



EB 2019/168

Resolución 209/2019, de 3 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil UCB PHARMA, S.L. frente a la adjudicación del contrato de “Suministro de Oxibato de sodio (DOE) y Levonorgestel (DOE) sistema de liberación intrauterino de 52 mg (Lote 1)”, tramitado Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de octubre de 2019 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UCB PHARMA, S.L. (en adelante UCB) frente a la adjudicación del contrato de “Suministro de Oxibato de sodio (DOE) y Levonorgestel (DOE) sistema de liberación intrauterino de 52 mg (Lote 1)”, tramitado Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 9 este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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). Dicha documentación se recibió el 15 de octubre.





TERCERO: Trasladado el recurso el 16 de octubre, se han recibido las alegaciones de ACCORD HEALTHCARE, SLU (en adelante, ACCORD), adjudicataria impugnada, el 22 de octubre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.M.S.G., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 c) de la LCSP son objeto de recurso especial los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza es un poder adjudicador, en su condición de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) El fármaco ANARTEX ofertado por la adjudicataria no cuenta con un Plan de Gestión de Riesgos (PGR), según se desprende de la información que aparece en la página Web del Centro de Información Online de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), por lo que debió ser excluido de la licitación al no cumplir con la legislación vigente en materia farmacéutica.
- b) El informe de valoración incurre en graves y manifiestos errores, además de en arbitrariedad al valorar dos criterios de adjudicación. En concreto, (i) el relativo a la dispensación del producto y (ii) el concerniente a los aspectos técnicos diferenciales entre los fármacos: Concentración del fármaco, diferencias de envase, mayor período de validez, existencia de PGR y posología.
- c) Finalmente, se solicita que se anule y se deje sin efecto la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato con retroacción de las actuaciones para acordar la exclusión de ACCORD y, subsidiariamente, se valoren nuevamente los criterios de adjudicación debatidos.

SÉPTIMO: Alegaciones de ACCORD

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) El medicamento ofertado en este lote 1 (ANARTEX) sí tiene el Plan de Gestión de Riesgos, pues de lo contrario no tendría la autorización de comercialización otorgada por la AEMPS al ser un requisito necesario desde el año 2012.



- b) El vaso para la toma del medicamento tiene la capacidad necesaria para su correcta dispensación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

- a) El medicamento ofertado por la adjudicataria cuenta con la autorización de comercialización de la AEMPS y tiene establecidas las condiciones de prescripción, dispensación y financiación por parte del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, por lo que cumple con la legislación vigente para poder participar en la licitación.
- b) Con relación a la alegación sobre errores y arbitrariedades cometidos en los criterios sujetos a juicio de valor, debe indicarse que el informe está suficientemente motivado y argumentado.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación, se expresan las consideraciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso:

- a) Sobre la exclusión del medicamento ofertado por la adjudicataria

La recurrente alega que el medicamento ANARTEX debió ser excluido de la licitación por no cumplir con la legislación vigente al no tener el PGR.

A juicio de este Órgano, este motivo impugnatorio no puede aceptarse por las razones que se explican a continuación:

- 1) El medicamento ANARTEX se encuentra autorizado por la AEMPS (entidad estatal competente) para su comercialización desde el 11 de octubre de 2017, con el número de registro 82521.



2) Llegados a este punto, y dado que ningún medicamento puede comercializarse en España sin la autorización previa de la AEMPS o de la Comisión Europea, por una pura cuestión competencial y por su presunción de legalidad, no corresponde ni al poder adjudicador, ni a este OARC / KEAO, poner en cuestión, dentro de los procedimientos de adjudicación o recurso, el ajuste al Ordenamiento de dicha autorización de comercialización, sin perjuicio de que los interesados puedan impugnarlas ante la Administración que las concedió si lo estiman oportuno.

Por todo lo anterior, el presente motivo impugnatorio debe ser desestimado.

b) Sobre la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor

UCB alega la existencia de errores, incoherencias y arbitrariedades en la valoración de las ofertas en dos criterios concretamente. El análisis de los motivos aducidos debe partir de las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en las que constan los criterios de adjudicación y documentación a presentar en la oferta, recordando que al no haber sido impugnados los citados pliegos, han sido consentidos por las partes por lo que éstas deberán estar a lo establecido en ellos:

Manipulación para la dispensación/reconstitución/administración.....4

Se valorará si la presentación permite la dispensación mensual para el tratamiento de medicamentos susceptibles de ser dispensados en farmacia ambulatoria para pacientes externos. Por otro lado, también se tendrá en cuenta si la presentación requiere de pasos de reconstitución previos a la administración y las estrategias y tecnología que presenta el medicamento para ello y aspectos relacionados.

Otros aspectos técnicos diferenciales.....8

Se valorarán otros aspectos técnicos diferenciales que sean detectados por la Unidad Promotora y que resulten de interés para las organizaciones de los servicios.



En el caso de que no se detecte ninguna característica técnica diferencial no recogida en los criterios anteriores o únicamente se presente un licitador, no procederá la valoración de este criterio y se otorgará, por tanto, la máxima puntuación.

Por lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, debe señalarse que supone que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el 10/12 OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 117/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.



Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica con un informe técnico que sustenta adecuadamente el acto impugnado. En particular, se observa lo siguiente de los aspectos técnicos diferenciales que alega la recurrente:

- a) el plan de riesgos ha sido analizado en la letra anterior de este fundamento jurídico, de donde se concluye que no puede existir dicho aspecto diferencial,
- b) la forma de administración y el periodo de validez han sido objeto de valoración en otros criterios de adjudicación (Periodo de validez/caducidad/estabilidad 3 puntos y Manipulación para la dispensación/reconstitución/administración 4 puntos), por lo que no procede volverlo a valorar.
- c) la posología es idéntica en los dos fármacos, por lo que tampoco existe hecho diferencial,
- d) el tamaño del frasco, una vez aprobados los dos únicos existentes en el Estado por la Comisión Corporativa de Farmacia de Osakidetza, el órgano de contratación considera, en su legítimo ejercicio de la discrecionalidad, que no es un aspecto técnico diferencial de especial interés para las organizaciones de los servicios,
- e) y, por último, respecto de la concentración debe señalarse que el Pliego de Prescripciones Técnicas define este lote por la cantidad de principio activo (90 g.) y no por la concentración, por lo que al ser dicha cantidad la misma no existe tampoco hecho diferencial valorable.

En conclusión, al considerar el órgano de contratación de forma correcta, a juicio de este Órgano, que no existen aspectos técnicos diferenciales de especial interés para las organizaciones de los servicios entre ambos fármacos, en



cumplimiento de lo establecido en los pliegos, ha procedido a otorgar la máxima puntuación a los dos productos.

Finalmente, debe señalarse que la desestimación de este aspecto de la alegación del recurrente hace innecesario el análisis relativo al diferente volumen de los vasos dosificadores, ya que la diferencia de puntos entre ambos licitadores nunca podría ser compensada por la estimación de esta parte de la alegación.

c) Conclusión

La desestimación de los dos motivos impugnatorios conlleva necesariamente la desestimación íntegra del recurso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil UCB PHARMA, S.L. frente a la adjudicación del contrato de “Suministro de Oxibato de sodio (DOE) y Levonorgestel (DOE) sistema de liberación intrauterino de 52 mg (Lote 1)”, tramitado Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko abenduaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de diciembre de 2019