



Recurso nº 180/2011

Resolución nº 221/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.E.J, en representación de NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS, S.L., con fecha 5 de agosto de 2011, contra la resolución de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad de 18 de julio de 2011 por la que se adjudicó el acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de gripe estacional para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y varias Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Subdirección General de Programación y Administración Financiera del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha de 12 abril de 2011 licitación para adjudicar por procedimiento abierto el acuerdo marco antes mencionado, con un presupuesto de licitación por importe de 19.681.178,4 €.

Segundo. Contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que deben regir la adjudicación y ejecución del indicado acuerdo marco, a los cuales existe acceso directo desde el anuncio publicado en la Plataforma mencionada, se interpuso recurso por SANOFI PASTEUR MSD S.A. mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 3 de mayo de 2011, en el que solicitaba que se tuvieran por impugnadas las cláusulas 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 2.1 y 5 del pliego de prescripciones técnicas, en lo que se refiere a la descripción del Lote 3 de la licitación.

Tercero. Dicho recurso fue resuelto por este Tribunal el día 25 de mayo del presente año mediante la resolución 144/2011, cuya parte dispositiva acordaba: *"Estimar el recurso interpuesto por Doña Raquel Ballesteros Pomar, en representación de SANOFI PASTEUR MSD S.A., con fecha 3 de mayo de 2011, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la adjudicación del acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de gripe estacional para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y varias Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud, declarando nulas la cláusula 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 2.1 y 5 del pliego de prescripciones técnicas, exclusivamente en lo relativo al lote 3 del acuerdo marco, cuya redacción deberá hacerse de tal forma que no quede excluida de la licitación ninguna vacuna con una funcionalidad adecuada para la finalidad que se atribuye al lote mencionado"*.

Cuarto. En ejecución de ello, la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad dictó con fecha 27 de mayo de 2011, resolución por la que acordaba la modificación de las cláusulas anuladas por la resolución del Tribunal dándoles nueva redacción en los siguientes términos:

"- En la página 5 de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, publicados el 12 de abril de 2011 en la Plataforma de Contratación del Estado, cláusula 2.1.2, donde dice: "Antígeno de superficie (H y N), inactivado, con adyuvante MF59C.1: debe decir: "Antígeno de superficie (H y N), inactivado, con adyuvante MF59C.1, u otras vacunas de inmunogenicidad reforzada".

- En la página 1 y 3 del pliego de prescripciones técnicas, cláusulas 2.1 y 5 respectivamente, donde dice: "Antígeno de superficie (H y N), inactivado, con adyuvante MF59C.1." debe decir: "Antígeno de superficie (H y N), inactivado, con adyuvante MF59C.1, u otras vacunas de inmunogenicidad reforzada".

En base a tales modificaciones se convocó nueva licitación mediante anuncio en el Boletín Oficial del Estado de 1 de junio de 2.011 enviado el mismo día al Diario Oficial de la Unión Europea.

Quinto. Contra la resolución anterior, el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas interpuso recurso especial en materia de contratación, NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS, S.L., a través de su representante, mediante escrito presentado el 17 de junio de 2011 en el registro de este Tribunal, en el que solicitó que se declarara la invalidez de la Resolución, el Anuncio Rectificado y los Pliegos Rectificados, se modificara la redacción de las cláusulas 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas y 2.1 y 5 del pliego de prescripciones técnicas eliminando de cada una de ellas el matiz "*u otras vacunas de inmunogenicidad reforzada*", manteniendo su redacción original y se modificaran los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas en el sentido de añadir un cuarto lote incluyendo el suministro de una vacuna antigripal de virus fraccionados, inactivados, de administración intradérmica, siempre que resulte del expediente de contratación la necesidad pública de incluirla a la vista de las previsiones para su adquisición formuladas por la Administración General del Estado, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y las Comunidades autónomas del Sistema Nacional de Salud parte del acuerdo marco.

Sexto. El anterior recurso fue resuelto por este Tribunal mediante resolución 186/2011, de 13 de julio del mismo año, por la que se acordaba: *"Desestimar el recurso interpuesto por NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS S.L. contra la Resolución de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad de 27 de mayo de 2011 por la que se daba nueva redacción a la cláusula 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 2.1 y 5 del de prescripciones técnicas, para dar cumplimiento a la resolución de 25 de mayo de 2011 de este Tribunal dictada en el recurso 112/2011, así como contra el anuncio de licitación y los pliegos resultantes de la modificación, toda vez que todos ellos suponen el cumplimiento en sus propios términos de la resolución de este Tribunal antes mencionada"*.

En base a esta resolución el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad continuó la tramitación del procedimiento de adjudicación de conformidad con lo dispuesto en la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que concluyó mediante la resolución ahora impugnada por la que se seleccionaban los suministradores de las vacunas contra la gripe estacional, en los

diferentes lotes, para el período de duración del acuerdo marco y entre los que se incluía a la recurrente.

Séptimo. Contra la anterior resolución interpone el presente recurso NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS, S.L., mediante escrito presentado el día 5 de agosto de 2011 en el registro del Tribunal en el que previos los razonamientos que considera convenientes a la defensa de su derecho, concluye pidiendo que el Tribunal declare la invalidez de la Resolución Impugnada y, por fundarse ésta en vicios de nulidad que afectan a los Pliegos Rectificados, declare la nulidad del procedimiento de licitación, dejando sin efecto todas las actuaciones realizadas y, subsidiariamente, declare la invalidez de la Resolución Impugnada retrotrayendo las actuaciones al momento previo a la adopción de la Resolución T ACRC 1 (sic), manteniendo la redacción original del lote 3 de los documentos del presente procedimiento de licitación tal y como fue publicada el día 12 de abril de 2011 en la Plataforma de Contratación del Estado, procediéndose nuevamente a la presentación de ofertas para la adjudicación de dicho lote.

Octavo. Con fecha 12 de agosto de 2011, la Secretaría del Tribunal puso de manifiesto el expediente a los restantes interesados para que en el plazo de cinco días formularan alegaciones si a su derecho convenía, lo que hicieron el resto de los licitadores seleccionados para el Lote 3 SANOFI PASTEUR MSD S.A. y CRUCELL SPAIN S.A. mediante escritos presentados ambos el día 19 de agosto siguiente y en el que previo los razonamientos que estimaron convenientes, solicitaron del Tribunal que con carácter principal, inadmita el recurso, sin entrar a conocer del mismo, en cuanto viene a recurrir una resolución que ha causado estado en la vía administrativa o con carácter subsidiario, y para el caso de que el Tribunal entrara a conocer del recurso, lo desestime en base a la improcedencia y falta de fundamento legal de las razones en que pretendió sustentarse.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, en tiempo y forma adecuados.

Tercero. Sin embargo, antes de entrar en el análisis del fondo del recurso conviene examinar el requisito objetivo, es decir el acto contra el que se interpone el presente recurso para determinar si éste es admisible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A tal fin no debe atenderse tanto a las argumentaciones expuestas en el cuerpo del escrito de recurso por la recurrente cuanto a su voluntad expresa manifestada en el mismo y al contenido del “petitum” articulado al final. En tal sentido debe indicarse que, en principio el recurso se dice interpuesto contra la resolución de la Subdirección General de Programación y Gestión Financiera del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, aunque realmente se trata de una resolución de la Ministra, por la que se adjudica el acuerdo marco, seleccionando los suministradores de las vacunas antigripales. Y aunque el análisis de los razonamientos en que se funda la impugnación de tales actos pone de manifiesto que se utilizan argumentos para ello que tienen por objeto claramente desvirtuar el contenido de la resolución de este Tribunal de 25 de mayo de 2011, dictada, con el número 144, en el recurso 112/2011 que les da causa e ignorar la 186/2011, dictada en el recurso 144/2011, no son estos los argumentos que el Tribunal debe analizar, sino si el acto de adjudicación recurrido se ha ajustado a derecho o no.

Ello nos obliga a distinguir entre aquellos argumentos que tienen por objeto propiamente impugnar la citada resolución y aquellos que combaten la de adjudicación en base al contenido de los pliegos o de la legislación aplicable. Respecto de estos últimos cabe interponer recurso, para cuya resolución evidentemente tiene competencia este Tribunal.

Cuarto. De conformidad con lo anterior, en la presente resolución sólo se analizará si la resolución que se dice impugnar ha infringido en algún punto el pliego de cláusulas administrativas particulares o el de prescripciones técnicas particulares o contraviene en algo el tenor de las disposiciones que deben regir la licitación efectuada.

Es en este punto donde el escrito de interposición del recurso carece de cualquier argumentación que pueda servir de base a la impugnación del acto de adjudicación en los términos indicados antes, pues se limita a reiterar los argumentos esgrimidos en el escrito de interposición del recurso 144/2011 y que ya han sido desestimados por este Tribunal. Con relación a ellos, sólo cabe decir que son claramente improcedentes en esta vía, por cuanto tienen como finalidad desvirtuar dos resoluciones del Tribunal que han causado estado en la vía gubernativa por lo que sólo son susceptibles de recurso contencioso administrativo en los términos previstos en el artículo 11.1, letra f) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, manteniendo plena eficacia en tanto ésta última no los revoque.

En todo lo demás, lejos de aducir contra el acto de adjudicación argumentos que tengan su base en infracciones de los pliegos o de las normas de aplicación que no hayan sido previamente resueltas y desestimadas por este Tribunal, se limita a la reiteración antes indicada.

Quinto. Sentado lo anterior resulta evidente que el Tribunal no puede admitir los razonamientos del recurso dirigidos a desvirtuar las anteriores resoluciones 144/2011, de 25 de mayo, dictada en el recurso 112/2011 y 186/2011, de 13 de julio, dictada en el recurso 144/2011, debiendo limitarse a examinarlo y, por lo expuesto anteriormente, desestimarlo en cuanto impugna la resolución de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad por la que se adjudica el acuerdo marco en cuestión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por NOVARTIS VACCINES AND DIAGNOSTICS S.L. contra la Resolución de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad de 18 de julio de 2011 por la que se adjudica el acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de gripe estacional para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y varias Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.