



Recurso 195/2019 C.A. Región de Murcia 20/2019.

Resolución nº 301

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

En Madrid a 25 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.A.V., en representación de la Sociedad REDDY PHARMA IBERIA, SAU contra el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante PCAP) del procedimiento para la contratación del suministro de antibióticos antifúngicos y antivíricos, tramitado por el Servicio Murciano de Salud; expediente CS/999/1100850298/18/PA, Lote 22, posición 360; el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) público, el 23 de octubre de 2018, el anuncio de licitación del procedimiento para la contratación del Suministro de antibióticos, antivíricos y antifúngicos del Servicio Murciano de Salud. El número de referencia de este anuncio es: 2018/S 226-516561.

Este anuncio fue enviado a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el día 23 de noviembre de 2018.

El Apartado II, del citado anuncio, en el número II.2.4 se describe el contrato: *“Antibióticos, antivíricos y antifúngicos”*. Asimismo, el anuncio en DOUE advierte en su número IV.2.2 que la fecha para la recepción de las ofertas es el 21 de diciembre de 2018, a las 14:00.

El 22 de diciembre de 2018 se publica en el DOUE un nuevo anuncio relativo a modificaciones o información adicional, en el que se identifica en el apartado II el objeto del contrato; suministro de antibióticos, antivíricos y antifúngicos y el número de referencia: CS/9999/1100850298/2018/PA. También se contiene la referencia al anuncio original DOS: 2018/S 226-516561 del día 23 de noviembre de 2018. El apartado VII de este anuncio, advierte:



“Apartado VII: Modificaciones

VII.1) Información que se va a modificar o añadir

VII.1.2) Texto que se va a corregir en el anuncio original

Número de apartado: IV.2.2)

Localización del texto que se va a modificar: Plazo para la recepción de ofertas o solicitudes de participación

En lugar de:

Fecha: 21/12/2018

Hora local: 14:00

Léase:

Fecha: 16/01/2019

Hora local: 14:00

VII.2) Otras informaciones adicionales:

Se ha añadido nota rectificación en el Perfil del Contratante ampliando el plazo de presentación de ofertas. Esta rectificación se produce como consecuencia del cambio en la descripción de los productos en algunos lotes”

La fecha de envío de este anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea es el 18 de diciembre de 2018.

Segundo. En lo que interesa a este recurso, el PCAP en la cláusula 1.4 al describir los lotes, define el suministro del Lote 22: “EFAVIRENZ/EMTRICITABINA/TENOFOVIR 600 MG/200 MG/245 MG COMPRIMIDO”. En el mismo sentido el número 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas describe el Lote 22: EFAVIRENZ/EMTRICITABINA/TENOFOVIR 600 MG/200 MG/245 MG COMPRIMIDO.

Por otro lado, el modelo para la presentación de oferta económica que se contiene en el expediente es un archivo Excel en el que para el Lote 22 se incluye la indicación FLUCONAZOL 100 MG FRASCO/BOLSA.

Tercero. En el expediente constan dos notas aclaratorias. La primera, ante algunas dudas suscitadas por eventuales licitadores se publica, tanto las preguntas como las respuestas del órgano de contratación. La publicidad de esta nota se produce el día 4 de diciembre de



2018, según comprobación que realizó el Tribunal en la Plataforma de Contratación de la Región de Murcia. En relación con el Lote 22 del contrato de suministro objeto de este recurso se plantearon dos consultas; así:

Se pregunta: “Creo que hay algún error en el archivo para presentar las ofertas. Hay lotes con nombres repetidos, creo que la descripción no es la correcta. Le pego un pantallazo. Además, si abro el lote de Emtricitabina Tenofovir, marca que es el nº 26 cuando en realidad es el 23.”

Se responde: “Son medicamentos diferentes, aunque incluyen algún principio activo común. Es decir, el lote 21 es EFAVIRENZ (solo), el lote 22 es un comprimido que incluye EFAVIRENZ + EMTRICITABINA + TENOFOVIR y el lote 23 un comprimido que lleva EMTRICITABINA + TENOFOVIR.

En el momento de elaborar la oferta, las firmas licitadoras deben tener en cuenta el código de material indicado en el Anexo de Oferta Económica, que coincide con la descripción establecida en la composición de productos contenidos en cada lote.”

Se pregunta: “Buenos días, hemos detectado que en el archivo que hemos descargado para licitar a través de su plataforma, los lotes a los que podemos licitar, su orden no se corresponde con el indicado en los pliegos. Por ejemplo, - el lote Efavirenz 600 mg está tres veces repetido, - el lote Entecavir 0,5 está duplicado y no figura el Entecavir 1g, - el lote de Emtricitabina+Tenofovir+Efavirenz no figura, - en general, los lotes que figuran en el archivo subido a Pixelware, descargado desde su plataforma, no se corresponde con la ordenación de los lotes en los Pliegos. Es por ello, que les solicitamos que reformulen el archivo y lo vuelvan a subir de manera correcta, ya que desde el departamento de soporte informático de Pixelware nos indican que ellos no pueden hacerlo. Saludos, Departamento de concursos

Se responde: “Las descripciones repetidas en el título de algunos lotes se deben al hecho de utilizar códigos agrupadores como códigos genéricos de una determinada gama de productos. Esa descripción se concreta después cuando entran en la composición de cada uno de los lotes relacionados en la Plataforma de Licitación Electrónica. Esta descripción de la composición del lote coincide con las descripciones establecidas en el Anexo de Oferta Económica.”

En el expediente se incluye una segunda nota de aclaración de 18 de diciembre de 2018, que fue publicada en la Plataforma de Contratación de la Región de Murcia, según la comprobación que ha realizado el Tribunal, en que se motiva la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas, indicando:



“A los efectos de lo previsto en el art. 156 de la DE LA LEY 9/2017, de 8 de noviembre, de CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, y ante la petición de aclaraciones realizadas por firmas interesadas en concurrir a este expediente de licitación, se informa de la siguiente

NOTA DE ACLARACIÓN

Se han constatado diversas discrepancias entre la descripción inicial del nombre de los productos que aparecen en la plataforma de licitación electrónica y la descripción de esos mismos productos en el documento en Excel de oferta económica. La discrepancia se produce como consecuencia del tipo de descripción que utiliza la plataforma de licitación electrónica en su visión inicial, un tipo abreviado de esa descripción, que solo puede concretarse cuando se entra a la composición interna del lote. Y es esta misma descripción interna la que se contiene en el modelo en Excel de oferta económica.

Por esta razón, por la diferencia en describir los productos fielmente conforme al Anexo de oferta económica, es por lo que se modifican las descripciones de la plataforma para que se ajusten al citado Anexo.

Como consecuencia de esta modificación en la descripción de los materiales, el plazo de presentación de ofertas se amplía hasta el 16 de enero de 2019.”

Cuarto. El procedimiento para la celebración del contrato se rige por la Ley 9/2017 de Ley de Contratos del Sector Público; en la parte que no resulte contraria a esta norma será aplicable el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP); y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Quinto. Con fecha 22 de febrero de 2019 se ha comunicado la presentación del recurso a los efectos de recibir alegaciones de los interesados. La empresa SANDOZ FARMACEUTICA S.A., ha presentado el día 1 de marzo de 2019, alegaciones al recurso, solicitando que sea desestimado éste. El mismo día la empresa TEVA PHARMA, SLU ha presentado alegaciones al recurso interesando la desestimación del recurso

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 46 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), y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE el día 21 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurso se interpone contra el PCAP del procedimiento para la celebración de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, siendo en consecuencia impugnabile por la vía del recurso especial en materia de contratación, de conformidad con los artículos 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. El artículo 48 de la LCSP establece que: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.*

El recurrente funda su legitimación en el hecho de que la modificación que se produce en relación con la descripción del Lote 22 del PCAP determina la posibilidad de haber presentado una oferta al mismo, no obstante, no pudo presentar esta oferta ya que tuvo conocimiento de esta modificación en el momento de la apertura de las ofertas económicas, en lugar de en el momento de publicación del PCAP. Esta causa permite reconocer la legitimación de la recurrente, que además presentó oferta a los Lotes 23, 24 y 38.

Cuarto. El recurso fue interpuesto el día 14 de febrero de 2019 en el Registro del Ministerio de Hacienda

La recurrente señala que tuvo conocimiento de la modificación del Lote 22 del pliego en el acto de aperturas de las ofertas económicas el día 24 de enero de 2019, por lo que debería entenderse cumplido el plazo de 15 días previsto en el artículo 50.1.c) de la LCSP. No obstante, analizando el fundamento de la pretensión de impugnación en relación con los datos que resultan del expediente se revela que la interpretación del órgano de contratación en relación al objeto del suministro del Lote 22 y la modificación del pliego fue conocida por la recurrente o tuvo los medios a su alcance para conocer y debiendo haberlo en fecha anterior a la que manifiesta en su recurso, de acuerdo con el siguiente argumento.

La recurrente afirma que, en el momento de apertura de las ofertas económicas, el día 24 de enero de 2019 advirtió que el suministro del Lote 22 demandado por el órgano de contratación no era el previsto en el PCAP, descrito como



“EFAVIRENZ/EMTRICITABINA/TENOFOVIR 600 MG/200 MG/245 MG COMPRIMIDO”, sino que el objeto de ese Lote es FLOCONAZOL 100 MG FRASCO/BOLSA. Lo primero que ha de señalarse es que ambas descripciones se encuentran en la documentación que rige la contratación desde la publicación del primer anuncio de licitación. La primera descripción del suministro se encuentra en el PCAP y en el PPT, y la segunda en el archivo Excel en el que los licitadores deben presentar su oferta.

En segundo lugar, debe considerarse que en el marco del artículo 138.3 de la LCSP se suscitaron ciertas dudas respecto de la discrepancia suscitada entre el PCAP y el PPT y el archivo Excel en el que se debía presentar la oferta durante el plazo para la presentación de las ofertas, dando lugar a una primera nota aclaratoria en la que se respondía, entre otras a la duda que afectaba al suministro del Lote 22. Esta nota aclaratoria, fechada el día 3 de diciembre de 2018, es publicada en la Plataforma de Contratación de la Región de Murcia el 4 de diciembre de 2018 (de acuerdo con la comprobación que ha realizado este Tribunal) y en ella ya se advierte que la oferta debe hacerse en relación con la descripción del producto que resulta en el archivo Excel del modelo de presentación de la oferta económica. En esta fecha la recurrente ya pudo conocer el criterio del órgano de contratación respecto de la oferta que debía hacerse al Lote 22.

El día 18 de diciembre de 2018, antes de vencer el plazo para la presentación de ofertas, una segunda nota aclaratoria reconoce la discrepancia entre la descripción del nombre de los productos que aparecen en la plataforma de licitación electrónica y la descripción de esos mismos productos en el documento en Excel de oferta económica. A continuación, la nota explica la causa de la discrepancia, produciéndose *como consecuencia del tipo de descripción que utiliza la plataforma de licitación electrónica en su visión inicial, un tipo abreviado de esa descripción, que solo puede concretarse cuando se entra a la composición interna del lote. Y es esta misma descripción interna la que se contiene en el modelo en Excel de oferta económica. Por esta razón, por la diferencia en describir los productos fielmente conforme al Anexo de oferta económica, es por lo que se modifican las descripciones de la plataforma para que se ajusten al citado Anexo.*

Por último, la segunda nota aclaratoria publicada en la Plataforma de Contratación de la Región de Murcia el día 18 de diciembre de 2018 (según comprobación que hace el Tribunal en la citada Plataforma), anuncia la ampliación del plazo de presentación de las ofertas hasta el 16 de enero de 2019. En esta misma fecha, 18 de diciembre de 2018 se envía un nuevo anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea que se publica el 22 de diciembre de 2018 en el que se trata de solventar definitivamente las dudas suscitadas mediante la



modificación de la documentación que debe servir para la presentación de la oferta al Lote 22 y se amplía el plazo para la presentación de las ofertas.

La modificación del plazo de apertura de las ofertas económicas es publicada en el DOUE el día 22 de diciembre de 2018. En esta publicación se informa de la posibilidad de conocer la causa de la ampliación del plazo a través de la Plataforma de Contratación, donde cualquier licitador pudo tener acceso a la nota aclaratoria segunda y en consecuencia tuvieron la posibilidad de conocer tanto la ampliación del plazo como la causa de esta ampliación y la opción del órgano de contratación para hacer la oferta sobre el producto del Lote 22, conforme al archivo Excel que se adjunta para la presentación de las ofertas económicas en los distintos Lotes. Esta actuación se califica por el órgano de contratación como una modificación de los Pliegos o documentos contractuales, lo que lleva consigo la ampliación del plazo de presentación de las ofertas.

Además de estos hechos, resulta relevante las previsiones del PCAP en relación a las aclaraciones a consultas que pueden suscitarse de conformidad con el artículo 138.3 de la LCSP. El PCAP en el párrafo tercero, número 7.1, dentro del apartado dedicado a la Adjudicación del Contrato, prevé: *“En base a la normativa indicada en el párrafo anterior, así como en la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación y la Instrucción 7/2013, de 12 de junio, de la Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud sobre el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación en el ámbito del SMS (BORM nº142, de 21 de junio de 2013), los licitadores que concurran a una licitación electrónica deberán presentar sus solicitudes de participación y proposiciones, aportar documentos o cualquier dato, así como efectuar las comunicaciones y notificaciones entre estos y el órgano de contratación, exclusivamente a través de la Plataforma de Contratación Electrónica que el SMS pone a su disposición en donde podrá acceder, sin perjuicio de las inserciones que procedan en el Perfil del contratante, a toda la documentación relativa a la licitación en curso, disponiendo de un canal de comunicación directa con el órgano de contratación que permita solicitar aclaraciones, petición de información, presentar las ofertas y recibir las notificaciones, así como el ejercicio de cualesquiera otros derechos que la normativa aplicable al proceso de contratación en curso le confiera como licitante.”*

En el número 9.2 del PCAP se prevé, respecto de las aclaraciones a las consultas de los licitadores: *“9.2. De conformidad con lo previsto en el artículo 138.3 LCSP, con carácter general, las respuestas a las aclaraciones a lo recogido en los Pliegos o resto de documentación, no tendrán carácter vinculante salvo que en la respuesta se indique*



expresamente lo contrario. No obstante, todas las aclaraciones y respuestas a las consultas o dudas planteadas al órgano de contratación (vinculantes o no), serán evacuadas por medio del Perfil del contratante para su público conocimiento, siendo responsabilidad de los interesados acceder al mismo para conocer el contenido a sus consultas.”

Por último, debe recordarse que el artículo 138.3 de la LCSP, en el que se amparan las cláusulas del PCAP transcritas, dispone que:

“3. Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.”

El régimen expuesto determina que el recurrente debió haber consultado la Plataforma de Contratación, en la cual el órgano de contratación, el día 4 de diciembre de 2018, publicó la primera nota aclaratoria en la que se advertía de la manera de hacer las ofertas al Lote 22. Asimismo, el día 18 de diciembre de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación la segunda nota aclaratoria en la que se ampliaba el plazo para la presentación de las ofertas y se incluía las explicaciones precisas para que los licitadores pudieran hacer su oferta conforme advertía el órgano de contratación. Tanto el día 4 como el 18 de diciembre de 2018 el recurrente pudo tener conocimiento o debió tenerlo, del criterio del órgano de contratación que resolvería la discrepancia entre la documentación del expediente en orden a presentar una oferta en el Lote 22, por imposición del artículo 133.3 de la LCSP y las propias prescripciones del PCAP transcritas, que le imponía el PCAP.



De especial importancia resulta el hecho de que el recurrente, presentó su oferta el día 16 de enero de 2019 y que determina que tenía conocimiento de la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas, ya que el plazo originario vencía el 21 de diciembre. El hecho de conocer que el plazo de presentación de las ofertas fue ampliado lleva consigo el conocimiento de la causa de esta ampliación ya que fue anunciado en la Plataforma de Contratación el día 18 de diciembre de 2018 y en el DOUE el 22 de diciembre con referencia a la Plataforma para conocer la causa de la ampliación. En consecuencia no es posible aceptar la tesis de la recurrente sobre la fecha de conocimiento de la infracción que se alega, que no se produce el 24 de enero de 2019 sino el día 4 de diciembre de 2018 en que se publica la primera nota aclaratoria sobre cómo ha de entenderse el PCAP y el anexo para formular la oferta económica, o bien el día 18 de diciembre de 2018 en que se publica la segunda nota aclaratoria expresiva del mismo problema que la anterior en orden a justificar la ampliación del plazo para presentar ofertas. Considerando estos días debe estimarse cumplido el plazo para la presentación del recurso si se pretende aplicar el artículo 50.1.c) de la LCSP.

En cualquier caso, el día 22 de diciembre de 2018 se publica en el DOUE tanto la ampliación del plazo para presentar las ofertas y se remite al Perfil del Contratante para encontrar la explicación que necesariamente debió conocer la recurrente ya que le era vinculante. Considerando este día como el de la publicación de la modificación de los pliegos que se recurren también debe estimarse vencido el plazo para la presentación del recurso, por aplicación del artículo 50.1.b) de la LCSP.

Transcurrido el plazo de presentación del recurso, concurre la causa prevista en el artículo 55.d) de la LCSP procediendo acordar la inadmisión del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. A.A.V., en representación de la Sociedad REDDY PHARMA IBERIA, SAU contra el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante PCAP) del procedimiento para la contratación del suministro de antibióticos antifúngicos y antiviricos, tramitado por el Servicio Murciano de Salud; expediente



CS/999/1100850298/18/PA, LOTE 22, posición 360, por hacer transcurrido el plazo para su interposición.

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 de la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 j) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.