

Barcelona, 11 de febrer de 2016

Resolució núm.: 17/2016

Vist el recurs interposat pel senyor E. A. G. en nom i representació de l'empresa BAXTER, SL contra els plecs del contracte de subministrament de medicaments no exclusius, licitat per la Corporació Sanitària Parc Taulí de Sabadell, a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. La publicació del contracte de subministrament de medicaments no exclusius es va realitzar mitjançant anuncis previ de licitació en el DOUE núm. S/035-059328 de 19 de febrer de 2015, i anuncis de licitació en el DOUE núm. S/228-414688 de 25 de novembre de 2015 i en el BOE número 281 de 24 de novembre de 2015.

SEGON. En data 4 de desembre de 2015 l'empresa BAXTER, SL va presentar davant el registre del Consorci Corporació Sanitària Parc Taulí de Sabadell anunci previ d'interposició del recurs, en data 11 de desembre de 2015, va tenir entrada davant del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic recurs especial en matèria de contractació contra els plecs del contracte referenciat. Fonamenta el recurs sobre les al·legacions següents:

- a) Vulneració de la concurrència per la descripció de les característiques tècniques mínimes requerides al lot S7523.
- b) Manca d'adequació a dret de la clàusula d'acceptació incondicional dels plecs. La recurrent entén que restringeix la lliure concurrència.
- c) La configuració del lot S7523 vulnera els principis informadors que han de regir tot el procediment de selecció dels contractistes de l'administració pública.
- d) Atès l'anterior, afirma que concorren de les causes de nul·litat dels procediments de selecció dels proveïdors de l'administració.

I sol·licita l'anul·lació dels plecs impugnats per limitar la concurrència en el mercat i generar una situació de desigualtat. Igualment va sol·licitar la suspensió del procediment de contractació com a mesura provisional.

TERCER. El procediment de resolució de recurs s'ha tramitat d'acord amb el que disposen els articles 46 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP) i 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

L'entrada de l'expedient complet va tenir lloc en aquest Tribunal en data 14 de desembre de 2015.

QUART. En data 15 de desembre de 2015, l'empresa recurrent va esmenar la manca de la signatura del recurs d'acord amb el requeriment efectuat l'11 de desembre de 2015.

CINQUÈ. En data 16 de desembre de 2015, el Tribunal va donar trasllat de la interposició del recurs a la resta d'interessats en el procediment que havia designat l'òrgan de contractació, atorgant-los un termini de cinc dies hàbils per formular les al·legacions que consideressin convenientes, sense que s'hagi presentat cap escrit al respecte. Igualment es va comunicar a l'empresa recurrent l'informe de l'òrgan de contractació mitjançant el qual es proposava una nova redacció del lot S7523.

SISÈ. En data 16 de desembre de 2015 el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic va suspendre, mitjançant la Resolució núm. S-41/2015, i a petició de l'empresa recurrent, el procediment de contractació, sense que això impliqués en cap cas entrar a valor el fons de l'assumpte.

SETÈ. En data 18 de desembre de 2015, la recurrent va comunicar al Tribunal la seva conformitat amb la modificació de la definició del lot S7523 informada per l'òrgan de contractació.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 41.3 del TRLCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. El contracte del subministrament de referència és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.1 a) del TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha interposat contra els plecs del contracte, que són un dels actes objecte del recurs especial segons l'article 40.2 a) del TRLCSP.

QUART. El recurs ha estat presentat per persona legitimada -ja que és potencial licitadora en el procediment i titular d'uns drets que es poden veure afectats per la resolució- i també ha quedat acreditada la seva representació per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb els articles 42 i 44.4 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

CINQUÈ. El recurs ha estat presentat dins del termini legalment establert i en forma, ja que compleix amb els requisits fixats a l'article 44 del TRLCSP.

SISÈ. La recurrent sol·licita en el recurs especial en matèria de contractació l'anul·lació dels plecs del procediment i la substitució per altres que prevegin una configuració del lot S7523 que garanteixi l'accés de la competència d'acord amb l'article 1 del TRLCSP. En concret, afirma que aquesta configuració dels plecs:

Proposición técnica

Concurso Nº 16SMA01P MEDICAMENTOS NO EXCLUSIUS
Lote Nº S7523 SEVORANE

Artículo	Características	Unidades
52269	SEVORANE 250 ML - SEVOFLURANO SEVOFLURANO FRASCO 250 ML, SERAN FACILITADOS POR EL PROVEEDOR LOS VAPORIZADORES NECESARIOS PARA LA UTILIZACION DEL PRODUCTO, SIENDO A CARGO DEL MISMO MANTENIMIENTO Y REPOSICION DEL MATERIAL. ENVASE: IRRONPIBLE NO SE ACEPTARA VIDRIO. PRODUCTO: SINTETIZADO EN UN SOLO PASO. FORMULACION HUMEDA. FRASCO CONEXION DIRECTA A VAPORIZADOR SIN ADAPTADORES.	1 017.00

Total Lote en Euros: 93 777.57 Euros

limita la concurrència sense que hi hagi cap justificació a nivell funcional, motiu pel qual, el plec de prescripcions tècniques (en endavant, PPT) vulnera els més elementals principis pels quals ha de regir-se la contractació pública i per això ha de ser anul·lat. I afegeix que:

De conformidad con la información pública disponible en la web del Centro de Información online de Medicamentos de Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en la actualidad son varias las casas comerciales que comercializan el anestésico sevoflurano:

...

I conclou que en cap cas es tracta d'un medicament exclusiu que justifiqui la utilització per part de l'òrgan de contractació de la marca comercial **SEVORANE®**, mentre que la recurrent comercialitza sevoflurà que permet la consecució de l'objectiu funcional del contracte que és la satisfacció de l'interès públic de l'hospital. Per tot això, al·lega que el PPT vulnera l'article 18 de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat, i la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer de 2014 sobre contractació pública.

Al respecte, l'òrgan de contractació en l'informe emès en data 14 de desembre de 2015, de conformitat amb l'article 46 del TRLCSP, informa que el recurs ha de ser estimat parcialment en el sentit de modificar els plecs sobre la base que es tracta d'un error de transcripció en la definició de les prescripcions tècniques del lot:

Atès allò manifestat per la empresa recurrent, s'ha informat als tècnics que van elaborar els plecs de prescripcions tècniques, i en concret la definició del lot S7523, de la necessitat de fer el corresponent aclariment si hi ha justificació o motivació de les característiques concretament exigides o no.

La Directora del Servei de Farmàcia atès el requeriment de revisió de la descripció de lot impugnat exposa en un escrit que s'accepten les al·legacions presentades per l'empresa BAXTER SL. atès que la definició del lot S7523 és un error de transcripció en l'esmentada definició de les prescripcions tècniques del lot.

I proposa la següent redacció:

Per tal que el Tribunal ho tingui en consideració es proposa el següent redactat:

LOT S7523

SEVOFLURANO FRASCO 250 ML, SERÁN FACILITADOS POR EL PROVEEDOR LOS VAPORIZADORES Y/O ADAPTADORES NECESARIOS PARA LA UTILIZACIÓN DEL PRODUCTO, SIENDO A CARGO DEL MISMO MANTENIMIENTO Y REPOSICIÓN DEL MATERIAL.

Consultada l'empresa recurrent respecte de l'acceptació per part de l'òrgan de contractació d'aquesta al·legació i de la nova redacció de la definició del lot S7523, BAXTER, SL va comunicar en data 18 de desembre de 2015 a aquest Tribunal la seva conformitat amb la redacció que pel lot S7523 proposa l'òrgan de contractació.

Al respecte, apreciant per part d'aquest Tribunal que no es vulneren drets de tercers, cal estimar aquesta al·legació del recurs en el sentit manifestat per l'òrgan de contractació. Igualment, atès que s'estima aquesta pretensió, no cal entrar a analitzar la tercera al·legació i la quarta en la part relativa a la redacció de la clàusula del lot S7523.

SETÈ. En segon lloc, la recurrent manifesta que la redacció de la clàusula 16.7 del plec de clàusules administratives particulars (en endavant, PCAP) no s'adequa a dret.

En concret afirma que:

Entendemos que dicha cláusula restringe indudablemente la libre competencia, al situar a los licitadores en la tesitura de tener que elegir entre licitar a un procedimiento cuyas estipulaciones consideran ilegítimas, o recurrir dichas cláusulas y arriesgarse a que, en caso de que su recurso sea desestimado, quedarse sin la posibilidad de resultar adjudicatario.

La redacció de l'esmentada clàusula 16.7 del PCAP qüestionada disposa:

16.7. Un cop presentada una proposta no podrà ser retirada sota cap pretext. Les proposicions són secretes i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada del contingut del present plec, així com del plec de prescripcions tècniques, i la declaració conforme reuneix tots i cadascun dels requisits per contractar.

Per donar resposta a aquesta al·legació, cal tenir en compte l'article 145.1 del TRLCSP que textualment estableix:

"1. Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva."

És doctrina unànime dels tribunals i òrgans resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació el valor vinculant del PCAP i PPT, autèntica *lex inter partes*, amb eficàcia jurídica no només per l'administració convocant sinó també per qualsevol interessat en el procediment de licitació, amb especial intensitat en les empreses licitadores concurrents (entre d'altres, les recents Resolucions núm. 223/2015, 237/2015 i 238/2015).

No comparteix aquest Tribunal la tesi de la recurrent sobre l'elecció de les dues alternatives plantejades: licitar en un procediment tot i considerar que les estipulacions són il·legítimes, o recórrer-les amb el risc que si són desestimades no pugui resultar adjudicatari. Res no obsta -com pot constatar aquesta empresa licitadora mitjançant la presentació del recurs que ara es resol- que una empresa interessada pugui presentar-se a una licitació i recórrer els plecs precisament per evitar que, en cas que el seu recurs no prosperi, quedi privat de la possibilitat d'obtenir l'adjudicació del contracte (així ho va defensar precisament la recurrent

en el recurs que es va resoldre en la Resolució núm. 228/2015). En cap moment pot desprendre's de la redacció de aquesta clàusula que s'estigui impedit a qui recorre els plecs, presentar-se a la licitació.

En aquest sentit cal interpretar l'article 145 del TRLCSP i la clàusula 16.7 del PCAP, tal i com reconeix el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolució núm. 158/2012, al·legada precisament per ambdues parts:

“En efecto, cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella aún cuando el contenido de las cláusulas y prescripciones de los pliegos que la rigen le planteen dudas desde el punto de vista legal. De admitir otra cosa estaríamos limitando de forma efectiva el derecho antes mencionado, o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen, de todos aquellos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley.

En realidad, la norma del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público antes transcrita produce su efecto respecto de los pliegos que han adquirido firmeza por no haber sido recurridos en plazo o en el caso de haberlo sido, por haber sido desestimado el recurso. Nada obsta, sin embargo, a que quien los impugna pueda concurrir a la licitación para evitar que, en caso de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato.”

Vist l'anterior, i no havent-se al·legat cap altra qüestió que la debatuda, cal desestimar aquesta al·legació en no haver-se vulnerat cap dret de la recurrent ni cap principi rector de la contractació pública.

D'acord amb l'exposat, vistos els preceptes legals d'aplicació, reunits en sessió i per unanimitat, aquest Tribunal

HA ACORDAT

1.- Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor E. A. G. en nom i representació de l'empresa BAXTER, SL contra els plecs del contracte de subministrament de medicaments no exclusius, licitat per la Corporació Sanitària Parc Taulí, en el sentit exposat en els fonaments de dret.

2.- Aixecar la suspensió adoptada per aquest Tribunal el 16 de desembre de 2015.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- Notificar aquesta Resolució a totes les parts.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP, en els termes establerts en l'article 21.3 de la Llei 29/1998: "En els recursos contra les decisions adoptades pels òrgans administratius als quals correspon resoldre els recursos especials i les reclamacions en matèria de contractació a què es refereix la legislació de contractes del sector públic, els esmentats òrgans no tindran la consideració de part demandada, i sí que en tindran les persones o administracions afavorides per l'acte objecte del recurs, o que es personin en tal concepte, d'acord amb el que disposa l'article 49".

El president