



Recurso nº 596/2016 C.A Castilla-La Mancha 34/2016

Resolución nº 646/2016

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

En Madrid, a 5 de agosto de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.R.P., en nombre y representación de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. (en adelante SANDOZ), contra el acuerdo de adjudicación del lote 24 del contrato basado en el *“Acuerdo Marco para la Selección de Proveedores de Medicamentos para los Centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha”*, (Expdte. nº 6101TO14SUM00013); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Director Gerente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha convocó licitación para adjudicar por el procedimiento abierto, el *“Acuerdo Marco para la Selección de Proveedores de Medicamentos para los Centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha”*, con número de expediente 6101TO14SUM00013. El valor estimado del contrato se fijó en 118.569.417,64 euros y se dividió en lotes, correspondiendo el lote 24 al suministro de medicamentos (Amoxicilina/Ácido clavulánico inyectable IV) para la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina en tres presentaciones: 1 gramo, 2 gramos y 500 miligramos.

Segundo. Presentaron oferta para la adjudicación del lote 24 las siguientes empresas: Laboratorio R. Sala, S.L., Laboratorios NORMON, S.A. y, la recurrente, SANDOZ, acordándose por el órgano de contratación mediante Resolución de 9 de junio de 2016 adjudicar el lote a las siguientes empresas: Laboratorio R. Sala: Amoxicilina/Ácido clavulánico IV, para las presentaciones de 1 g y 2 g; y SANDOZ para la presentación de 500 mg.

Tercero. Contra el anterior acuerdo se interpone por SANDOZ el presente recurso al considerar que la adjudicación del lote 24 debió recaer en un único licitador, en concreto aquél que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa -de acuerdo con los criterios de adjudicación que contiene el Pliego- para todas las presentaciones incluidas en el lote, cuyo objeto no puede fraccionarse. Funda su recurso en lo dispuesto en el artículo 198 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que se refiere al adjudicatario de cada lote en singular, así como en lo previsto en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación en sus cláusulas 9.5 y 23. También cita en defensa de su postura diversas Resoluciones de este Tribunal y una del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que reconocen todas ellas el principio tradicional de adjudicatario único de los contratos o de los lotes en que dichos contratos se articulen.

Cuarto. El órgano de contratación remitió informe a este Tribunal junto con el expediente en el que defiende la conformidad a Derecho del acuerdo impugnado, considerando que no solo la adjudicación, dentro de un mismo lote, a varias empresas es conforme a la Ley, sino que a ello obliga el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aplicable cuando señala en su cláusula 23.2 del Cuadro de Características que *“por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas seleccionadas en cada lote correspondiente...”*. Defiende además que de aceptarse la tesis de la empresa recurrente, habría que excluir en cada lote a las empresas que no puedan ofrecer todas las presentaciones incluidas en dicho lote, lo que supondría aplicar una causa de exclusión no prevista en los Pliegos del Acuerdo Marco.

Quinto. La Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras, otorgándoles un plazo común de alegaciones de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. Con fecha 14 de julio de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46.3 del TRLCSP, de modo que será esta Resolución la que acuerde el levantamiento de esta medida conforme previene el art. 47.4 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en la Resolución de 22 de octubre de 2012, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se publica el Convenio de Colaboración con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencias de recursos contractuales a este Tribunal (BOE 2 de noviembre de 2012).

Segundo. SANDOZ concurrió a la licitación del procedimiento abierto para la adjudicación del lote 24 dentro del contrato “*Acuerdo Marco para la Selección de Proveedores de Medicamentos para los Centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*”, por lo que está legitimada para recurrir conforme señala el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto en plazo de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP. Consta asimismo que se han dado cumplimiento a los demás requisitos de forma que regula el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. Se recurre la resolución por la que se adjudica el lote 24 de suministro de medicamentos (Amoxicilina/Ácido clavulánico inyectable IV) para la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina a las siguientes empresas: Laboratorio R. Sala: Amoxicilina/Ácido clavulánico IV, para las presentaciones de 1 g y 2 g; y SANDOZ para la presentación de 500 mg; susceptible por tanto de recurso especial de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.2, b) del TRLCSP, estando el contrato incluido en los previstos en el artículo 40.1 del TRLCSP.

Quinto. La mercantil recurrente considera que el lote debió adjudicarse a un único licitador, no siendo posible dividir el objeto del lote a los efectos de hacer recaer la adjudicación en distintos licitadores, como aquí ha ocurrido, por no tener a su disposición una de las adjudicatarias el medicamento objeto del contrato de suministro en una concreta forma de presentación requerida en el lote. Funda su recurso en lo dispuesto en el art. 198 del TRLCSP, cuando señala en su apartado e) del número 4 que “*El contrato*

se adjudicará al licitador que haya presentado mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco”, resaltando con ello que la Ley se refiere al adjudicatario en singular, no permitiendo que el objeto de un contrato sea ejecutado simultáneamente por diversos contratistas. Asimismo considera SANDOZ que la necesidad de que sea un solo licitador el adjudicatario único de cada uno de los lotes en que se articula el contrato deriva de las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación, pues en su cláusula 23 expresamente se remite al contenido del art. 198 del TRLCSP cuando señala que “la adjudicación de los contratos se efectuará por los órganos competentes de las gerencias participantes en el Acuerdo Marco, convocando a las partes a nueva licitación. (...) La licitación se realizará con arreglo al procedimiento descrito en el art. 198 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Asimismo la cláusula 9.5 señala lo siguiente:

“La oferta para cada lote incluirá todas las presentaciones comercializadas por el laboratorio que cumplan con la descripción del lote que figura en el anexo a). La no inclusión en la oferta de una determinada presentación de un lote, podrá ser causa de exclusión del laboratorio en relación con el correspondiente lote.

En los lotes cuya descripción de la presentación clínica indiquen “todas”, el precio unitario ofertado será el mismo para todas las presentaciones”.

Luego el propio Pliego obliga a que la oferta de cada licitador incluya todas las presentaciones comercializadas por el laboratorio que cumplan con la descripción del lote, previsión que incumple la otra adjudicataria del lote, Laboratorio R. Sala.

Finalmente cita en defensa de su postura las Resoluciones de este Tribunal de 5 de abril de 2013 (Resolución nº 132/2013) y de 12 de enero de 2016 (Resolución nº 10/2016), y la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 74/2016.

El órgano de contratación, por el contrario, considera que con su actuación no solo no ha incumplido el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación, sino que incluso la aplicación de sus cláusulas le obliga a actuar del modo en que lo ha

hecho, pues el Pliego señala que se consultará a todas las empresas seleccionadas en cada lote correspondiente, de modo que no puede excluirse a una de ellas por el hecho de no ofertar el medicamento del lote en una de las presentaciones indicadas. Entiende además que el pliego prevé la posibilidad de que no todas las empresas licitadoras comercialicen todas las presentaciones, lo que permite adjudicar el contrato a varios licitadores en función de las presentaciones que oferten.

Expuestas así las posturas de las partes, debe analizarse si, en efecto, puede el órgano de contratación, en un contrato dividido en lotes, adjudicar uno de ellos a varios licitadores, dividiendo así el lote en otros tantos como adjudicatarios se determinen. Ya se anticipa que, como tiene declarado este Tribunal, no puede el órgano de contratación adoptar un acuerdo de adjudicación en favor de varios licitadores, como tampoco puede fraccionar el objeto del contrato más allá de los lotes en que aquél se hubiera dividido en el Pliego. La Resolución de este Tribunal de 5 de abril de 2013 (Resolución nº 132/2013) es clara al respecto cuando señala lo siguiente:

“La misma mercantil JOHNSON & JOHNSON S.A. cuestiona la cláusula 4.2.f) del Pliego de aplicación, en la medida en que en ella se establece que los contratos derivados podrán ser adjudicados “a uno o varios licitadores, de acuerdo con lo que se prevea en el protocolo al que hace referencia la letra b) anterior”. Sostiene que dicha previsión es contraria a la clara dicción del artículo 198.4.e) TRLCSP, en el que, claramente, se afirma que “el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco”, en términos concordantes con el artículo 32.4.d) de la Directiva 2004/18/CE, según el cual “los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco.”

El alegato debe ser estimado. Como ya se ha dicho reiteradamente, debe distinguirse entre Acuerdo Marco y contratos derivados. Y si bien para el primero está legalmente contemplada y admitida la excepcional posibilidad de que pueda adjudicarse a varios empresarios, en cuanto a los segundos se parte, claramente, del principio de que cada uno de los contratos derivados deberá reconocer un único adjudicatario y que,

inequívocamente, tal designación deberá recaer, en singular, en el que presente la mejor oferta.

(...)

Debe por ello estimarse el alegato, con la consiguiente anulación de la cláusula 4.2.f) citada en lo que se contrae a la habilitación de la eventual adjudicación de cada contrato derivado a varios licitadores”.

Precisamente por ello la determinación de lotes ha de venir contenida en los Pliegos, de modo que el objeto del contrato se concrete y determine sin lugar a dudas al inicio de la licitación. Así se desprende del tenor literal del art. 86 del TRLCSP cuando dispone lo siguiente:

“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. (...).”

Del mismo modo, el art. 109.2 del TRLCSP dispone que *“El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 86 acerca de su eventual división en lotes, a efectos de la licitación y adjudicación”*, de modo que es claro que no cabe, a efectos de licitación y adjudicación, más división que la que se haya establecido mediante los lotes previamente fijados. No en vano la *“definición del objeto del contrato”* constituye un elemento esencial que forma parte del contenido mínimo del contrato ex art. 26.1 c) del TRLCSP, siendo también la división en lotes contenido esencial y obligado de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares

conforme señala el art. 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, cuando dispone en su apartado 2 a) lo siguiente:

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:

a) Definición del objeto del contrato, con expresión de la codificación correspondiente de la nomenclatura de la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1996 (CNPA-1996), aprobada por Real Decreto 81/1996, de 26 de enero, y, en su caso, de los lotes”.

Más aún, para los contratos de suministros se incide en esta obligada determinación cuando en el apartado 5 del mismo precepto se señala:

“En los contratos de suministro los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:

a) Posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan”.

Es claro que si el legislador insiste en que la división en lotes quede prefijada en los Pliegos que han de regir la licitación es porque la determinación de dichos lotes resulta esencial para la determinación del objeto del contrato, de modo que no pueda, en fase de adjudicación, alterarse.

A estos efectos no puede admitirse la postura del órgano de contratación de adjudicar un único lote (definido como lote 24, Amoxicilina/Ácido clavulánico inyectable IV en tres presentaciones, 1 gramo, 2 gramos y 500 miligramos) a dos empresas: Laboratorio R. Sala: Amoxicilina/Ácido clavulánico IV, para las presentaciones de 1 g y 2 g, y SANDOZ para la presentación de 500 mg, pues con ello en fase de adjudicación se ha establecido, *ex novo*, un nuevo lote, con la consiguiente contravención no solo a las normas mencionadas, sino a los principios de transparencia e igualdad que han de regir en el expediente de contratación para los licitadores, dado que es posible que algún laboratorio

no hubiera presentado su oferta por no disponer de los medicamentos incluidos en un lote y que, de haber sabido que podía limitar su participación a una o dos presentaciones, hubiera podido decidir suscribir una oferta para una o varias concretas presentaciones incluidas en un lote.

A ello debe añadirse que no puede aceptarse la interpretación que hace el órgano de contratación cuando considera que la consulta obligada que prevén los Pliegos para cada lote a las empresas seleccionadas en el Acuerdo Marco obligue a no poder excluir a ninguna empresa de un lote determinado. Es claro que el Pliego obliga a consultar, para cada lote, a todas las empresas seleccionadas, pero ello no puede interpretarse en el sentido de que obligue a adjudicar el lote a una de ellas si, como se ha puesto de manifiesto con su oferta en el caso objeto de esta Resolución, no incluye en ella todos los medicamentos que comprende el lote, y ello aun cuando fuera la más ventajosa conforme a los criterios de adjudicación que contiene el Pliego. Como se ha expuesto más arriba, el objeto del contrato no puede dividirse o fraccionarse más allá de los lotes previamente fijados en los Pliegos. De modo que si un licitador no puede ofertar el suministro de todos los productos incluidos en el lote, su oferta para ese lote no podrá ser aceptada.

De otra parte interesa señalar que, aun cuando, tal y como sostiene el órgano de contratación, los pliegos permitieran adjudicar el contrato a varios licitadores, por cuanto el pliego (cláusula 9.5 PCAP) prevé la posibilidad de que no todas las empresas licitadoras comercialicen todas las presentaciones, lo que permitiría adjudicar el contrato a varios licitadores en función de las presentaciones que oferten, lo cierto es que ello sería contrario a las normas sobre adjudicación establecidas en el artículo 198.4 del TRLCSP, vulnerándose el principio de igualdad, por lo que la posibilidad de no excluir a los licitadores que no oferten todas las presentaciones del lote y admitir sólo las comercializadas por ellos, sería nula de pleno derecho y debería tenerse por no puesta.

Debe, pues, estimarse parcialmente el recurso interpuesto a efectos de que se adopte nuevo acuerdo de adjudicación en favor de la empresa cuya oferta resulte más ventajosa y comprenda todos los elementos incluidos en el lote, de modo que la adjudicación resulte a favor de un único licitador. No se estima totalmente el recurso dado que

SANDOZ solicita a este Tribunal resuelva la adjudicación del contrato en su favor, lo que excede de la anulación del acuerdo recurrido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por D. J.R.P., en nombre y representación de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. (en adelante SANDOZ), contra el acuerdo de adjudicación del lote 24 del contrato basado en el *“Acuerdo Marco para la Selección de Proveedores de Medicamentos para los Centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha”*, anulando la adjudicación del lote 24; debiendo adoptar el órgano de contratación nuevo acuerdo de adjudicación en favor de la empresa, de las tres presentadas, cuya oferta resulte más ventajosa de acuerdo con lo determinado en el Pliego y comprenda todos los elementos incluidos en el lote, de modo que la adjudicación se haga a favor de un único licitador.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida como consecuencia del artículo 45 del TRLCSP, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses a contar desde el día siguiente a 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.