexed (D.O.E.) 500 mg, inyectable), tal y como se le requirió por la mesa de contratación del SAS en su sesión celebrada el 13 de junio de 2023.

Consecuentemente, considera que las alegaciones esgrimidas por la recurrente en nada desvirtúan la apariencia de buen derecho de la actuación de esta Administración, que entiende es conforme a derecho y ha de ser respaldada.

SEXTO. - Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Y sin perjuicio de consideraciones puntuales en función de la casuística planteada en cada recurso, como punto de partida debe tenerse presente la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales en la materia. Así, en nuestra reciente Resolución 528/2023, de 27 de octubre, señalábamos lo siguiente:

<<(…) de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar entre otras muchas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incurra inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica,



según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que solo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.

En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.

(...)

En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego».

En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, 314/2022, de 10 de junio y 102/2023, de 17 de febrero, entre otras>>».

Sobre esta base doctrinal, hemos de examinar el recurso interpuesto que se circunscribe a dos motivos fundamentales:

Primero, la suficiencia de la justificación proporcionada por la recurrente, respecto del precio ofertado al haber indicado todos y cada uno de los elementos necesarios para que la mesa aceptara que se trata de un precio de mercado.

Segundo, la improcedencia de la exclusión de su oferta sin haberle solicitado aclaraciones sobre aspectos de los argumentos presentados en defensa de su propuesta.

A fin de enfocar debidamente la cuestión a dilucidar, conviene transcribir, a continuación, la cláusula 7.4.2 del PCAP que establece lo siguiente:

«En los casos en los que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haberse formulado en términos que la hacen anormalmente baja solo podrá ser excluida del procedimiento de licitación mediante la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP.

A tal efecto, salvo que en los pliegos se establezca otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el precio se estará a lo previsto legal o reglamentariamente.



Cuando se utilicen una pluralidad de criterios se establecerán en el **apartado 14.2 del cuadro resumen**, los parámetros objetivos que permitan a la mesa de contratación identificar los casos en que una oferta se encuentre incurrida en presunción de anormalidad, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

Cuando la mesa de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incurridas en presunción de anormalidad deberá requerir por medios electrónicos a la persona o personas licitadoras que las hubieren presentado dándoles un plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente, el bajo nivel de los precios, o de costes o cualquier otro parámetros en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación a través del SiREC-Portal de Licitación Electrónica de aquella información o documentos que resulten pertinentes a estos efectos. Para evaluar toda esa justificación la mesa puede solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, lo que le permitirá elevar al órgano de contratación una propuesta motivada de aceptación o rechazo. En caso de que la mesa de contratación proponga y el órgano de contratación considere que la oferta resulta inviable por incluir valores anormales se excluirá de la clasificación y se acordará la adjudicación a la mejor oferta, de acuerdo con el orden en el que hayan sido clasificadas de conformidad con lo previsto en el artículo 150 de la LCSP.

En todo caso se rechazarán las ofertas anormalmente bajas que se compruebe que lo sean por vulnerar la normativa de subcontratación o no cumplieren con las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo los convenios sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP».

En el referido apartado 14.2 del cuadro resumen, se indican los parámetros que permiten apreciar, en su caso, que las proposiciones no puedan ser cumplidas como consecuencia de inclusión de valores anormales, con el siguiente contenido:

«A tenor de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se considerarán que están incurridas en presunción de anormalidad aquellas ofertas que se desvíen en un 30 por ciento al alza sobre el valor medio de las puntuaciones totales obtenidas en todas las ofertas admitidas en los criterios de valoración a tener en consideración para adjudicar este expediente. En caso de que sólo concurra un licitador, la oferta se considerará desproporcionada o temeraria si es inferior al precio unitario de licitación en más de 30 unidades porcentuales».

Según consta en la documentación remitida, una vez identificada que la oferta de la recurrente al lote 26 se encuentra incurrida en presunción de anormalidad, con fecha 14 de junio de 2023, se dirige requerimiento a la entidad recurrente con el siguiente contenido:

«Habiéndose apreciado en la sesión de la Mesa de Contratación del día 13 de junio de 2023, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que su oferta al expediente administrativo de contratación Nº 2206/2022 (Nº SIGLO 777/2022), “Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de medicamentos utilizados en los Centros Sanitarios del Servicio Andaluz de Salud”, respecto al lote 26, incurre en presunción de anormalidad, por la presente se le requiere para que en un plazo no superior a cinco días hábiles desde la fecha de envío de esta notificación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, y mediante declaración responsable, justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

En particular, deberán incluir lo siguiente:

- a) El ahorro que permite el procedimiento de los servicios prestados.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos.



- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas para suministrar los productos.
 d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
 e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

Lo que le comunico a los efectos oportunos y de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».

Según consta en el acta de la sesión de la mesa de contratación de fecha 8 de noviembre de 2023, se somete a la consideración de los miembros de aquella, el informe de fecha 24 de octubre de 2023 emitido por la Jefa de Servicio de Suministros Farmacéuticos con relación a la documentación presentada por la empresa recurrente para justificar la anormalidad de su oferta, indicándose en el apartado 5 lo siguiente:

«5. ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN APORTADA POR LA EMPRESA EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN S.L

Esta empresa presenta documento en el que informa que su precio ofertado está en línea con las últimas licitaciones de este principio activo en otras Comunidades Autónomas (Madrid, Extremadura y Cataluña), aportando para ello documentación referente a diferentes resoluciones de adjudicación.

Procede el análisis de la documentación aportada sobre las referidas Comunidades Autónomas:

🕒 Comunidad de Madrid: Para el lote de Pemetrexed de 500 mg, se proporciona la información de los precios ofertados por las distintas empresas que han concurrido a una licitación que incluye a este medicamento:

LOTE 7.- PEMETREXED CONCENTRADO PARA SOLUCIÓN PARA PERFUSIÓN			
Orden de prelación	EMPRESA	CIF	Precio unitario ofertado (sin IVA)
1º	ZENTIVA K.S	N0611560D	0,03300
2º	EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN, S.L	B01723550	0,03797
3º	FRESENIUS KABI ESPAÑA S.A	A08130502	0,04450
4º	ACCORD HEALTHCARE S.L.U	B65112930	0,04920
5º	LABORATORIOS STADA S.L	B28882777	0,06500
6º	SANDOZ FARMACEUTICA S.A	A08233801	0,08600
7º	TEVA PHARMA S.L.U	B83959379	0,11541

En esta licitación de Madrid, al lote de pemetrexed se presentan ofertas por mg de principio activo, no como en la presente licitación del SAS, en la que el lote de pemetrexed se licita como “Pemetrexed (D.O.E.) 500 mg, inyectable”. Por tanto, para poder comparar los precios de ambas Comunidades, hay que hacer la siguiente conversión de los precios de Madrid:

EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN SL: $500 \text{ mg} \times 0,03797 = 18,985$ euros (sin IVA). Aplicando el IVA correspondiente a medicamentos (4%), resulta un precio unitario equivalente de 19,7444 euros (IVA incluido).

El precio unitario ofertado para el SAS al lote de pemetrexed 500 mg inyectable es 18,99 euros (IVA incluido)

🕒 Extremadura: Para esta Comunidad, la empresa afirma que el lote correspondiente a pemetrexed 500 mg, que citan como lote 41 del Expediente CS/99/C00001378/21/PA, fue adjudicado a otra empresa “LABORATORIO STADA, SL” a un precio unitario de 20,35 euros (sin IVA). Aplicando el IVA correspondiente a medicamentos (4%), resulta un precio unitario equivalente de 21,164 euros (IVA incluido).



El precio unitario ofertado para el SAS al lote de pemetrexed 500 mg inyectable es 18,99 euros (IVA incluido).

⌚ *Cataluña: Para esta Comunidad Autónoma, la empresa aporta una resolución de adjudicación, en la que para el lote correspondiente a Pemetrexed 500 mg, la oferta económica más baja fue de 20,35 euros (sin IVA), que corresponde nuevamente a la oferta presentada por otra empresa (“LABORATORIO STADA, SL”).*

Aplicando el IVA correspondiente a medicamentos (4%), resulta un precio unitario equivalente de 21,164 euros (IVA incluido).

La propia empresa EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN SL, presentó oferta al lote de pemetrexed 500 mg a 23,85760 euros (IVA incluido).

El precio unitario ofertado para el SAS al lote de pemetrexed 500 mg inyectable es 18,99 euros (IVA incluido).

En resumen, esta empresa aporta como única justificación que el precio ofertado al lote de pemetrexed 500 mg inyectable está, aduce, “en línea” con los precios de otras Comunidades, pero no aporta información que, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, permita justificar el bajo nivel de precio o costes de la oferta presentada al lote 26 del expediente 2206-22 del SAS.

La documentación aportada, por tanto, se considera insuficiente para justificar el cumplimiento de lo ofertado, por lo que no queda justificada la posibilidad de cumplir de forma correcta con el suministro objeto de la licitación».

En el apartado 15 del referido informe se concluye lo siguiente:

«15. CONCLUSIONES

(...)

3º Para la empresa EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN, S.L., se requirió la documentación necesaria que, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, les permitiera justificar y desglosar razonadamente las condiciones de su oferta al lote 26. Tras haber analizado la documentación aportada por la empresa, se concluye que la citada documentación se considera insuficiente para justificar el cumplimiento de lo ofertado, por lo que no quedaría justificada la posibilidad de cumplir de forma correcta con el suministro objeto de la licitación».

Finalmente, en la referida acta se hace constar lo siguiente, por lo que aquí nos interesa:

«A la vista del informe por la Mesa se acuerda la exclusión de:

-VISO FARMACÉUTICA (por reconocer que su oferta es inviable, por lo que se aplica el art. 62.2 del RGLCAP).

-EVER PHARMA, por no haber justificado la anormalidad de su oferta.

-STADA SL, de acuerdo con lo acordado en la sesión de 14 de julio de 2023». (el subrayado es nuestro)

La recurrente insiste en la suficiencia de la documentación aportada. Así, afirma (i) que procedió a justificar el precio ofertado con todos y cada uno de los elementos necesarios para determinar que se trataba de un precio de mercado; (ii) que evidenció su importe no solo con el precio de mercado, sino demostrando que otras casas comerciales suministraron a un precio menor; (iii) que cuenta con la suficiente solvencia para suministrar los productos objeto de la presente licitación y cumple con las obligaciones relativas a todas las disposiciones medioambientales, sociales y laborales y está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad y Prevención de Riesgos Laborales.

El informe del órgano, por su parte, con fundamento en el informe técnico emitido, obrante en el expediente, e incorporado al acta donde se acordó la decisión de exclusión, defiende que la documentación era insuficiente



para justificar el cumplimiento de lo ofertado, no quedando justificada la posibilidad de cumplir de forma correcta el objeto de la licitación.

Pues bien, tras el análisis de la documentación por este Tribunal, se impone efectuar las siguientes consideraciones para tener en cuenta en orden a la resolución de la presente cuestión litigiosa.

En primer lugar, si bien no es una cuestión controvertida, hemos de reconocer que los términos del requerimiento efectuado fueron genéricos, limitándose a reproducir el contenido del artículo 149.4 de la LCSP, por lo que, aun cuando no impidieron a la recurrente aportar el informe justificativo de su oferta, en los términos en que lo hizo, tampoco el requerimiento que se le formuló concretó aquellos aspectos que, tratándose de un acuerdo marco de suministro o entrega de medicamentos como el que nos ocupa, pudieran ser relevantes sobre las concretas condiciones de la oferta susceptibles de determinar el bajo nivel del precio ofertado.

En segundo lugar, tal y como este Tribunal ha podido constatar, en cumplimiento de dicho requerimiento, la empresa aportó un escrito en el que justificaba el precio ofertado asimilándolo a las últimas licitaciones de este principio activo, mencionando en concreto el expediente CS/99/ C000001378/21/PA) o el expediente CSC F8/21 del Consorci Sanitari de Catalunya, o el Acuerdo marco PA SUM 34/2022 del Servicio Madrileño de Salud mostrando el precio unitario ofertado por distintas casas comerciales. Aportó también soporte documental de tales extremos que ha sido relacionado con anterioridad.

Pues bien, no cabe duda de que la similitud de precio del medicamento ofertado en las licitaciones convocadas en otros Servicios de Salud puede ser indicativo o un indicio más que pudiera justificar la condición de “precio de mercado”. En ese sentido, este Tribunal ha podido constatar cómo, en el informe técnico transcrito en el acta respecto de la justificación aportada por otras empresas, se menciona que, entre las justificaciones aportadas por otras empresas incurso en presunción de anormalidad, figura que los precios son similares a otros precios ofertados a otros organismos públicos (véase, por ejemplo, el apartado 10 del informe técnico transcrito en el acta referido a la entidad SUN PHARMA LABORATORIOS, S.L.U, o el apartado 11 del informe referido al análisis de la documentación presentada por la entidad TEVA PHARMA S.L.U) En ambos casos, las empresas justifican que el precio ofertado está en la media de los precios ofertados a otros organismos públicos y privados, aportando copia de las resoluciones de adjudicación de otros Servicios de Salud, como ha efectuado la recurrente.

No obstante, tal extremo por sí solo no debiera ser determinante ni del rechazo automático de la oferta, como ha acontecido en el caso que nos ocupa, ni de la eventual aceptación de aquella, sin tener en consideración otros aspectos que pudieran determinar el bajo nivel de precio del medicamento ofertado por lo que, dado que la controversia se circunscribe a la ausencia de justificación de la posibilidad de cumplir de forma correcta con el suministro objeto de la licitación, entendemos que, efectivamente, tal y como plantea la recurrente, con carácter previo a su rechazo se le debió haber concedido la oportunidad de formular aclaraciones sobre los aspectos concretos considerados como relevantes para determinar la viabilidad, al no haberlo solicitado de manera expresa en el requerimiento, y sin que dichas aclaraciones, bajo ningún concepto, puedan suponer una modificación de la oferta.

Esta conclusión se alcanza teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de justificación de la viabilidad y sobre todo, teniendo presente el principio de proporcionalidad, ya que la solución adoptada por la mesa de contratación obedece, a juicio de este Tribunal, a un excesivo formalismo si tenemos en consideración, además, que nos encontramos ante un acuerdo marco de suministro de medicamentos y que la recurrente está entre las ofertas económicamente más ventajosas para la Administración. A ello se une la propia entidad del objeto del acuerdo marco (suministro de medicamentos) y su condición de ámbito fuertemente intervenido, con el precio fijado reglamentariamente, lo que determina que los



valores o aspectos que puedan configurar el bajo nivel de precio puedan responder a diversos factores, como las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones favorables de que disponga para suministrar aquellos, debiendo haber solicitado a la recurrente, con carácter previo a la exclusión, cuanta información y documentación complementaria se considerase precisa sobre los extremos sobre los que la mesa hubiese considerado oportuno.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación del motivo.

La estimación del anterior motivo conlleva la estimación de la pretensión principal relativa a la anulación del acuerdo de exclusión de la oferta, y la retroacción de actuaciones para que se proceda por la mesa de contratación a dar cumplimiento a lo establecido en el presente fundamento, formulando un nuevo requerimiento para solicitar las aclaraciones concretas sobre las condiciones de la oferta que permitan determinar el bajo nivel de precios, tras lo cual el órgano de contratación deberá aceptar o rechazar la oferta, motivadamente, y la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación.

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la suficiencia de la justificación de la oferta de la entidad recurrente y la adjudicación a la misma por ser la mejor oferta en relación calidad-precio, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EVER PHARMA THERAPEUTICS SPAIN SL** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto del lote 26 adoptado por la mesa de contratación en la sesión de 8 de noviembre de 2023, en el procedimiento de adjudicación del «Acuerdo marco, con varias empresas, por el que se fijan las condiciones para el suministro de medicamentos utilizados en los Centros Sanitarios del Servicio Andaluz de Salud» (Expediente CONTR 2022 0000954216) convocado por el Servicio Andaluz de Salud, y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptado mediante Resolución MC 160/2023, de 15 de diciembre.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas 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

