



EB 2019/057

Resolución 094/2019, de 16 de mayo de 2019, 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 empresa ABBVIE SPAIN, S.L.U. contra los pliegos y el anuncio del contrato “Contratación centralizada del suministro del medicamento ADALIMIMAB (DOE) para nuevos pacientes o nuevos inicios de tratamiento para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de abril de 2019, la empresa la empresa ABBVIE SPAIN, S.L.U. (en adelante, ABBVIE) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y el anuncio del contrato “Contratación centralizada del suministro del medicamento ADALIMIMAB (DOE) para nuevos pacientes o nuevos inicios de tratamiento para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 8 de abril se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió los días 11 y 15 de abril.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 12 de abril, se han recibido las alegaciones de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. (el 16 de abril) y BIOGEN SPAIN, S.L. (el 17 de abril).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D.M.E.R., 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, entre otros, los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP, son impugnables los anuncios de licitación y los pliegos que rigen la licitación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).



SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos de la impugnación son, en síntesis, los siguientes:

- a) El recurrente considera que el régimen de los criterios de adjudicación previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y las condiciones de la oferta establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) contravienen los apartados 4 y 7 del artículo 145 de la LCSP y, consecuentemente, infringen los principios de transparencia e igualdad de trato entre todos los licitadores:
 - los criterios de adjudicación deben responder “lo mejor posible” a las necesidades del contrato, y dichas necesidades, en el ámbito del suministro de medicamentos, son la salud del paciente y la calidad, seguridad y eficiencia del tratamiento; en este contexto, la recurrente advierte de que el medicamento que se pretende adquirir, además de en formatos de 20 y 40 mg. de principio activo, puede dispensarse en formato de 80 mg., circunstancia que ha sido obviada en los Pliegos, ya que no se ha contemplado dicho formato entre los criterios de adjudicación a pesar de que la Administración conoce su existencia y lo utiliza y se trata de una presentación que tiene evidentes beneficios para el paciente.
 - la inclusión como criterio de adjudicación del citado formato permite evaluar el rendimiento de las ofertas en relación con el objeto del contrato (escasos pinchazos, eficiencia y calidad del tratamiento, seguridad y comodidad del paciente...); además, este criterio no limitaría la concurrencia y sería un incentivo para que los operadores incorporen esta presentación.
 - el recurrente alega que el apartado 2 del PPT obliga a que los licitadores oferten todas las presentaciones del medicamento que comercialicen y que estén disponibles en el mercado y establece que



en los criterios de adjudicación se priorizará, entre otras cosas, el mayor número de presentaciones ofertadas por proveedor en cada lote; ello implicaría que ABBVIE tendría que ofrecer en su proposición la presentación en dosis de 80 mg., sin que se le puntúe por ello, sin embargo, en el criterio de adjudicación correspondiente no cabe la dosis de 80 mg. porque los lotes se refieren solo a las dosis de 20 y 40 mg.; consecuentemente, se obliga a ABBVIE a ofrecer una presentación sin repercusión en la puntuación, lo que sería una “mejora encubierta”, ya que es la única empresa que comercializa dicho formato.

- b) Finalmente, se solicita que se declare la invalidez del PCAP y del PPT, en particular como consecuencia de la invalidez de la cláusula 22 del PCAP y del apartado 2 del PPT en lo que se refiere a las “condiciones de la oferta”, dejando sin efecto la convocatoria.

SÉPTIMO: Alegaciones de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A.

Las alegaciones de SANDOZ son, en síntesis, las siguientes:

- a) Los argumentos del recurso parten de una confusión entre “dosis” (o “formato”) y “presentación”; la primera se refiere al contenido de principio activo presente en el medicamento y la segunda a los diferentes continentes posibles para el mismo (jeringa precargada, pluma precargada, vial...).
- b) Se alega la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador para elegir los criterios de adjudicación y que, no siendo la dosis de 80 mg. objeto del contrato, es correcto que no se considere como criterio de adjudicación; por el contrario, la inclusión como criterio sí que atentaría contra los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, ya que se trata de un formato exclusivo de ABBVIE que nada aporta a la adjudicación individualizada de los tres lotes objeto de la licitación.



- c) No es cierto que la recurrente deba ofrecer la dosis del medicamento en 80 mg., sino solo todas las presentaciones (continentes del medicamento) de las dosis prescritas de las que disponga.

OCTAVO: Alegaciones de BIOGEN SPAIN, S.L

BIOGEN se opone al recurso con la siguiente argumentación:

- a) Se alega la presunción de acierto que protege la actuación de la Administración a la hora de configurar el objeto del contrato para satisfacer sus necesidades; si Osakidetza conoce la existencia de la presentación de 80 mg. y no la ha incluido en el expediente es porque no se corresponde con las necesidades que el contrato pretende satisfacer.
- b) El alegante aprecia intencionalidad en la confusión en la que el recurso incurre cuando habla de presentaciones (jeringa, pluma...) y dosis (20, 40, 80 mg...); los pliegos obligan a los licitadores a ofertar todas las presentaciones que comercialicen, pero dentro de las dosis exigidas para cada lote.
- c) Se estima que concurre temeridad en la interposición del recurso, ya que el recurso busca solo dilatar la tramitación del procedimiento de adjudicación en beneficio de ABBVIE.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

Osakidetza se opone a la estimación del recurso por los motivos que a continuación se resumen:

- a) Osakidetza conoce la existencia de la presentación de 80 mg., incluida en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, pero no la utiliza porque la Comisión Corporativa de Farmacia de la Dirección General acordó en esa misma fecha no dar acceso a esta presentación



exclusiva de ABBVIE, dado que las necesidades de los pacientes estaban satisfactoriamente atendidas con las de 20 y 40 mg., no siendo cierto que Osakidetza use o adquiera esta presentación (se adjuntan datos extraídos del sistema de información económico financiera del poder adjudicador).

- b) No es cierto que los pliegos obliguen a ABBVIE a presentar el formato de 80 mg., pues no se contempla en el PPT.
- c) La configuración del expediente respeta los principios de igualdad de trato y transparencia y responde a las necesidades de la Administración, sin que el recurrente pueda sustituir la voluntad de Osakidetza al respecto.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente alega que es contrario a Derecho que no se valore como criterio de adjudicación la presentación del formato de 80 mg. aunque, por otro lado, está obligado a incluirlo en su proposición. El análisis de la viabilidad del recurso debe partir del contenido de los pliegos cuya validez se impugna:

1) PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO)

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: No

- ☐ Precio.
- ☐ Otro criterio basado en la rentabilidad:

Los criterios y su ponderación están establecidos en consonancia con el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y alineados con las líneas estratégicas del Departamento de Salud de Gobierno Vasco (mejorar la eficiencia, mejorar la seguridad clínica y mejorar el modelo de gestión integral) y priorizándose, entre otras cuestiones:



- La seguridad al paciente: correcta identificación de los medicamentos para evitar errores de medicación.
- La seguridad al profesional sanitario.
- Presentación: en dosis unitarias.
- Eficiencia.
- Servicio al cliente (logística).

Asimismo, tanto la elección de los criterios y como su ponderación han sido aprobados por el Grupo de Trabajo de Contratación Administrativa de la Organización Central de Osakidetza.

(...)

2) PLIEGO DE BASES TÉCNICAS

2. LOTES, CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS, PRECIOS UNITARIOS, CONSUMO ANUAL ESTIMADO Y CONDICIONES DE LA OFERTA.

(...)

Condiciones de la oferta

1. Los proveedores que liciten a este procedimiento abierto deberán ofertar todas las presentaciones del medicamento que comercialicen y que estén disponibles en el mercado. Si disponen del envase clínico, deberán ofertar tanto el envase normal como el envase clínico y el precio unitario por presentación (forma farmacéutica y dosis) será idéntico en ambos tipos de envases (envase normal y envase clínico), así como en los distintos tamaños del envase normal.

En el caso de incluir en la oferta únicamente el envase clínico omitiendo los envases normales o viceversa, se entenderá por esta administración incluida en la oferta todas las presentaciones del medicamento haciéndose extensiva la misma al resto de envases al mismo precio unitario.

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la determinación del objeto del contrato y de los criterios de adjudicación

Es doctrina reiterada de este Órgano (ver, por todas, la Resolución 186/2018) que, para configurar el objeto del contrato de acuerdo con las necesidades de interés general que este pretende satisfacer, el poder adjudicador dispone de una amplia discrecionalidad, sin que los potenciales licitadores puedan reclamar válidamente que dicha configuración se ajuste a un determinado



esquema que les sea más favorable. Sin embargo, el margen de discrecionalidad no ampararía que Osakidetza determinara la prestación contractual de tal modo que beneficiara o perjudicara de forma arbitraria (es decir, sin una justificación basada en la finalidad que el contrato pretende alcanzar) o desproporcionada (por ejemplo, dando relevancia excesiva a un concreto aspecto del objeto contractual en relación con el interés general que dicho aspecto busca satisfacer) a una empresa o tipo de ellas (ver, por ejemplo, las resoluciones 7/2017 y 18/2015 del OARC / KEAO). Más allá de exponer las razones por las que, a su juicio (necesariamente, interesado y parcial), sería adecuado incluir las dosis de 80 mg. en el objeto del contrato, el recurrente no ha acreditado la existencia de arbitrariedad o desproporción que puedan desmentir el correcto uso de la discrecionalidad por el órgano de contratación, sin que pueda aceptarse que el criterio de la Administración pueda ser sustituido por el suyo propio. En cambio, son indicios significativos de la razonabilidad de la decisión del poder adjudicador que la dosis de 80 mg. es exclusiva del recurrente (por lo que introducirla en la prestación contractual perjudicaría la competencia y el libre acceso a la licitación), que un órgano de gran cualificación técnica como es la Comisión Corporativa de Farmacia optó por no incluirla en el objeto contractual¹ y el dato de que Osakidetza no la ha utilizado hasta el momento (según se deduce de la información económico financiera aportada por el poder adjudicador).

Dado que no se ha probado, y por lo tanto este Órgano no puede conceder, que el objeto del contrato esté incorrectamente delimitado, debe decaer, en consecuencia, la alegación de que los criterios de adjudicación debieran premiar la presentación del producto en dosis de 80 mg.; de acuerdo con los artículos 145.5 a) y 145.6 de la LCSP, dichos criterios deben estar vinculados al objeto del contrato, y difícilmente podría defenderse la existencia de vinculación alguna en un criterio que premiara la presentación de dosis (“cantidad de principio activo”) distintas de las que las prescripciones técnicas

¹ Según se alega en el informe de respuesta al recurso emitido por Osakidetza y se acredita mediante certificación de la secretaria de la Comisión.



han establecido como obligatorias y cuya utilidad para la satisfacción del objetivo del contrato se ha descartado.

Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

b) Sobre la obligación de ofertar todas las presentaciones

También debe desestimarse la alegación de que la obligación de ofertar todas las presentaciones del medicamento que comercialicen y que estén disponibles en el mercado recogida en el PPT imponga al recurrente a ofrecer la dosis de 80 mg.; como bien señala Osakidetza y se deduce del contexto de toda la documentación contractual y de sus antecedentes, tal obligación se inserta dentro del epígrafe que regula el contenido de las proposiciones para cada lote, por lo que no puede desligarse del contenido de cada uno de dichos lotes. Dado que el PPT no incluye en el contenido de ninguno de los lotes la dosis de 80 mg., no hay obligación de ofertarla, debiéndose entender que las diferencias de presentación se refieren en este caso a la forma farmacéutica o al número de unidades.

c) Sobre la mala fe o temeridad del recurso

No se observa mala fe o temeridad en el curso porque, aunque el recurso sea desestimado, no carece de argumentos jurídicos; por otro lado, tampoco se observa ánimo dilatorio, habida cuenta de que no se ha solicitado la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ABBVIE SPAIN, S.L.U. contra los pliegos y el anuncio del contrato “Contratación centralizada del suministro del medicamento ADALIMIMAB (DOE) para nuevos pacientes o nuevos inicios de tratamiento para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Declarar que no procede la imposición de la sanción por mala fe o temeridad prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO: 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 maiatzaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de mayo de 2019