



Expte.: 25/2018

ACUERDO 47/2018, de 4 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.D.M. en nombre y representación de “Roche Farma”, contra el anuncio, los Pliegos de cláusulas Administrativas y Prescripciones técnicas y toda la documentación anexa que rigen la licitación en el expte: “APRO-FARM F7/2018, para la celebración de Acuerdo Marco para el Suministro de Rituximab (DOE), con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de abril de 2018 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra, el anuncio de licitación del “Acuerdo Marco APRO-FARM F7/2018 para el suministro de Rituximab (DOE) 50mg, con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”.

SEGUNDO.- El día 7 de mayo de 2018, don F.D.M. en nombre y representación de “Roche Farma S.A.”, presenta reclamación en materia de contratación pública contra el citado anuncio de licitación, el cuadro de características, el pliego de cláusulas administrativas particulares y sus anexos y el pliego de prescripciones técnicas, que funda en las siguientes alegaciones:

- En primer lugar, indica que en febrero de 2018 se publicó convocatoria similar, para la misma licitación, con el mismo número de expediente, objeto, descripción y órgano de contratación. Sin embargo, la licitación que ahora se recurre, convocada el 27 de abril de 2018, no se constituye como reapertura, modificación o subsanación, sino

como licitación nueva e independiente, por lo que los potenciales licitadores son inducidos a error y se condiciona su capacidad para identificar correctamente el procedimiento y concurrir al mismo. Esta confusión entre dos licitaciones aparentemente independientes convocadas bajo idéntica identificación contradice la seguridad jurídica y la transparencia y constituye defecto suficiente para su anulación. Pero además, el mismo día 27 de abril en que se publica la licitación del contrato que ahora se recurre, se publica otro anuncio referido exactamente al mismo procedimiento y contrato en el que se anuncia que “esta licitación ha sido cancelada”, alegando como motivo de cancelación acuerdo de 23 de abril de este Tribunal.

Es decir, que la convocatoria de un procedimiento identificado exactamente igual que otro procedimiento convocado antes, más el anuncio de que el procedimiento que identifica ambas convocatorias ha sido anulado, es contrario a los principios de transparencia y no discriminación e invocan el art. 206.2 de la LFCP que establece como causa de invalidez el incumplimiento de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia.

- En segundo lugar, alega la improcedencia del requisito técnico, que califica de etiqueta, de que los productos licitados están dados de alta en el “Nomenclator Alcántara” del Ministerio de Sanidad.

El medicamento Mabthera de Roche cuenta con todas las autorizaciones necesarias para su comercialización en España y está dado de alta en el “Nomenclator de Prescripción” que la Agencia del Medicamento y Productos Sanitarios dependiente del Ministerio de Sanidad define: “el Nomenclator de prescripción incluye para todos los medicamentos autorizados y comercializados, financiados y no financiados, los datos relativos a su identificación e información técnica...” y es de acceso público.

Sin embargo, el pliego de prescripciones técnicas particulares exige que el producto esté dado de alta en el “Nomenclator Alcántara”. Esta exigencia entra en la definición de “etiqueta” de la Directiva 2014/24/UE: “cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o

procedimientos de que se traten cumplen determinados requisitos” y añade que “las etiquetas deben ser accesibles a todas las partes interesadas”.

La reclamante alega que no existe norma vigente en España que regule un Nomenclator con el nombre de Alcántara y que tras variadas gestiones realizadas ha llegado a la conclusión de que es un registro de medicamentos utilizado para la facturación de fármacos al Sistema Nacional de Salud, que se utiliza para medicamentos dispensables en oficinas de farmacia, lo que no es el caso de Rituximab que solo se dispensa en hospitales y que además este registro no es de acceso público, lo que resulta contrario a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia.

- En tercer lugar, la reclamante considera ilegal un acuerdo marco celebrado con un único adjudicatario, ya que el art. 77 de LFCP 6/2006 establece “(...) como regla general el acuerdo marco se celebrará con al menos tres empresas...., podrán celebrarse acuerdos marco con una sola empresa cuando la naturaleza objeto del contrato así lo exija”. En informe del propio órgano de contratación este reconoce expresamente que la naturaleza objeto del contrato es compatible con la pluralidad de proveedores.

La reclamante considera que lo que se plantea es un procedimiento dirigido a excluir a Mabthera del Servicio Navarro de Salud utilizando la presente licitación debido a una voluntad expresa y previa de elegir el biosimilar y excluir a Mabthera con independencia de sus condiciones comerciales o eficiencia y que se refleja en la “Instrucción 6/2017 de 11 de diciembre de 2017” del propio órgano de contratación relativa a “Recomendaciones de la Comisión Central de Farmacia”.

Por todo lo anterior, solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento de contratación, incluyendo en todo caso la suspensión de la adjudicación del acuerdo marco.

TERCERO.- El día 29 de mayo de 2018, SNS-Osasunbidea contestó a la reclamación de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1.- El 5 de febrero de 2018 se publica en el DOUE el anuncio de licitación del “Acuerdo Marco APRO FARM F7/2018”. El 15 de febrero, Roche Farma interpone reclamación en materia de contratación pública contra el citado anuncio y su documentación anexa, resuelta por este Tribunal mediante Acuerdo 28/2018 de 23 de abril que estimaba parcialmente la reclamación declarando la nulidad del apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, publicándose el 27 de abril en el Portal de Contratación de Navarra nuevamente Acuerdo Marco APRO FARM F7/2018 para suministro de Rituximab, modificando la exigencia de etiquetado propio y nuevo plazo de 40 días para presentar proposiciones. El día 7 de mayo, Roche Farma, interpone nueva reclamación en materia de contratación pública contra el pliego.

Respecto al primer motivo alegado por la reclamante, el anuncio de 27 de abril corresponde a una modificación del Pliego del Acuerdo Marco consistente en la eliminación de un anexo en el que se exigía una nomenclatura que los licitadores saben que no es de aplicación a fármacos. Prueba de ello es que presentaron sus ofertas aunque era imposible que cumplieren ese requisito.

No puede alegar el reclamante que desconocía si se trataba de nueva licitación o de la misma puesto que deriva de una reclamación interpuesta por él y al haber solo dos laboratorios que tenían autorizados y comercializados fármacos la comunicación con ellos ha sido constante y fluida. Se ha abierto igualmente un nuevo plazo de 40 días para poder concurrir a la licitación y en cuanto a la posible confusión para nuevos licitadores si los hubiera, que alega el reclamante, toda la información necesaria está debidamente publicada y con plazo suficiente para licitar.

El recurrente es el actual laboratorio proveedor de Rituximab, que hasta fechas recientes explotaba la patente de su medicamento, que ya ha finalizado, y en ningún caso se está impidiendo la posibilidad de que se presente a la licitación.

2.- En relación con la procedencia de que el requisito técnico de que los productos licitados estén dados de alta en el nomenclátor Alcántara del Ministerio de Sanidad, el órgano de contratación manifiesta que ciertamente el nomenclátor Alcántara

es una base de datos para consulta del SNS-O, y que así debía de haberse especificado en los pliegos, pero que en última instancia lo que la cláusula impugnada realmente exige es que los productos ofertados estén comercializados y registrados en España, lo que todo potencial licitador conoce necesariamente, pudiendo además ser fácilmente consultado en la página web de la “Agencia Española de Medicamentos y Productos Farmacéuticos”, así como que la cláusula en cuestión no exige ninguna actuación ni aportación de dato alguno por los licitadores.

No se trata de una etiqueta como afirma la reclamante porque no se trata de la exigencia de prueba alguna relativa a características del proceso de los productos demandados, sino de un requisito relativo a la constancia en un registro, sin que los licitadores tengan que aportar documentación alguna puesto que se trata de un requisito comprobable mediante acceso a un web pública conocida por todos los posibles licitadores.

3.-Sobre el motivo basado en la configuración del Acuerdo Marco que determina un solo adjudicatario por lote, el órgano de contratación manifiesta que la reclamante insiste en el motivo de su anterior reclamación y que la configuración adoptada responde de la mejor manera, dadas las “diferencias económicas” entre el producto original y el biosimilar, al logro de la oferta más ventajosa.

Estas alegaciones finalizan con la solicitud de desestimación de la reclamación presentada por “Roche Farma S.A.” contra el procedimiento “APRO-FARM F7/2018, para la celebración de Acuerdo Marco para el Suministro de Rituximab (DOE), con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea reúne la condición de poder adjudicador de los previstos en el artículo 4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), y, en consecuencia, las decisiones que adopte el

citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122 LFCP. Procedimiento de reclamación al que, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la LFCP, resultan de aplicación las previsiones contenidas en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en la citada Disposición Transitoria, al presente procedimiento de adjudicación resultan de aplicación, “ratione temporae”, en atención a la fecha de inicio del mismo, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

SEGUNDO.- Al tratarse de un licitador que impugna la licitación y los pliegos que rigen la misma, reúne la condición de empresa interesada en participar en dicho procedimiento y por tanto se encuentra legitimado para interponer la reclamación.

TERCERO.- El primero de los motivos de esta reclamación afirma la invalidez del anuncio de la licitación objeto de la misma, publicada el pasado 27 de abril, por haber sido cancelada por el propio órgano contratante, o en su defecto por contravenir los principios de Transparencia y Publicidad de la contratación pública.

Basa este motivo el recurrente en que, habiéndose publicado una licitación exactamente igual a esta en febrero, no se anuncia modificación o subsanación de la misma sino que se licita ahora una nueva con la misma identificación incluyendo el número de expediente y que para mayor confusión, en el mismo día, otro anuncio señala la cancelación de la licitación referida, ya que se utiliza exactamente la misma denominación en los tres casos: “APRO-FARM F7/2018, para la celebración de Acuerdo Marco para el Suministro de Rituximab (DOE), con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”.

Sin embargo de la propia documentación aportada por la reclamante a este expediente (anexos 1, 3 y 4), resulta que el día 27 de abril, se anuncia la cancelación de la licitación: “APRO-FARM F7/2018, para la celebración de Acuerdo Marco para el Suministro de Rituximab (DOE), con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”, estableciéndose en este anuncio como motivo de esta cancelación el Acuerdo 28/2018, de 23 de abril, de este Tribunal por el que se estima parcialmente la reclamación interpuesta por “Roche Farma S.A.”, figurando a continuación los datos de la licitación cancelada, entre los que figuran la fecha de su publicación, 05-02-2018, y el plazo de finalización de la presentación de ofertas, el 17-03-2018.

Por tanto, es claro que mediante este anuncio a lo que se pone fin es a la licitación convocada en febrero de 2018, como consecuencia del recurso interpuesto por la propia reclamante.

El otro anuncio que se publica el mismo día, convoca una licitación, en efecto con la misma denominación y un plazo de presentación de ofertas que termina el 7 de junio.

Resulta evidente a la vista de estos datos que la confusión a que alude el reclamante no se encuentra en los anuncios, sino en la formulación del propio motivo de impugnación, mediante la omisión de determinados datos de los anuncios, como los relativos a la identificación de cada una de las licitaciones a que se refiere cada uno de ellos (el primero a la licitación cancelada y el segundo a la nueva).

Por otra parte, el recurrente encuentra igual confusión en el hecho de que la licitación cancelada (febrero de 2018) y la nueva (abril de 2018) cuenten con la misma denominación y numeración. En concreto viene a considerar que por dicho motivo la licitación anunciada el 27 de abril, debía tratarse como una modificación de la anterior, mientras que se ha presentado como una nueva licitación y atribuye a tal supuesta irregularidad el efecto de crear confusión en los licitadores y la vulneración por tanto del principio de transparencia.

En esta cuestión, el órgano de contratación manifiesta que se trata de una modificación de la licitación convocada en febrero consecuencia de la estimación parcial del recurso interpuesto contra la misma por la ahora también reclamante en el recurso sobre el que alega.

La base de la confusión que afirma el reclamante se sitúa en el anudamiento que él mismo realiza entre expediente y licitación. Sin embargo, más allá de cuestiones relacionadas con los actos preparatorios de la licitación objeto de la reclamación, a los que pertenecen el expediente, su numeración o denominación, no existe más opción tras la anulación parcial de los pliegos de la licitación anterior y una vez transcurrido el plazo de presentación de proposiciones de la misma, que una nueva convocatoria y apertura de un nuevo plazo de presentación de proposiciones, resultando una cuestión semántica la relativa a si, en las circunstancias que se dan en la licitación objeto de esta reclamación, se trata de una nueva o de una modificación de la anterior parcialmente anulada.

Resta por señalar que, a la vista de los anuncios publicados el pasado día 27 de abril, en el Portal de Contratación de Navarra, los potenciales licitadores cuentan con el plazo necesario, estipulado por las normas de contratación, para la presentación de sus proposiciones conforme a las estipulaciones de la documentación contenida en el anuncio de la licitación del “Acuerdo Marco APRO-FARM F7/2018 para el suministro de Rituximab (DOE) 50mg, con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea “.

En consecuencia, no se aprecia la alegada confusión, ni infracción del principio de transparencia, en los anuncios señalados por el recurrente que impida a los licitadores formular sus proposiciones, por lo que este motivo debe quedar desestimado.

CUARTO.-En el fundamento segundo, la empresa reclamante alega la improcedencia de la prescripción técnica consistente en la exigencia de que los

productos a suministrar estén dados de alta en el “Nomenclator Alcántara”; la califica como etiqueta, y atribuye a la misma infracción de los principios de transparencia, publicidad y concurrencia.

La referida prescripción figura en el apartado 3 del Pliego de prescripciones técnicas con el siguiente tenor:

"En todos los casos, los productos que se presenten al acuerdo marco deberán estar registrados y comercializados en España, tendrán un código nacional y estarán de alta en el Nomenclator Alcántara del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad."

Realizadas las comprobaciones pertinentes en la página del Ministerios de Sanidad, Consumo y Bienestar social, se comprueba que el “Nomenclator Alcántara”, es un registro que ofrece, tal como aparece en la referida página, "Información sobre los productos incluidos en la prestación farmacéutica del SNS (dispensables a través de oficinas de farmacia)", siendo que los productos objeto del Acuerdo Marco impugnado, no son de dispensa en oficinas de farmacia sino en centros hospitalarios, razón por la que tal prescripción no puede ser cumplida por ninguno de los potenciales licitadores, ya que sus productos no aparecen en la misma.

La entidad contratante alega que ciertamente el "Nomenclátor Alcántara" es una base de datos para consulta del SNS-O, y que así debía de haberse especificado en los pliegos pero que, en última instancia, lo que la cláusula impugnada realmente exige es que los productos ofertados estén comercializados y registrados en España, lo que todo potencial licitador conoce necesariamente, pudiendo además ser fácilmente consultado en la página web de la Agencia Española de medicamentos y productos farmacéuticos, así como que la cláusula en cuestión no exige ninguna actuación ni aportación de dato alguno por los licitadores.

No podemos compartir esta tesis de la entidad contratante que ofrece una interpretación de la cláusula que omite la presencia en la misma, de la frase " estarán de

alta en el "Nomenclator Alcántara" del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad".

Lo cierto es que dicho requisito está contemplado como tal en el pliego y que el propio órgano de contratación reconoce que "debiera haberse especificado que el "Nomenclator Alcántara" es una base de datos que se va a consultar por el SNS-O, para comprobar que los productos están registrados...)", por lo que está reconociendo la existencia de un error en los pliegos

Así, más allá de si la prescripción encaja o no en la calificación de etiqueta, habida cuenta que la regulación de las prescripciones técnicas y dentro de ellas de las etiquetas trata de garantizar la no afectación al principio de concurrencia como consecuencia de que una concreta pudiera favorecer a unos licitadores en perjuicio de otros, siendo que en este caso todos los potenciales licitadores se encuentran en la misma situación de imposibilidad de cumplimiento, lo que se aprecia en este caso es la existencia de un error, reconocido y no corregido por el órgano de contratación, capaz cuando menos de crear confusión entre los potenciales licitadores, que se encuentran de inicio ante un requisito que no pueden cumplir.

Debe repararse, en este sentido, en que el error advertido excede de un mero error material o de hecho susceptible de rectificación, de forma que su subsanación exigiría la correspondiente modificación de los documentos contractuales.

Este error y la confusión que el mismo traslada a la cláusula que se analiza conlleva una clara infracción del principio de transparencia pues el mismo exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di 92 Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111).

El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi señaló en

Resolución 97/2013, de 21 de octubre de 2013, que "*De forma preliminar, se ha de indicar que las prescripciones técnicas cumplen dos funciones. Por un lado, realizan una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo y, de otro, exponen los requisitos mensurables que servirán para a evaluar las ofertas y constituyen los criterios mínimos de cumplimiento. Si no se exponen de manera clara y correcta, acarrearán de forma inevitable la presentación de ofertas que no sean adecuadas. Tendrán que rechazarse las ofertas que no cumplan las especificaciones técnicas*".

En definitiva, el principio de transparencia exige que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del pliego de condiciones esté formulada de forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma, circunstancias que por lo expuesto no pueden predicarse de la cláusula impugnada.

Así pues, este Tribunal debe declarar la anulación de la prescripción técnica, contenida en el punto 3 del Pliego de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco impugnado, consistente en la exigencia de los productos que se presenten al acuerdo marco estén de alta en el "Nomenclator Alcántara" del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

QUINTO.- El tercero de los fundamentos en que se basa esta reclamación: infracción por el Acuerdo Marco "APRO-FARM F7/2018, para el Suministro de Rituximab (DOE), con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea" del art. 77 de LFCP 6/2006 por prever un único adjudicatario por lote, fue resuelto por el Acuerdo 28/2018, de 23 de abril, de este Tribunal.

Como señala el SNS-O en su escrito de alegaciones, el licitador vuelve a insistir en una cuestión ya tratada por este Tribunal en el Acuerdo 28/1/2018, desestimando idénticos motivo y pretensión, de modo que, frente a esa decisión, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Por ello, este motivo del recurso, en tanto tiene por finalidad cuestionar lo que ya fue objeto de tratamiento en el Acuerdo citado debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa, siendo solo posible, recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así ha sido manifestado por el Tribunal de Contratos de Aragón cuyo Acuerdo 12/2011, de 12 de julio, manifiesta que *”tras la existencia de un recurso administrativo especial previo no es posible sino la fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues otra «interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal.”*

SEXTO.- Por último y en relación con la solicitud de medidas cautelares, únicamente debemos aclarar que, habiéndose iniciado este procedimiento de reclamación el día 7 de mayo de 2018, día coincidente con la entrada en vigor de la Ley Foral 2/ 2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, la cuestión queda resuelta en el texto de su artículo 124.4, que establece que, *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”*, por lo que no procede que este tribunal se pronuncie sobre esta solicitud.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 125 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.D.M., en nombre y representación de “Roche Farma, S.A.”, contra la licitación del expte: “APRO-FARM F7/2017, para la celebración de Acuerdo

Marco para el Suministro de Rituximab (DOE), con destino a los Centros Hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”, declarando nula la cláusula 3, del Pliego de Prescripciones técnicas de este contrato, así como la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento.

2º. Notificar el presente Acuerdo a la reclamante, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y a los demás interesados que así figuran en la documentación del expediente.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 4 de julio de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, M^a Angeles Agundez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.