



Recurso nº 715/2016 C.A. Castilla-La Mancha 41/2016

Resolución nº 831/2016

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.G.M., en nombre y representación de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A., contra la Resolución de fecha 18 de julio de 2016 de la Dirección-Gerencia del Área Integrada de Salud de Cuenca, por la que acuerda la adjudicación del expediente de ejecución del *“Acuerdo Marco 61033000CU16SUM00009-CD Adquisición de Medicamentos para la Gerencia de Atención Integrada de Cuenca, derivada del Acuerdo Marco 6101TO14SUM00013-AM”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de 13 de abril de 2016 del Director Gerente del Área Integrada de Salud de Cuenca fue acordado el inicio de expediente de contratación mediante la celebración de un contrato basado en un acuerdo marco con un importe máximo de 1.795.868 euros.

Consta en el expediente Resolución de Adjudicación del citado Acuerdo Marco, de fecha 18 de septiembre de 2015, en virtud de la cual resultaron adjudicatarios del contrato, para el lote 21, Somatotropina inyectable, PFIZER, S.L.U., por un importe de 12,470000 euros, SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. por un importe de 12,50000 euros y FERRING, S.A.U. por un importe de 12,000000 euros.

Segundo. La cláusula 23.2 del Anexo nº 1 del Modelo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la celebración de Acuerdo Marco mediante procedimiento abierto, para la adjudicación de contratos de suministros de productos o bienes muebles, en el ámbito del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha señala como:



“La adjudicación de los contratos derivados se efectuará por los órganos competentes de las gerencias participantes en el Acuerdo Marco, convocando a las partes a una nueva licitación. Todas las empresas seleccionadas en el Acuerdo Marco, deberán participar en esta licitación.

La licitación se realizará con arreglo al procedimiento descrito en el artículo 198 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, de acuerdo con las siguientes prescripciones:

- a) *Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas seleccionadas en cada lote correspondiente; no obstante, cuando los contratos no estén sujetos, por razón de su cuantía, a procedimiento armonizado, se podrá, siempre que se justifique debidamente en el expediente, no extender la consulta a todas las empresas por lote que sean parte del acuerdo marco. En todo caso, como mínimo habrá que solicitar oferta a tres de ellos, siempre que sea posible.*
- b) *Para dar cumplimiento al apartado anterior, se elaborará un **protocolo** en el que se recogerán además del presupuesto máximo del contrato, el número de unidades estimadas, los criterios de adjudicación para cada lote y su ponderación, los plazos y lugar de entrega y todas aquellas condiciones que se consideren necesarios cumpliendo, en todo caso, lo estipulado en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el acuerdo marco.*
- c) *Los criterios de adjudicación serán los siguientes:*

1.- *Oferta económica: Hasta 80 puntos. Para la ponderación de la oferta económica se aplicará la siguiente fórmula:*

$$P_i = 80 \times \frac{PML - O_i}{PML - O_{min}}$$

Siendo:

P_i: Puntuación obtenida por la oferta del licitador i.



PML: Presupuesto máximo de licitación (precio unitario máximo de licitación) Oi: Oferta presentada por el licitador i.

Omin: Oferta mínima presentada”.

De igual modo la cláusula 9.4 del Anexo del citado PCAP señalaba los precios máximos de licitación por unidad específica de medida siendo que la correspondiente al lote 21 Somatotropina inyectable era de 13,461538 euros.

Tercero. Por resolución de 15 de abril de 2016, del Director Gerente del Área Integrada de Salud de Cuenca fue aprobado el expediente y se dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación mediante contrato basado en acuerdo marco.

Cuarto. De conformidad con lo señalado en la cláusula 23 del Anexo nº 1 del PCAP del AC y el apartado a) del punto Segundo de las Instrucciones de aplicación del Acuerdo marco 6101TO14SUM00013-AM se remitió consulta a los adjudicatarios del expediente para que presentaran su ofertas (el protocolo).

En la misma se les invitaba a participar como adjudicatarios del acuerdo de referencia y a aportar su mejor oferta para determinados artículos fijados en el Anexo I entre los que se encontraba el lote 21 Somatotropina inyectable.

De igual modo en este protocolo **se recordaba a cada licitador el precio máximo que había sido por ellos ofertado y que, en consecuencia, no podía ser superado (12,500000 SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A., 12,000000 FERRING. S.A.U. y 21,470000 euros PFIZER, S.L.U.).**

Quinto. Una vez recibidas las propuestas de FERRING, S.A.U, SANDOZ, FARMACEÚTICA, S.L y PFIZER, S.L.U. se procedió a la ponderación de las mismas de acuerdo con los criterios recogidos en la cláusula 23 del PCAP y en el punto 3 de las Instrucciones.

En concreto las propuestas económicas presentadas fueron las siguientes, FERRING, S.A.U. 11,300000, SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A. 11,170000 y PFIZER, S.L.U.



11,600000. Por ello la valoración económica quedó del siguiente modo, 75 para FERRING, S.A.U., 80 para SANDOZ FARMACEUTICA., S.A. y 65 para PFIZER, S.L.U.

Para el cálculo de esta puntuación se utilizó la fórmula matemática contemplada en la cláusula 23 del Anexo PCAP siendo considerado como PML el fijado en la cláusula 9.4 del Anexo nº 1 del Acuerdo Marco, esto es, 13,461538 euros.

Sexto. Finalmente la puntuación final fue de 92 puntos para FERRING, S.A.U., 91 para SANDOZ FARMACEUTICA, S.A. y 73 para PFIZER, S.L.U. según queda reflejado en la siguiente tabla:

Adjudicatario	Calidad e información (0/5)	Características de la forma farmac. (0-4)	BONIFICACIÓN	MEJORAS LOGISTICAS (0-1)	OFERTA ECONÓMICA	VALORACIÓN ECONÓMICA	PUNTUACIÓN FINAL
FERRING, S.A.U.	5	1	10%	1	11,300000 €	75	92
PFIZER, S.L.U.	5	3,5	0	0	11,600000 €	65	73
SANDOZ FARMACEUTICA S.A	5	3	1,50%	1	11,170000 €	80	91

Séptimo. El 18 de julio de 2015 fue dictada Resolución de adjudicación subsanada por Resolución 28 de julio de 2016. Entre los errores materiales subsanados se encuentra el precio de adjudicación de Lote 21 cuyo importe finalmente es de 11,30 euros (IVA excluido).

Octavo. El acuerdo de adjudicación fue notificado a la recurrente el 20 de julio de 2016 siendo anunciado contra el mismo, recurso especial en materia de contratación el día 28 de julio de 2016.

Noveno. El 3 de agosto de 2016 la recurrente presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Décimo. El expediente fue puesto de manifiesto a los posibles interesados el 25 de agosto de 2016 habiendo presentado alegaciones en este trámite FERRING, S.A.U. el 30 de agosto de 2016.



Undécimo. Por acuerdo de 25 de agosto de 2016, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, acordó suspender el procedimiento de contratación, en relación con el lote 21, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 22 de octubre de 2012 y publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP a cuyo tenor *"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*.

Tercero. El recurso se formula contra el acuerdo de adjudicación que es un acto sujeto a recurso especial de acuerdo con el artículo 40.2 del TRLCSP en el seno de un contrato de suministros, sujeto a regulación armonizada (artículo 40.1.a) en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP).

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP ya que el acto de adjudicación de fecha 18 de julio de 2016, fue notificado a la recurrente el 20 de julio habiendo la recurrente anunciado recurso especial en materia de contratación el 28 de julio de 2016, que fue interpuesto el 3 de agosto de 2016.

Quinto. Sentado lo anterior, procede adentrarse en el análisis de las alegaciones de la recurrente según la cual la resolución de adjudicación adolece de un error como es haber



utilizado para determinar el criterio económico el precio máximo de licitación previsto en el acuerdo marco y no el establecido en el protocolo (invitación) que para la adjudicación del contrato se le hizo.

Y ello sobre la base del artículo 198 del TRLCSP según el cual *“cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuara convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otro a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco”*.

Por ello, continua, si bien el PML fijado en el AM era de 13,461538 euros en el Anexo I del protocolo se incluía expresamente una columna en la que se designaba para el Lote 21 un precio unitario sin IVA por unidad de medida específica de 12,50000 euros.

De haberse aplicado esta opción, continua la recurrente, SANDOZ habría resultado adjudicataria del lote 21 ya que la valoración económica de FERRING, S.A.U. habría sido de 72,18 (dando lugar a una puntuación final de 89,18 en vez de 92) y la de PFIZER, S.A.U. habría sido de 54,14 (dando lugar a una puntuación final de 62,14 en vez de 73 (recordemos que la puntuación final de la ahora recurrente era de 91).

En resumen, en opinión de la empresa recurrente, la aplicación del PML del Acuerdo Marco, en vez del PML indicado en el protocolo para la celebración del contrato derivado ha permitido desvirtuar la fórmula aplicable a la puntuación a obtener para el precio ofertado al haberse atribuido más puntos de los que en realidad le correspondían a la oferta de la actual adjudicataria.

Sexto. Frente a estas alegaciones indica el órgano contratante en su informe que el apartado cuarto de las Instrucciones señala como “los precios que figuran en la resolución de adjudicación del acuerdo marco son precios máximos, pudiendo ser mejorados en la tramitación de los correspondientes contratos derivados”.

Esto hace que, de hecho, los precios de adjudicación de los contratos en el acuerdo marco actúen como precios máximos de licitación para cada adjudicatario en particular, como no podía ser de otra forma.



Fue por eso que en la invitación (protocolo) que se hizo a cada licitador se fijó el precio máximo por el que había sido adjudicataria pero sin que ello suponga, como se pretende de contrario, que para la valoración de la oferta económica deba tenerse en cuenta el precio más alto de adjudicación de los ofrecidos por los licitadores (en este caso SANDOZ).

Antes al contrario, afirma el órgano de contratación, lo más adecuado era utilizar una referencia común para la valoración de la oferta económica computando el PML señalado para el Lote 21 (13,461538, IVA excluido) en el apartado 9.4 del Anexo I del PCAP del AM. Con ello, en suma, se premiaría una segunda mejor sobre el precio máximo de licitación del Acuerdo MARCO.

Séptimo. Sentados así los términos del debate procede adentrarse en el análisis de la cuestión controvertida planteada que consiste en determinar si para el cálculo de la oferta económica debe utilizarse el precio máximo de licitación fijado en el PCAP del AM bien el precio máximo de adjudicación ofertado por una de las empresas adjudicatarias del AM (en este caso 12,50000 que fue el ofrecido por SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A.).

Pues bien a este respecto cabe señalar como, la cláusula 23.2 del Anexo nº 1 del Modelo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la celebración de Acuerdo Marco mediante procedimiento abierto, para la adjudicación de contratos de suministros de productos o bienes muebles, en el ámbito del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha señala como:

“...

La licitación se realizará con arreglo al procedimiento descrito en el artículo 198 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de acuerdo con las siguientes prescripciones:

- d) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas seleccionadas en cada lote correspondiente; no obstante, cuando los contratos no estén sujetos, por razón de su cuantía, a procedimiento armonizado, se podrá, siempre que se justifique debidamente en el expediente, no extender la consulta*



a todas las empresas por lote que sean parte del acuerdo marco. En todo caso, como mínimo habrá que solicitar oferta a tres de ellos, siempre que sea posible.

- e) Para dar cumplimiento al apartado anterior, se elaborará un protocolo en el que se recogerán además del presupuesto máximo del contrato, el número de unidades estimadas, los criterios de adjudicación para cada lote y su ponderación, los plazos y lugar de entrega y todas aquellas condiciones que se consideren necesarios cumpliendo, en todo caso, lo estipulado en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el acuerdo marco”.

Vemos que, en consecuencia, conforme a esta cláusula, **en la invitación (protocolo) que ha de cursarse a cada licitador ha de establecerse el precio máximo por el que se adjudicó el acuerdo marco a cada licitador pero a los solos efectos de recordarles que, ciertamente, este precio puede ser mejorado pero no superado.**

Pero ello no quiere decir a que a los efectos de fijar la oferta económica mediante la fórmula fijada en la letra e) de esta cláusula 23 del AM deba tenerse en cuenta el precio máximo de adjudicación ofrecido por uno de los licitadores.

Antes al contrario esta fórmula es clara al señalar como “1.- Oferta económica: Hasta 80 puntos. Para la ponderación de la oferta económica se aplicará la siguiente fórmula:

$$P_i = 80 \times \frac{PML - O_i}{PML - O_{min}}$$

Siendo:

P_i: Puntuación obtenida por la oferta del licitador *i*.

PML: Presupuesto máximo de licitación (precio unitario máximo de licitación)

O_i: Oferta presentada por el licitador *i*.

O_{min}: Oferta mínima presentada”.



Resulta obvio, por lo tanto, que el PCAP habla de PML para calcular la oferta económica y este PML está fijado en el mismo PCAP (cláusula 9.4) por lo que ha de ser éste el utilizado.

Frente a ello no es admisible la tesis de la recurrente que busca que sea tenido en cuenta para calcular la oferta económica el precio de adjudicación por ella ofrecido (por ser el más alto) ya que ello supondría dejar indeterminado un elemento clave para la adjudicación del contrato que, antes al contrario, aparece perfectamente definido en las pliegos reguladores del mismo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.G.M., en nombre y representación de SANDOZ FARMACEUTICA, S.A., contra la Resolución de fecha 18 de julio de 2016 de la Dirección-Gerencia del Área Integrada de Salud de Cuenca, por la que acuerda la adjudicación del expediente de ejecución del *“Acuerdo Marco 61033000CU16SUM00009-CD Adquisición de Medicamentos para la Gerencia de Atención Integrada de Cuenca, derivada del Acuerdo Marco 6101TO14SUM00013-AM”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con lo dispuesto 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 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.