



**Recurso nº 1340/2019 C.A. Principado de Asturias 92/2019**

**Resolución nº 1479/2019**

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

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. R. D-V. B., en representación de KEN PHARMA S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “*Suministro de los medicamentos “INFLIXIMAB y ETANERCEPT” para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias*” (Expediente SC\_2019\_021), convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias convocó, mediante anuncio publicado en el Perfil del Contratante y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 12 de julio de 2019 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 15 de julio de 2019, licitación por el procedimiento abierto para la contratación del contrato de “Suministro de los medicamentos “INFLIXIMAB y ETANERCEPT” para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias” (Expediente SC\_2019\_021) con un valor estimado de 3.956.481 euros, dividido en dos lotes:

- Lote 1: Infliximab 100 mg. Vial Polvo para concentrado para solución para perfusión.
- Lote 2: Etanercept 50 mg. Solución inyectable en jeringa / pluma precargada.

**Segundo.** Concluido el plazo de presentación de proposiciones el día 26 de julio de 2019, han presentado oferta al Lote 1 las siguientes empresas:

- BIOGEN SPAIN S.L.



- KERN PHARMA S.L.
- PFIZER S.L.U.
- SANDOZ FARMACEUTICA S.A.

**Tercero.** Tramitado el expediente de contratación, con fecha 26 de agosto de 2019 la Mesa de Contratación propuso al órgano de contratación adjudicar el Lote 1 del contrato BIOGEN SPAIN S.L.

**Cuarto.** El día 25 de septiembre de 2019, el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias dictó Resolución acordando la adjudicación del contrato a la empresa BIOGEN SPAIN S.L., publicándose en el perfil del contratante el día 8 de octubre de 2019.

**Quinto.** El día 25 de octubre de 2019 KEN PHARMA S.L. presentó en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda recurso especial en materia de contratación frente al anterior acuerdo de adjudicación.

**Sexto.** Remitido el expediente al órgano de contratación, éste emitió el informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación del mismo.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3 LCSP, se dio traslado a los demás licitadores en cuanto interesados en el recurso, habiendo presentado alegaciones la empresa adjudicataria BIOGEN SPAIN SL, solicitando su desestimación.

**Séptimo.** Interpuesto el recurso, con fecha 11 de noviembre de 2019 la Secretaria General del Tribunal –por delegación de éste- dictó resolución por la que se acordaba mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

## **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 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia



contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPERMC), y el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 3 de octubre de 2013, y publicado en el BOE el 28 de octubre de 2013, y cuya prórroga tácita se acordó por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas publicada en el BOE de fecha 16 de septiembre de 2016.

**Segundo.** El recurrente está legitimado al haber concurrido en la licitación presentando la correspondiente oferta, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

**Tercero.** El acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a los artículos 44.2.c) y 44.1.a) de la LCSP, al tratarse de un acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a los cien mil euros.

**Cuarto.** El recurso se ha interpuesto en forma y plazo, de conformidad con los artículos 50 y 51 LCSP.

**Quinto.** Entrando al estudio del recurso interpuesto, solicita la recurrente KERN PHARMA SL la anulación de la adjudicación, a fin de que *“se retrotraigan las actuaciones al momento de requerir a BIOGEN la aportación de la documentación complementaria que acredite efectivamente que el lote de la muestra presentada estaba comercializado con anterioridad a la fecha de fin de plazo de presentación de las ofertas”*.

Como apoyo de esta pretensión, aducen (hecho tercero) los siguientes motivos en contra del acuerdo de adjudicación, relativa a la puntuación obtenida en el criterio *“Presencia de código de barras/matrix que incluya lote y caducidad tanto en el acondicionamiento primario como el secundario”*:

*“- De una parte, porque BIOGEN interpuso recurso especial en materia de contratación número 937/2019 contra los pliegos reguladores del contrato, alegando, entre otras*



*cuestiones, que no debía puntuarse el hecho de incluir el Data Matrix en el envase primario (lo cual carece de todo sentido a la luz de la puntuación que finalmente obtiene).*

*- Junto a ello, porque en otros procedimientos de contratación recientes BIOGEN no había resultado adjudicatario (a pesar de presentar mejor oferta económica) precisamente por no disponer de Data Matrix en el envase primario de sus productos (se adjunta Informe de la Comisión Técnica de la Agencia Sanitaria del Alto Guadalquivir en el Procedimiento de Adjudicación PA11/APESHAG-1234567/18, de 10 de diciembre de 2018, como documento nº 3).*

*- Finalmente, porque en los viales comercializados por BIOGEN con anterioridad a esta licitación (FLIXABI), no se observa este código de barras/matrix en el acondicionamiento primario.”*

Añade que, examinado el expediente administrativo (alegando en el hecho cuarto que se negó el órgano de contratación a dar vista de los documentos relativos al recurso 937/2019, y a obtener copia del expediente), se constata que (hecho quinto) BIOGEN (i) efectivamente BIOGEN había obtenido 10 puntos en el criterio mencionado anteriormente (ii) BIOGEN había declarado en su oferta técnica que su medicamento no disponía de Data Matrix en el acondicionamiento primario, y (iii) el vial de muestra de “INFLIXIMAB (FLIXABI)” presentado por BIOGEN, sí incluía ya el Data Matrix en el acondicionamiento primario.”

Asimismo, entiende la recurrente que la muestra de la adjudicataria podría haber sido presentada fuera de plazo, o bien corresponder a un lote comercializado con posterioridad al plazo de presentación de ofertas, puesto que la certificación de la efectiva comercialización en España del medicamento ofertado por BIOGEN está firmada con fecha 13 de septiembre de 2019 (hecho sexto). De esta forma, el órgano de contratación, ante la discrepancia entre la muestra y la documentación técnica aportada por BIOGEN debería haber solicitado aclaraciones sobre la base del artículo 140.3 de la LCSP (fundamento primero del recurso).

**Sexto.** Como cuestión previa, cabe señalar que, si bien no se ha solicitado acceder al expediente conforme al artículo 52 de la LCSP, entiende este Tribunal que se habría garantizado el derecho de acceso del recurrente. Tal y como hemos señalado en numerosas ocasiones, el derecho de acceso se extiende únicamente al expediente de contratación, y no



a aquellos otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016). Asimismo, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter instrumental, estando vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018).

A la vista de esta doctrina, cabe concluir que no era necesario dar vista de un recurso interpuesto por el adjudicatario contra los pliegos, toda vez que no hay conexión entre ambos recursos.

En cuanto a la obtención de copias, como ya indicamos en la Resolución nº 248/2015, y posteriormente en la nº 316/2017, no ha de confundirse el derecho de acceso al expediente comprende la vista de todos los documentos que lo integren, pero no el derecho a obtener copia de todos ellos, sino solamente de *“aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa”*. Ello es así porque *“el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho de acceso, necesidad que debe ser alegada expresamente por quien la pretende.”*

Así pues, no hay incumplimiento alguno por parte del órgano de contratación *“si el interesado no ha justificado de forma concreta el motivo por el cual consideraba que los documentos cuya copia solicitó resultaban indispensables para ejercer su derecho de defensa”*, como ha sido el caso.

**Séptimo.** Entrando al fondo del recurso, lo primero que ha de señalarse es que lo que debemos analizar es simplemente si la concesión a la adjudicataria de 10 puntos en el indicado criterio resultó o no ajustada a Derecho, para lo cual hemos de atender únicamente



a la redacción de los criterios de adjudicación en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Quiere ello decir, en sentido contrario, que los primeros tres motivos aducidos en el recurso deben decaer por impertinentes: resulta totalmente irrelevante a los efectos de conceder o no la citada puntuación el hecho de que la adjudicataria interpusiera o no recurso especial contra la redacción del citado criterio, que en otros procedimientos anteriores no haya acreditado el cumplimiento de requisitos similares, o que en los viales comercializados en el mercado por la adjudicataria con anterioridad a la licitación no se cumpliera el mismo.

Realizada esta aclaración, la cláusula 23.2 del PCAP recoge los criterios evaluables de forma automática hasta un máximo de 30 puntos, estableciendo el siguiente criterio para el Lote 1:

<i>Criterio</i>	<i>Descripción</i>	<i>Puntuación</i>
<i>Presencia de código de barras/matriz que incluya lote y caducidad tanto en el acondicionamiento primario como el secundario</i>	<i>Se asignarán 10 puntos a las ofertas que presenten el medicamento con código de barras/matriz así como el lote y fecha de caducidad en ambos acondicionamientos. En caso contrario, se otorgarán 0 puntos.</i>	<i>10 puntos</i>

Asimismo, en la cláusula 21, relativa a la “*documentación técnica y oferta relativa a los criterios evaluables de forma automática distinta al precio (sobre nº 2)*” se recogió en relación con la muestra (apartado b)) que “*La muestra deberá coincidir exactamente con la ficha técnica y demás documentación incluida en el sobre nº 2. En caso de discrepancia prevalecerá la muestra.*”

A la vista del mismo, no hay duda de que la puntuación otorgada fue correcta: como indica el órgano de contratación, la muestra ofrecida por la adjudicataria sí dispone en su acondicionamiento primario del Código Data Matrix. Asimismo, en caso de discrepancia con lo indicado en la ficha técnica, los pliegos establecen claramente que debe prevalecer la muestra.

**Octavo.** En cuanto al posible incumplimiento de la obligación de presentación de las ofertas en plazo, consta perfectamente acreditado en el expediente de contratación que la oferta de



BIOGEN fue presentada dentro del plazo establecido para ello, tal y como resulta del certificado emitido por el Registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de la comunicación de la oficina de correos enviada al correo electrónico del órgano de contratación.

Por último, en lo tocante a la acreditación de la efectiva comercialización en España del medicamento, en absoluto está obligado el órgano de contratación a realizar un requerimiento de aclaración al licitador en tal sentido, al amparo del artículo 140 LCSP, puesto que no se trata de un elemento a tener en cuenta en la valoración del criterio discutido, ni de ningún otro elemento que pudiera justificar la exclusión de la oferta.

Tal y como se establece en la Cláusula 16.D del PCAP, la acreditación de este extremo corresponde únicamente al licitador propuesto como adjudicatario, mediante la aportación de un certificado emitido por el laboratorio comercializador de que el medicamento licitado se encuentra efectivamente comercializado en España a fecha fin de presentación de ofertas continuando hasta la fecha previa a la adjudicación, por lo que su verificación corresponde a un momento posterior al de valoración de los criterios de adjudicación de las ofertas.

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 D. R. D-V. B., en representación de KEN PHARMA S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de *“Suministro de los medicamentos “INFLIXIMAB y ETANERCEPT” para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias”* (Expediente SC\_2019\_021), convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



**Tercero.** 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 58 de la LCSP.

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.