



Recurso nº 671/2016 C.A. Principado de Asturias 32/2016

Resolución nº 761/2016

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.S., en representación de SANDOZ FARMAEUTICA, S.A., contra la resolución del Gerente del Área Sanitaria IV del Hospital Universitario central de Asturias (HUCA), de 28 de junio de 2016, por la que se acuerda la adjudicación del expediente nº A4AS/2/021/2016 tramitado para contratar el *“suministro de medicamentos con destino a la Unidad de Gestión Clínica de Farmacia, del Hospital Universitario Central de Asturias”*, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por resolución del Gerente del Área Sanitaria IV del Hospital Universitario Central de Asturias, de fecha 16 de diciembre de 2015, se acordó iniciar el expediente nº A4AS/2/021/2016, para la contratación del suministro de “Medicamentos” mediante procedimiento negociado sin publicidad y gasto anticipado, como contrato derivado del Acuerdo Marco nº AM/2014/164, convocado por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por importe que asciende a 763.402,47 euros.

Entre los medicamentos a adquirir en este proceso de licitación (once) se encontraba como Lote 1 del referido Acuerdo Marco AM/2014/164, la EPOTEINA ALFA, figurando en este Acuerdo Marco como adjudicatarias de este medicamento dos empresas, JANSSEN CILAG, S.A. y SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Por resolución del Gerente del Área Sanitaria IV del Hospital Universitario Central de Asturias de 28 de junio de 2016 se acordó la adjudicación de todos los lotes del expediente nº A4AS/2/021/2016, salvo el lote 1, sobre el que esta resolución expresamente manifiesta en el apartado segundo:

“Declarar desierto el lote 1 por estar adjudicado en el acuerdo marco 2015/203 a un coste muy similar a la oferta del presente acuerdo marco y supondría un trastorno por el cambio de molécula en todos los ámbitos de prescripción y protocolos terapéuticos actualmente vigentes”.

Cuarto. Interpuesto recurso frente a esta mencionada resolución de 28 de junio de 2016 por SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A., el Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 28 de julio de 2016.

De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que, en el plazo de cinco días hábiles, formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, sin que ninguna de las mismas haya procedido a su formulación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias el 3 de octubre de 2013, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 28 de octubre de 2013 por Resolución de la Subsecretaría de 4 de octubre de 2013.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación adoptado en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de suministros sujeto a regulación

armonizada, y por tanto susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1 y 2 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una empresa que ha concurrido al procedimiento de licitación de referencia.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A., alega en su escrito de recurso que la resolución es errónea, al declarar desierto un lote que al contrario de lo que se afirma en la misma, no está adjudicado en el Acuerdo Marco 2015/203 del INGESA.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, y citamos literalmente, manifiesta:

*“En lo que a la declaración de desierto del lote nº 1 se refiere, **se comunica a ese Tribunal que la intención del órgano de contratación, pese a la redacción dada, no era declarar desierto el mismo, pues como el artículo 151.3 del TRLCSP, establece, no cabe llevarla a cabo cuando las dos ofertas habían sido admitas a licitación, sino renunciar, en los términos que el artículo 155.3 de dicho texto legal recoge: “Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia”.***

En este sentido la resolución impugnada justificada tal declaración en el trastorno por el cambio de molécula en todos los ámbitos de prescripción y protocolos terapéuticos actualmente vigentes”.

Sexto. Efectivamente, como se pone ahora de manifiesto por parte del órgano de contratación, el artículo 155 del TRLCSP, con respecto a la renuncia a la celebración del contrato y al desistimiento del procedimiento de adjudicación, señala:

1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración”

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

Pues bien, con fundamento en la norma ahora citada, no cabe por este Tribunal sino estimar el recurso interpuesto por el recurrente, declarando nula la resolución de adjudicación en la parte de la misma en que se declara desierto el Lote 1 correspondiente al medicamento EPOTEINA ALFA, al resultar dicha declaración contraria al ordenamiento legal vigente y retrotraer las actuaciones a fin de que por parte del órgano de contratación se manifieste su renuncia a la celebración del contrato, si así lo acordase, con fundamento en las razones de interés público que a su juicio justifiquen dicha actuación, y al amparo de lo dispuesto en el transcrito artículo 155 del TRLCSP.

A tales efectos y con fines meramente ilustrativos, se invoca por este Tribunal, la doctrina sobre los requisitos que han de concurrir para que la renuncia de un contrato pueda ser válida, doctrina expuesta entre otras en las resoluciones, en la nº 1120/2015, de 4 de diciembre y en la nº 292/2012, de 5 de diciembre:

- 1) que la renuncia sea adoptada por el órgano de contratación antes de la adjudicación;
- 2) que concurren razones de interés público, y
- 3) que la resolución sea motivada y que las razones se encuentren justificadas en el expediente.

Se comprueba tras lo expuesto que, el legislador atribuye al órgano de contratación la libertad de no adjudicar el contrato por un motivo de interés público sobrevenido con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación, sin embargo el *ius variandi* de la Administración exige una adecuada motivación para desterrar la arbitrariedad, debiendo justificarse razones de interés público que la motivan, sin que baste la mera invocación de dicho interés público.

Pues bien, el concepto de “interés público” constituye, como es sabido, el prototipo de concepto jurídico indeterminado caracterizado, como su propio nombre indica, por la indeterminación previa de los supuestos precisos constitutivos de su existencia, debiendo ser, en cada caso, el operador jurídico quien resuelva, en vista de las circunstancias concurrentes, si existe o no un interés público que pueda justificar la decisión adoptada, dado que el interés público es, a fin de cuentas, la razón de ser justificadora de toda la actuación de la Administración y de los Poderes Públicos en general, que no pueden actuar arbitrariamente adoptando decisiones por simple conveniencia o cambiar injustificadamente de criterio.

No olvidemos a este respecto que, el artículo 22 del TRLCSP, determina en su apartado 1 que los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que los que sean precisos para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, por lo que la naturaleza y extensión de las necesidades que pretendan cubrirse con el contrato, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas han de determinarse con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento de adjudicación. Asimismo, su artículo 1 establece como objeto de la Ley, además de la regulación de la contratación del sector público para garantizar que se ajusta a los principios que la rigen, el asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En la resolución número 731/2014 de este Tribunal, hemos afirmado sobre la renuncia que: *“En tal sentido, señalábamos en nuestra Resolución nº 292/2012, de 5 de diciembre, que,*

en el ámbito de sus competencias y en razón de la oportunidad y de las disponibilidades presupuestarias que tenga asignadas, el órgano de contratación puede decidir libremente si celebra o no determinado contrato y, en caso afirmativo, el contenido de la prestación objeto del mismo.

Esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación. Ahora bien, ello siempre con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general.'

Para que no concurra arbitrariedad en la decisión de renuncia, es necesario que el acuerdo de renuncia esté debidamente motivado y fundamentado en circunstancias excepcionales de modo que el interés general justifique la quiebra del principio de buena fe y lealtad entre las partes, sin que puede limitarse a apuntar de modo genérico a la existencia de un interés público, no especificando las razones concretas que avalan dicha decisión.

En este ámbito, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la motivación de la renuncia a la adjudicación de un contrato y así en la Sentencia de 18 de junio de 2002 (Caso Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Plaunungs-Gesellschaft mbH (HI) contra Stadt Wien), se refiere el Tribunal al alcance de la obligación de comunicación de los motivos de la renuncia a la adjudicación de un contrato, indicado que *"la exigencia de comunicación de los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación, establecida en el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 92/50, obedece precisamente al empeño de garantizar un mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos a los que se aplica esta Directiva y, por lo tanto, la observancia del principio de igualdad de trato ()"*.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.A.S., en representación de SANDOZ FARMAEUTICA, S.A., contra la resolución del Gerente del Área Sanitaria IV del Hospital Universitario central de Asturias (HUCA), de 28 de junio de 2016, por la que se acuerda la adjudicación del contrato derivado del expediente nº A4AS/2/021/2016 tramitado para contratar el *“suministro de medicamentos con destino a la Unidad de Gestión Clínica de Farmacia, del Hospital Universitario Central de Asturias”*, con excepción del Lote 1 que declara desierto, declarando nulo este último apartado a fin de que con retroacción de actuaciones, se proceda por el órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 155 del TRLCSP y en el cuerpo de esta resolución, a la declaración expresa de renuncia del Lote 1 correspondiente al medicamento EPOTEINA ALFA con la justificación que estime procedente.

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 47.4 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.