



Recursos nº 1304/2024

Resolución nº 1466/2024

Sección 1ª

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

En Madrid, a 14 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.S.L., en representación de la empresa CSL BEHRING, S.A., contra los pliegos del Acuerdo Marco *“Suministro de productos hemoderivados de uso terapéutico procedentes del fraccionamiento industrial del plasma humano proveniente del Sistema Nacional de Salud”*, con expediente AM 2024/049, convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA); este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 5 de junio de 2024 se aprueba la Orden de inicio de elaboración de un Acuerdo Marco, explicándose técnicamente, en la correspondiente documentación, todos los aspectos relativos al mismo (documentos 7 y siguientes del expediente administrativo).

Segundo. En fecha 5 de septiembre de 2024 se publica en la Plataforma de Contratación del Estado, tanto el Anuncio de licitación, como los Pliegos relativos al mismo, licitándose mediante procedimiento abierto, ordinario y sujeto a regulación armonizada, conforme a los artículos 19 y 22 de la LCSP (documento 12 expediente), abriéndose el correspondiente plazo para la presentación de ofertas, el cual expiró el día 11 de Octubre de 2024, a las 23:59 horas, después de la ampliación del plazo inicial otorgado. Según certificado remitido, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, presentaron proposición tres licitadores, entre ellos, la recurrente.

Tercero. Con fecha 26 de septiembre de 2024, por la FEDERACION ESPAÑOLA DE HEMOFILIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL - FEDHEMO, se presenta escrito por el que se



interpone recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos rectores del procedimiento de contratación, alegando, en esencia, que el PCAP del Acuerdo Marco, a pesar de ser un producto especialmente sensible y en el que debería valorarse su calidad, sólo ha establecido un criterio económico, el precio. Dicho recurso dio lugar al procedimiento vinculado que se sigue bajo el número 1303/2024.

Cuarto. Por otro lado, en esa misma fecha, 26 de septiembre de 2024, la empresa CSL BEHRING, S.A., presenta igualmente escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos rectores del procedimiento de contratación, que por la presente resolución resolvemos, alegando, diversas cuestiones a saber (i) irregular configuración de la Memoria Justificativa, (ii) uso abusivo de la técnica del Acuerdo Marco con un único adjudicatario, (iii) irregular tipificación del contrato de suministros, (iv) falta de claridad de determinadas prescripciones técnicas, (v) quiebra del principio de igualdad de trato y no discriminación en la configuración de las prestaciones, (vi) irregular configuración de los criterios de adjudicación e (vii) irregular configuración del presupuesto base de licitación y cálculo del valor estimado, quebranto del principio de proporcionalidad e irregularidad del sistema de pago del precio.

Concluye que la configuración de los pliegos rectores del procedimiento de referencia vulnera las normas más esenciales que rigen los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración, al tiempo que supone también un perjuicio indirecto para la propia Administración contratante, que ve restringido el abanico de posibles licitadores de manera innecesaria e injustificada con el consiguiente agravio al interés público, lo que trae consigo la necesaria nulidad de los Pliegos.

Solicita que se tenga por presentado el escrito y se declare la nulidad o anulación de los Pliegos impugnados, así como se adopte la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto. El Órgano de contratación responde a estas cuestiones, en informe jurídico (documento 2 expediente), de fecha 30 de septiembre de 2024. Dicho informe jurídico viene a rechazar todas y cada una de las cuestiones planteadas por el recurrente, en los términos en que figura en su escrito.



Sexto. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga. La empresa INSTITUTO GRIFOLS, S.A. presenta escrito en el que solicita que se le tenga por personado en los recursos especiales en materia de contratación de referencia. Asimismo, la empresa OCTAPHARMA, S.A. presenta escrito expresando su voluntad de no formular alegaciones.

Séptimo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, ha dictado Resolución de fecha 9 de octubre de 2024, la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Octavo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver los presentes recursos corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 45 LCSP.

Segundo. Se ha presentado recurso en relación con un Acuerdo Marco de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 € (artículo 44.1 a) y b) de la LCSP), susceptible por ello de enjuiciamiento por este Tribunal, y se refiere, igualmente, a una actuación impugnante ex artículo 44.2 a) del mismo cuerpo legal, pues el acto recurrido



son los pliegos del contrato de servicios, siendo por ello susceptible de ser impugnado por medio del presente recurso especial.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1 b) de la LCSP, ya que los Pliegos impugnados se publicaron en la plataforma en fecha 5 de septiembre de 2024, y el presente recurso especial fue interpuesto el día 26 de septiembre de 2024.

Cuarto. Con relación a la legitimación de los recurrentes, dispone el artículo 48 de la LCSP 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. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

Aunque el recurrente en su escrito hace alusión a que *“a priori, no presentará oferta en la licitación de referencia”*, finalmente presenta oferta el 11/10/2024 a las 09:01:05, por lo que cabe reconocerle legitimación.

Quinto. De acuerdo con lo expuesto en antecedentes, y en cuanto al fondo del asunto, el objeto de la controversia se centra en diversas cuestiones: (i) irregular configuración de la Memoria Justificativa, (ii) uso abusivo de la técnica del Acuerdo Marco con un único adjudicatario, (iii) irregular tipificación del contrato de suministros, (iv) falta de claridad de determinadas prescripciones técnicas, (v) quiebra del principio de igualdad de trato y no discriminación en la configuración de las prestaciones, (vi) irregular configuración de los criterios de adjudicación e (vii) irregular configuración del presupuesto base de licitación y cálculo del valor estimado, quebranto del principio de proporcionalidad e irregularidad del sistema de pago del precio.



Empezaremos por las cuestiones de tipo formal, esto es, las relativas al contenido de la Memoria justificativa (i), el supuesto uso inadecuado de la técnica del Acuerdo Marco (ii) y la aparente irregular tipificación del contrato de suministros (iii).

Respecto de la Memoria justificativa, la recurrente ataca la inexistente justificación de los criterios de adjudicación empleados.

El órgano de contratación, tras explicar el contenido de la Memoria, señala, respecto del asunto que nos ocupa, que *“No olvidemos que, en base a los principios de transparencia, igualdad de trato y concurrencia que promulga la LCSP, las empresas licitadoras deben poder entender, para tomar su decisión de licitar o no, qué finalidad se pretende con la aplicación de cada criterio de adjudicación y ello puede satisfacerse con una correcta explicitación en el conjunto de documentos del expediente de contratación, toda vez que estos son publicados en el perfil de contratante, y de esa información las empresas interesadas en la licitación podrán extraer sus propias conclusiones y así reclamar si así lo consideran la no correspondencia del criterio de adjudicación con la necesidad a satisfacer. Así lo declara el TACRC en su resolución nº 932/2019, de 1 de agosto de 2019: ‘Entiende este Tribunal que mediante la especificación concreta de cada criterio de los utilizados puede considerarse justificada la elección del órgano de contratación, si de aquélla se deduce su relación con el objeto del contrato y su vinculación con la calidad o precio del mismo. No es razón para entender injustificado un criterio de adjudicación el mero hecho de que se reitere el argumento en la memoria y en el pliego’.*

Por todo lo que antecede, este órgano de contratación considera que se cubren de sobra las exigencias legales y se da transparencia al procedimiento pues, aunque ciertos aspectos no se detallen en el documento de memoria justificativa, se encuentran subsumidos bien en la propia documentación del expediente, bien en la propia especificidad de la técnica de racionalización del Acuerdo Marco (véase el hecho de que no sea necesario establecer un presupuesto base de licitación en virtud de lo previsto en el artículo 100.3 de la LCSP)”.

Es menester recordar que la Memoria, aprobada en fecha 30 de abril de 2024, es un acto que forma parte de la fase preparatoria y del expediente de contratación, pero no así del



procedimiento de adjudicación, y que no tiene encaje en el art. 44.2 de la LCSP al enumerar los actos susceptibles del recurso especial en materia de contratación, ni puede servir para fundamentar la nulidad de un acto posterior recurrido, en este caso, los Pliegos del contrato. Si bien el artículo 116.4 d) de la LCSP establece la necesidad de justificar adecuadamente los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, la supuesta falta de motivación no es motivo *per se* para declarar la nulidad, sino que debe además vincularse con una situación de indefensión por parte de quien la invoca, la cual no se ha desarrollado mínimamente en el escrito de recurso.

En cuanto al uso abusivo del Acuerdo Marco, el recurrente señala que *“el art. 219 LCSP concreta que el uso del Acuerdo Marco está limitado y es que debe usarse tal técnica de racionalización de la compra pública “siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”. Bien, en el caso presente, considerando que el Acuerdo Marco se adjudica a un solo contratista – pues no está dividido en lotes el objeto del contrato – y considerando que se elige un tipo concreto de Acuerdo Marco, esto es, con un solo proveedor por lote y todos los términos de la contratación fijados, nos encontramos, precisamente, con un obstáculo enorme que, generando un abuso, merma la competencia”*.

El órgano de contratación responde que *“del conjunto de documentos del expediente de contratación se desprende la motivación de acudir a un Acuerdo Marco con un único adjudicatario. (...) sólo una única empresa pueda ser la que se encargue de fraccionar la totalidad del plasma. Dividir el volumen aportado entre distintos proveedores nos llevaría en algún modo al sistema actual y volveríamos a fragmentar el plasma en lotes más pequeños y a reducir la eficiencia del proceso.*

Así se refleja en el apartado 2 del cuadro de características del PCAP, al justificarse por qué el Acuerdo Marco no puede dividirse en lotes: si intervinieran dos o más empresas en el proceso de fraccionamiento se produciría una pérdida sustancial de la cantidad obtenida y de su rendimiento, un importante aumento de los costes y la imposibilidad de coordinar su ejecución. Además, la división en lotes supondría tener que diferenciar litros



de plasma por cada producto, lo que no es factible en este proceso de fraccionamiento industrial.

Las empresas licitadoras son por ello conocedoras de los motivos que llevan a este órgano de contratación a acudir a un Acuerdo Marco con un único adjudicatario (...) si se permitiera a los proveedores que pudieran elegir una u otra CCAA por motivos de conveniencia económica, logística o de cualquier otra índole constituiría una desigualdad dentro del territorio nacional no justificada e inasumible por parte de la Administración”.

No se entiende la crítica del uso de la técnica del Acuerdo Marco, justificado en la memoria justificativa de forma adecuada, así como en el apartado 4 del cuadro de características del PCAP. Asimismo, también se motiva en el apartado 2 del cuadro de características del PCAP, al justificarse por qué el Acuerdo Marco no puede dividirse en lotes: *“si intervinieran dos o más empresas en el proceso de fraccionamiento se produciría una pérdida sustancial de la cantidad obtenida y de su rendimiento, un importante aumento de los costes y la imposibilidad de coordinar su ejecución. Además, la división en lotes supondría tener que diferenciar litros de plasma por cada producto, lo que no es factible en este proceso de fraccionamiento industrial”.*

Tal y como se refleja en el Informe 36/2010 de 28 de octubre de 2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, las características del Acuerdo Marco son (el subrayado es nuestro):

“a) es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación ni de un procedimiento de adjudicación.

b) Su empleo por el órgano de contratación depende de la voluntad de éste, ya que no se impone de forma obligatoria por la Ley, según el artículo 180.1 de la LCSP, a cuyo tenor: ‘Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, (...)’.



c) *Se emplea en los casos en los que se vaya a contratar un número indeterminado de prestaciones, sin que exista un número cerrado, predeterminado de antemano, sino que las prestaciones a cumplir por el empresario dependerán de las necesidades que aprecie del órgano de contratación.*

d) *Se encuentra sujeto a requisitos temporales especiales, puesto que su duración máxima es la prevista en la Ley, 4 años y los contratos que se basen en el mismo, se sujetan a una periodicidad no preestablecida, pero sí existente, ya que depende de las necesidades del órgano de contratación. Es decir, se celebra el acuerdo marco durante un tiempo determinado y los contratos que se realicen basados en el mismo, se podrán celebrar por tiempo determinado en el mismo.*

e) *Se encuentra sujeto a una cautela especial, como es la de que su celebración no obstaculice, restrinja o falsee la competencia.*

f) *Respecto de su contenido, debe incluir los términos esenciales de los contratos marco que se celebren basados en el acuerdo.*

g) *Su aplicación requiere que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.8 de la LCSP, se determine el valor máximo estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, del conjunto de actuaciones a desarrollar durante la duración total del Acuerdo marco”.*

En consecuencia, la decisión sobre el empleo del Acuerdo Marco se basa en la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación y, a la vista de las características del sistema citadas, así como de la motivación reflejada en diversa documentación del expediente administrativo, se considera que es un sistema adecuado para atender las necesidades del órgano de contratación, sin que el recurrente haya justificado el supuesto uso abusivo, por tanto, ningún reproche merece tal elección.

Respecto de la tipificación del Acuerdo Marco como de suministros, la recurrente considera que las obligaciones van más allá del suministro, concluyendo que corresponde en mayor medida a un contrato de servicios. A este respecto destaca algunas obligaciones que se recogen en la cláusula 2.3 del PPT, en las que se exige a la



adjudicataria disponer de una planta de fraccionamiento debidamente autorizada, así como contar con la correspondiente autorización de comercialización, recoger el plasma almacenado, ser el responsable del mantenimiento y custodia del plasma, almacenamiento de los productos plasmáticos producidos y ser la responsable de la distribución a los centros sanitarios. Asimismo, señala que, dado que no obra en el presupuesto de la licitación división alguna entre las distintas prestaciones, no puede conocerse con exactitud el peso de unas y otras obligaciones.

El órgano de contratación defiende que se ha tipificado como “suministros de los previstos en el artículo 16 de la LCSP en primer lugar, porque se trata de una adquisición de productos, y en segundo lugar porque, en base al apartado 3.c) del artículo precitado, tiene por objeto la fabricación, ‘por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante (...)’.

El apartado 4 del cuadro de características del PCAP recoge las necesidades administrativas a satisfacer, contemplándose unas prestaciones que llevar a cabo íntimamente relacionadas con el suministro e inherentes al proceso de fabricación y entrega del producto. Estas prestaciones no pueden alcanzar entidad autónoma como prestación propia de un contrato de servicios al estar implícitas en el suministro y no poder desligarse del mismo pues forman parte de todo el proceso de fabricación para la obtención del hemoderivado.

No obstante, y dado que la prestación principal del contrato es el suministro de los hemoderivados, nada hubiera cambiado si el contrato se hubiera calificado como un contrato mixto de suministro y servicios, puesto que se le aplicarían igualmente las normas propias de un contrato de suministro, tal como se establece en el artículo 18.1 de la LCSP”.

Asiste la razón al órgano de contratación respecto de la tipificación del contrato, todo ello atendiendo a lo dispuesto en el artículo 16 de la LCSP, en especial al apartado 3 c) del citado artículo, así como a los efectos que hubiera dado lugar su calificación como contrato mixto de suministro y servicios, pues se trataría de una irregularidad formal no

invalidante que no habría tenido consecuencias en las normas a aplicar. Además, resulta especialmente destacable el hecho que señala el órgano de contratación de que las prestaciones a contratar forman parte de la mayoría de los pliegos de los contratos actualmente vigentes de las Comunidades Autónomas, los cuales se califican como contratos de suministros.

Por todo ello, cabe desestimar los motivos de impugnación analizados.

Sexto. Siguiendo con las demás cuestiones planteadas por el recurrente, pasamos a analizar la relativa a la supuesta falta de claridad de determinadas prescripciones técnicas (iv) y la quiebra del principio de igualdad de trato y no discriminación en la configuración de las prestaciones (v). En concreto, el recurrente señala las siguientes cláusulas del PPT:

Cláusula 2.3 del PPT en la que se hace referencia a la recogida “de forma periódica” del plasma almacenado y que “la frecuencia de recogida será establecida por la Dirección de cada CTTC”. Se indica que “la empresa adjudicataria deberá asegurar una capacidad suficiente de almacenaje en sus instalaciones que asegure el correcto desempeño de las prestaciones contratadas”. Asimismo, señala que “El volumen mínimo exigible para la constitución de un lote de plasma listo para su fraccionamiento industrial será el suficiente para garantizar el mejor rendimiento posible y el suministro continuado de producto final”.

Cláusula 6.5ª del PPT: “La periodicidad del proceso de fraccionamiento será la suficiente para asegurar una entrega de productos elaborados regular y periódica, que será determinada por la CCEG”.

Cláusula 6.1 del PPT: “La empresa fraccionadora recogerá el plasma en las dependencias (cámaras de almacenamiento refrigerado) de los Centros de la Red que se relacionan en el Anexo I del presente pliego, con la periodicidad máxima establecida por cada centro suministrador. No obstante, este criterio será sometido a revisión debido a posibilidad del aumento de la recolección de plasma”.

Cláusula 9 PPT: “La empresa adjudicataria asumirá la obligación de almacenar y distribuir los diferentes productos procedentes del fraccionamiento, siguiendo las instrucciones

marcadas previamente y por escrito por los centros suministradores o responsables del contrato basado (Anexo I del presente pliego)".

Señala que las expresiones que incluye el pliego hacen que determinada información sea indeterminada e inexacta, información que es relevante en la configuración de la oferta y el alcance de la misma. Apunta que *"estas opacidades afectan a todos los operadores económicos 'emergentes', no al operador de mercado que ya posee experiencia e información y que, desde luego, se alza en una clara posición de ventaja"*.

Respecto del periodo de transitoriedad marcado en la Cláusula 10 del PPT, en el que se permitirá al anterior adjudicatario continuar con la recogida de plasma en caso de que el mismo *"necesitara completar algún lote plasmático para finalizar el proceso de fabricación para la obtención del producto final en el periodo de transición"*. Señala que *"si bien ello no tiene implicaciones reales en el comienzo de la ejecución del contrato por parte del nuevo contratista, si tendrá implicaciones en la fecha de finalización del contrato. Si en el presente expediente se refleja este periodo de transitoriedad, previsiblemente se preverá uno en el siguiente expediente. Ello implica que la ejecución del presente expediente podrá alargarse más de lo previsto en pliegos, pese a que dicha extensión se condicione a la existencia de un remanente en poder del contratista. (..) Es decir, nos encontramos, por un lado, ante una situación de extensión de los contratos no prevista en la normativa. (...) Todo ello genera, nuevamente, una inexactitud con respecto al plazo de ejecución y con respecto al real precio del contrato, que podría ser resuelta con una correcta configuración de los pliegos"*.

Concluye que resulta imposible conocer, no solo el alcance del contrato, sino las propias características de algunos de estos elementos, o incluso la duración real del contrato, lo que quiebra, de facto, los más elementales principios que han de regir los procedimientos de selección del contratista. Añade que, como prueba de todo ello, es el elevado número de solicitudes de aclaraciones a los pliegos que han sido vertidas por los operadores de mercado y que a ello se suma que las respuestas aportadas por el organismo adolecen de la misma falta de claridad y concreción. Asimismo, denuncia que esa las inexactitudes y la falta de información asociada a las mismas una ventaja para el 'contratista habitual'.



El órgano de contratación trae a colación la naturaleza y consecuencias de un Acuerdo Marco, que es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación, ni de un procedimiento de adjudicación, lo cual es esencial en relación con las exigencias de concreción que se exigen en el ordenamiento. Indica *“la imposibilidad de fijar en el pliego determinados aspectos que la recurrente reclama (frecuencia de recogida o periodicidad del proceso de fraccionamiento, entre otros), dado que para su fijación serán competentes los órganos de contratación de los contratos basados correspondientes. Esta circunstancia se ve reforzada por el artículo 221.3 de la LCSP: “Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con una única empresa, los contratos basados en aquel se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta”. El hecho de que la propia Ley de Contratos prevea la posibilidad de que los órganos de contratación de los contratos basados puedan solicitar al adjudicatario que complete su oferta no hace más que reafirmar la posibilidad de que los pliegos del Acuerdo Marco no puedan definir con total exactitud todos los aspectos requeridos, pero ello no supone inseguridad jurídica puesto que las prestaciones requeridas y las condiciones para su ejecución sí están establecidas en el pliego”*.

Señala que en las respuestas a las preguntas de la recurrente en la Plataforma de Contratación del Sector Público *“se le indica, hasta en dos ocasiones, que la frecuencia de recogida actual es cada 1 o 2 semanas dependiendo del tamaño del Centro y su capacidad de almacenamiento. Es sencillo concluir que aquellos centros suministradores con mayor volumen se realizan semanalmente y cada dos semanas para los de menor volumen. Esta información es clara, objetiva y basada en el modelo actual”*. En cuanto a la capacidad de almacenamiento de los Centros de Transfusión (CTTC) sostiene que *“se da respuesta asimismo por la frecuencia de recogida indicada. Además, si bien, tal y como se ha mencionado con anterioridad, las características de obtención del plasma pueden hacer oscilar en momentos concretos, en ningún caso se esperan “cantidades desorbitadas”*. Con respecto al volumen mínimo exigible para la constitución de un lote de plasma *“este ejemplo nada tiene que ver con un volumen previsto de recogida o almacenamiento, sino que se trata del volumen mínimo que el mismo tiene que*



establecer en base a las características de fabricación de sus medicamentos para obtener el mejor rendimiento posible”.

Respecto de la cláusula transitoria, “en el presente Acuerdo Marco se da cumplimiento a lo previsto en el artículo 67.2.e) del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual determina que deberá aclararse qué tipo de estos dos plazos es el aplicable. En concreto, se habla de plazo de duración del Acuerdo Marco y plazo de ejecución del contrato basado, suponiendo que el contrato basado finalizará una vez se hayan ejecutado todas las prestaciones en él establecidas, de acuerdo asimismo con el artículo 210 de la LCSP por el cual se establece que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

Cabe alegar que en ningún caso sería económica ni éticamente admisible que un proveedor deba desechar plasma procedente de donaciones altruistas al no permitir el sistema que se complete con la cantidad necesaria para producir un lote”.

Por último, en cuanto al posible beneficio al “contratista habitual”, señala que los aspectos no establecidos a priori “no son criterios de adjudicación evaluables que pudieran implicar que el Acuerdo Marco se adjudicara a uno u otro licitador”.

A la vista de las posturas de las partes, este Tribunal comparte la tesis del órgano de contratación cuando señala que en un Acuerdo Marco, dada su finalidad y sus características, no es posible definir *a priori* todos los aspectos relativos a la ejecución, sino que serán objeto de concreción con motivo de los contratos basados que se celebren con posterioridad. Cabe añadir que algunas de las dudas que el pliego suscitaba, se ha dado respuesta a través de la PLACSP. Asimismo, en las cláusulas denunciadas por el recurrente no se aprecia, ni tampoco este lo ha argumentado o identificado claramente, al margen de la falta de concreción o indeterminación de las cláusulas, que existan especificaciones técnicas abusivas, innecesarias o discriminatorias que supongan una restricción a la concurrencia, de tal forma que impida la participación de otros licitadores.

En consecuencia, cabe desestimar estos motivos de impugnación.



Séptimo. Respecto de la supuesta irregular configuración de los criterios de adjudicación y valoración (vi).

En primer lugar, señala el recurrente indica que el *“criterio precio emplea una fórmula que, tal y como se indica, ‘otorgar un mayor valor a la oferta que incluya un mayor número de productos opcionales’. Por su parte, se prevé un criterio que específicamente valora la oferta de aquellos productos que tienen consideración de opcionales.*

En consecuencia, resulta sencillo apreciar en los pliegos la duplicidad a la que referimos, que no solo tiene relevancia por la evidente desproporción que supone concederle tanta puntuación al suministro de unos productos definidos como opcionales, sino que esta configuración resulta ineficiente para la valoración de ofertas en términos de calidad-precio”. Destaca “la total ausencia de proporcionalidad que supone evaluar dos veces la misma cuestión, más aún cuando se trata de una prestación de carácter ‘accesorio’, en tanto que nos encontramos ante suministros no obligatorios”.

En segundo lugar, respecto del criterio B.3 relativo a las bonificaciones, indica que, tal y como se configura el criterio, asignando cinco puntos a la empresa que ofrezca una mejor bonificación a la cantidad total de plasma enviado y el resto de forma inversamente proporcional, supone un riesgo de quiebra del principio de onerosidad de los contratos públicos, en tanto que se permite una bonificación del 100%.

El órgano de contratación señala que *“el peso que tiene el precio de cada uno de los productos, identificado en la fórmula con los subíndices A (los productos de carácter obligatorio) y B (los productos de carácter opcional) en el conjunto de los hemoderivados y, por otro, la diferente puntuación que se ha establecido entre los distintos productos opcionales.*

El precio debe ser un criterio de valoración en todo caso, sea opcional el producto o no, ya que una proposición podría ofertar precios muy elevados para productos opcionales que podrían dar un resultado distorsionado de la oferta respecto a los productos obligatorios. Hay que resaltar además la diferente ponderación que se da en el PCAP al criterio precio (55 puntos) y al criterio de productos optativos ofertados (10 puntos).

Debe entender la recurrente que la voluntad del órgano de contratación no es excluir a un ofertante si este no tiene la capacidad de ofrecer los ocho productos, sino al contrario, la flexibilidad manifestada en los criterios de valoración, que con la responsabilidad de obtener la mejor relación calidad-precio, pueda adquirir los productos que ha clasificado en orden a su necesidad y, por tanto, consumo. Precisamente esta flexibilidad es una medida orientada a garantizar la concurrencia de todos los licitadores, ya que hay operadores en el mercado que no disponen en la actualidad de todos los productos calificados como opcionales, y si estos se hubiesen incluido como obligatorios hubiesen quedado directamente fuera de acceder a la licitación del Acuerdo Marco.

Respecto al análisis que realiza la recurrente sobre el criterio de adjudicación de las bonificaciones, aclarar que el criterio no se trata de una mejora de las reguladas en el artículo 145.7 de la LCSP, puesto que lo que se valora es un porcentaje de reducción de la facturación de cada contrato basados, aplicable a la cantidad total de plasma enviado y a la cantidad total de plasma obtenido por plasmaféresis, y no es considerado como una mejora de valores mínimos de rendimiento establecidos”.

Con carácter previo, es menester recordar de la discrecionalidad técnica con la que cuenta el órgano de contratación a la hora de determinar los criterios de adjudicación.

Entrando en las objeciones que plantea el recurrente respecto de los criterios de adjudicación, en primer lugar, respecto de la duplicidad de criterios de adjudicación en relación con los productos optativos, atendiendo a la configuración de los criterios cuestionados, se observa que el criterio precio (A) valora el ahorro en el precio ofertado por el licitador, mientras que el criterio Productos optativos ofertados (B.2) valora el hecho de que se oferten estos productos, diferenciando puntuación en función del producto en cuestión. Por tanto, no puede hablarse de duplicidad de criterios, pues el criterio B.2 viene a premiar a los licitadores que se comprometan a ofertar productos no obligatorios por el PPT, mientras que el criterio A, el segundo sumando de la fórmula viene a valorar, solo para el supuesto en el que se oferte algún producto optativo, el ahorro en el precio. Por tanto, son criterios complementarios, que no se solapan, al margen de que recaigan sobre la misma tipología de producto.

En segundo lugar, respecto de la desproporción en cuanto a la puntuación que se atribuye a productos que no son obligatorios, hay que tener en cuenta que en el criterio precio (A), la fórmula pondera de forma diferente el ahorro en los productos obligatorios (40 puntos) respecto del ahorro en los productos optativos (15 puntos). El criterio relativo a la oferta de productos optativos (criterio B.2) tiene asignada una puntuación máxima de 10 puntos. Por tanto, la máxima puntuación que se podría obtener en productos no obligatorios, por el hecho de su suministro y por el ahorro en precio, alcanzaría 25 puntos sobre 100.

Cierto es que dicha puntuación es considerable, si bien hay que atender a los motivos que señala el órgano de contratación para la configuración de su suministro y su precio como criterios de adjudicación, esto es, no restringir la concurrencia mediante su exigencia como obligatorios. Además, hay que tener en cuenta que la puntuación se asigna de manera individual por tipo de producto ofertado, no siendo obligatorio para obtener puntuación ofertar los cinco productos en su totalidad.

Por último, respecto del criterio B.3 Bonificaciones, la recurrente manifiesta la necesidad de establecer un límite a la bonificación máxima que se puede ofrecer, con el objeto de evitar el riesgo de quiebra del principio de onerosidad, si bien la recurrente no profundiza en su análisis especificando cuál es el límite en la bonificación a ofertar que, a su juicio, impediría que quebrara el principio de onerosidad.

Dado que existen mecanismos para poder determinar cuándo una oferta presenta valores anormalmente bajos o incluso puede estar formulada en fraude de ley, la introducción de una restricción del tipo sugerido por la recurrente -además, sin concretar-, conduce a limitar las ventajas económicas que podría conseguir el órgano de contratación, así como la libertad de los licitadores en la configuración de sus ofertas, sin que con ello se solventa ninguna irregularidad existente, sino más bien se trata de una cautela, que este Tribunal no puede concluir que necesariamente tenga que imponerse.

Por todo lo anteriormente expuesto, cabe desestimar los motivos de impugnación.



Octavo. Cabe analizar las alegaciones sobre la irregular configuración del presupuesto base de licitación y cálculo del valor estimado, quebranto del principio de proporcionalidad e irregularidad del sistema de pago del precio (vii).

En primer lugar, el recurrente se centra en el valor estimado, señalando, por un lado, que en su cálculo se considera como principal uno de los productos cuyo suministro es “voluntario” (alfa-1-antitripsina), señalando falta de coherencia e imposibilidad de que el expediente sea adjudicado a una mercantil que no oferte dichos productos voluntarios y, por otro lado, ataca que en el valor estimado no se incluyan el resto de productos voluntarios, indicando que *“en caso de ofertar aquellos productos de carácter voluntario, desconoce el licitador estimación alguna de cantidad ni definición del precio máximo de ciertas prestaciones, todo ello vulnerando los principios de transparencia y onerosidad que rigen la contratación pública”*.

Antes de resolver la cuestión, es preciso recordar la doctrina de este Tribunal acerca de la formación del precio y el valor estimado del contrato. Como es sabido, aplica en casos de este tipo el principio de discrecionalidad técnica, por lo que el presupuesto base de la licitación y del valor estimado del mismo incumbiendo incumbe a la recurrente la carga de probar el error o desacierto de los cálculos del valor estimado y presupuesto base de licitación, como ha declarado este Tribunal reiteradamente (por todas, Resolución nº 662/2024 de 24 de mayo), que dice al respecto que: *“Como ya indicamos en nuestra resolución nº1187/2022, de 6 de octubre: “(...) Este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). En la primera de dichas resoluciones, con cita de la resolución 358/2015 decíamos a este respecto que ‘...al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación’*.”

Así, la doctrina consolidada aparece sintetizada en la resolución 1671/2023, de 28 de diciembre en la que se afirma: *“Octavo. A la hora de examinar la cuestión planteada, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP, conforme al cual: ‘En el*



momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.

En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia’.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 101 de la LCSP con relación al valor estimado del contrato y, particularmente, lo indicado en el apartado 7, según el cual: ‘La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato’. Finalmente, es necesario considerar el 102.3 de la LCSP, que —con respecto al precio del contrato— prescribe: ‘Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios’”.

En base a la anterior doctrina, y observados los pliegos, tal pretensión ha de ser desestimada. A este respecto el órgano de contratación explica que “la clasificación de un hemoderivado como producto obligatorio u opcional es atendiendo a su inclusión o no en las ofertas, debiendo valorar cada licitador ofertarlas o no, distinto esto de la clasificación de un hemoderivado como principal o no principal. Esta segunda clasificación es únicamente en lo referido al método de cálculo del valor estimado del contrato, y así ha

sido justificado en el PCAP, donde se hace expresa referencia a que en el valor estimado del contrato, el Factor IX, Antitrombina-III y Complejo protombínico, no han sido tenidos en cuenta al representan un escaso consumo hospitalario”, explicación técnica a la que este Tribunal no le corresponde revisar y que, en cualquier caso, no sirve para justificar la existencia de discriminación o irregularidad invalidante de los pliegos impugnados.

En segundo lugar, el recurrente señala que la cláusula 16.4.4 del PCAP plantea interrogantes en cuanto al momento de emitir la factura, pues, por un lado, se refiere a “*lote de fabricación*” y, por otro, se indica que no se podrá emitir factura hasta que “*la totalidad de los bienes objeto del contrato referidos en dicha factura hayan sido distribuidos*”, lo que implica un riesgo desproporcionado por parte del contratista:

“16.4.4. Se ajustará la distribución de los bienes fabricados a lotes de fabricación para facilitar el trámite de las facturas. Cada factura corresponderá a un lote de fabricación de un product hemoderivado.

Se entiende como lote de fabricación, toda cantidad de producto hemoderivado resultante de un único ciclo de fraccionamiento, es decir, el volumen de plasma que se haya utilizado en un ciclo de fabricación, y todas las unidades del producto hemoderivado resultante de dicho fraccionamiento.

No se podrá emitir una factura hasta que la totalidad de los bienes objeto del contrato referidos en dicha factura hayan sido distribuidos a los correspondientes puntos de recepción que se indiquen por las entidades participantes en los contratos basados.

Si la empresa adjudicataria no cumple esta condición de emitir las facturas en el momento indicado en el párrafo anterior, la fecha a partir del cual empezará a contar el tiempo para intereses de demora en el pago de las facturas, será la fecha de conformidad por parte del órgano de contratación del contrato basado en el registro electrónico”.

El órgano de contratación señala que esta alegación “*carece de sentido alguno. Las necesidades a cubrir con este Acuerdo Marco vienen definidas en el apartado 4 del cuadro de características del PCAP y el proceso comprende la recogida, fraccionamiento y distribución de los productos hemoderivados. Se facturará en el momento en que se*

suministren los productos a los puntos establecidos en cada contrato basado, conforme a la regla de ‘servicio hecho’ y de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 de la LCSP.

El lote de fabricación definido en el PCAP viene referido a la cantidad de plasma resultante de un ciclo de fraccionamiento del que se derivarán los productos hemoderivados a suministrar, proceso único e inseparable que no conlleva una distorsión en la facturación sino todo lo contrario, es la prestación requerida por la Administración al contratista para que éste reciba el abono del precio convenido por su realización, previa presentación de la correspondiente factura”.

Este Tribunal, a la vista de la cláusula controvertida y el informe del órgano de contratación, comparte su parecer respecto del momento en el que se entiende que debe emitirse la factura, no apreciándose la alegada desproporción en el riesgo que asume el contratista.

Por último, el recurrente alega un defecto en la cláusula 16.4.1 del PPT (en realidad, 16.4.1 del PCAP):

“La Comisión de control y seguimiento establecida en el PPT indicará las compensaciones entre unas Administraciones y otras, entendiéndose por compensaciones entre Administraciones las obligaciones que resultan de la adquisición, por parte de una CCAA, de hemoderivados obtenidos de una fracción de plasma que excede al correspondiente a su aportación. Esta compensación se debe realizar mediante la reducción de la facturación de las CCAA que han aportado el plasma”.

Dicha cláusula fue objeto de consulta, respondiéndose de manera afirmativa a la interpretación dada por el que la formuló:

“Según interpretamos este párrafo, habrá comunidades autónomas que reciban más producto de que les correspondería por volumen de plasma aportado, habiendo sido aportado ese plasma adicional por otra u otras comunidades autónomas. Según parece, las comunidades acordarán un precio a pagar por el plasma que reciben de más, y que abonarán a las comunidades que lo entreguen. El apartado 16.4.1 señala que ‘Esta compensación (pago por plasma recibido) se debe realizar mediante la reducción de la



facturación de las CCAA que han aportado el plasma'. Es decir, si el contratista emite una factura a una comunidad X por importe de 1.000 pero esta comunidad ha aportado plasma a otra, en esa factura habrá que restar el importe que las comunidades autónomas hayan fijado para el plasma cedido, de manera que el contratista recibe 1.000 menos esa cantidad. Aunque el PCAP no lo indica, entendemos que en la factura que se emita a la comunidad que ha recibido plasma de otra comunidad, habrá que incluir como concepto adicional a cobrar, el importe que se haya fijado por el plasma recibido por esta, de manera que para el contratista estas compensaciones le resulten neutras económicamente.

Agradeceríamos que nos confirmaran que la interpretación que realizamos de esta cláusula es correcta, y en caso contrario que nos detallaran el funcionamiento de esta cláusula".

Sostiene que dicha cláusula genera un retraso en el pago de un suministro realmente realizado y una nueva incertidumbre que recae en el licitador, pues la facturación por el plasma cedido por una Comunidad Autónoma a otra está supeditada a que esta última efectúe un pedido.

En este aspecto el órgano de contratación no se ha manifestado en su informe, si bien este Tribunal, en caso de que realmente se produzcan esos eventuales retrasos que aduce la recurrente, no aprecia que el sistema de compensación establecido suponga una irregularidad o resulte especialmente gravoso o desproporcionado para el contratista.

Por todo ello, cabe desestimar los motivos de impugnación.

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. M.S.L., en representación de CSL BEHRING, S.A., contra los pliegos del procedimiento "Suministro de productos



hemoderivados de uso terapéutico procedentes del fraccionamiento industrial del plasma humano proveniente del Sistema Nacional de Salud”, con expediente AM 2024/049, convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES