



Recurso nº 806/2017 C.A. Región de Murcia 100/2017

Resolución nº 977/2017

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

En Madrid a 19 de octubre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D.I.A.J. en representación de MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, contra la Resolución de adjudicación del expediente número 8/2017 (L 12) de fecha de 20 de julio de 2017, dictada por la Secretaría General de la consejería de Salud de la Región de Murcia, en el expediente para la contratación derivada del *“Acuerdo Marco para el suministro de vacunas de calendario a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los años 2017 a 2019, lote 12 vacuna triple vírica”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 10 de noviembre de 2016 se suscribe Acuerdo entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para fijar las condiciones de la adquisición de vacunas de calendario y otras, publicado en el BORM n.º 272, de 23 de noviembre de 2016.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con fecha 24 de febrero de 2017, acuerda la adjudicación de los diferentes lotes del *“Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado, las ciudades de Ceuta y Melilla y varias Comunidades Autónomas”*, y por lo que respecta al Lote 12 a las siguientes empresas y por los precios que se relacionan a continuación:



- 1) MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA SA, con una oferta de 7.00 euros
- 2) GLAXOSMITHKLINE SA, con una oferta de 7.10 euros

Segundo. Por Orden de 21 de abril de 2017 se inicia la tramitación de la contratación derivada del referido Acuerdo Marco para el “SUMINISTRO DE VACUNAS DE CALENDARIO A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA PARA LOS AÑOS 2017 A 2019”, mediante procedimiento de consulta, de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del TRLCSP, habiéndose elaborado para tal fin los protocolos que han de regir en la mencionada contratación, por el Jefe de Servicio de Prevención y Protección de la Salud de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Con fecha 15 de mayo de 2016, se autoriza el gasto que comporta y la celebración del contrato, mediante Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la CARM, previa fiscalización de la Intervención General, procediéndose por Orden de 16 de mayo de 2017 a aprobar los Protocolos elaborados para cada uno de los lotes (Lotes 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 y 19), y que han de regir la adjudicación de la contratación derivada de referencia e iniciando la fase de adjudicación por procedimiento de consulta a las empresas seleccionadas por el Acuerdo Marco.

En fecha 17 de mayo de 2017 se remiten las correspondientes invitaciones y su correspondiente Protocolo, a MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A. Y GLAXOSMITHKLINE, S.A. para que remitan su oferta conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el punto 4.2.1 del PCAP del Acuerdo Marco, en un plazo de diez días naturales, para las siguientes dosis y presupuesto de licitación:

Lote 12; 100.000 dosis; Precio unitario sin IVA: 7,10 euros; Precio máximo sin IVA: 710.000 euros; Importe IVA: 28.400,00 euros; precio total con IVA: 788.400,00 euros.

Recibidas las ofertas de las citadas empresas, que ofertan en esta contratación derivada a 7,00 € y 6,99 €, respectivamente, por el Técnico Responsable de Programas Vacunales



del Servicio de Prevención y Protección de la Salud, en fecha 2 de junio de 2017, se emite informe en el que propone la adjudicación del mencionado lote 12 a la empresa MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A.

En fecha 16 de junio de 2017, de acuerdo con el informe técnico referenciado y presentada la garantía definitiva, se formula propuesta de adjudicación por el Servicio Económico y de Contratación a favor de la citada empresa en la cuantía 700.000 euros más el correspondiente IVA de 28.000 euros resultando un importe total de 728.000 euros.

Tercero. Con fecha 20 de junio de 2017, la Intervención Delegada de esta Consejería, formula reparo a la mencionada propuesta de adjudicación en su informe de fiscalización nº 38139.

Asumiendo el mencionado reparo, con fecha 29 de junio de 2017, el Técnico Responsable de Programas Vacunales del Servicio de Prevención y Protección de la Salud, emite nuevo informe de propuesta de adjudicación a favor de la empresa GLAXOSMITHKLINE, S.A, al precio ofertado por ella en el procedimiento derivado, esto es, 6,99 €.

En fecha 20 de julio de 2017, previa fiscalización favorable por la Intervención Delegada en fecha 17 de julio, se acuerda la adjudicación a la citada empresa por un importe total, IVA incluido, de 726.960,00 €, lo que supone una baja del 1,55 % y una diferencia con respecto al presupuesto de licitación, IVA incluido, de 11.440,00 €, notificándose a los interesados y publicándose en el perfil del contratante de la Comunidad Autónoma de Murcia en fecha 21 de julio de 2017.

De acuerdo con el artículo 198.5 del TRLCSP, se procede a formalizar el contrato, en fecha 28 de julio, sin observar el plazo de espera de 15 días previsto en el artículo 156.3 TRLCSP.

Cuarto. La empresa recurrente ha presentado en el Registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con fecha 10 de agosto de 2017 un recurso especial



en materia de contratación contra dicho acuerdo de adjudicación, en el que, en síntesis, denuncia el presunto incumplimiento de los requerimientos del pliego en la presentación de su oferta por parte de la adjudicataria (GLAXOSMITHKLINE, S.A), por variación del precio ofertado en fase de homologación, solicitando la exclusión de su oferta. Asimismo, denuncia presunta vulneración de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración Pública, y que concurren causas de nulidad del procedimiento de selección de los proveedores de la misma. Por todo lo cual, la recurrente solicita que se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y se tome en consideración el hecho de que la oferta presentada por GLAXOSMITHKLINE, S.A, al expediente y lote de referencia, no cumple con las exigencias previstas en los pliegos rectores del Acuerdo Marco de referencia, debiendo ser por tanto excluida su oferta respecto del Lote 12 del actual expediente; que se adopte la medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo que origina el presente recurso y, en concreto el procedimiento de formalización del contrato adjudicado; y que por el TACRC se emita requerimiento dirigido a la Subdirección General de Programación y Gestión Económico-Financiera del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a fin de recabar de ésta copia del Oficio remitido en el que se informa de que los precios ofertados en fase de Acuerdo Marco no podrán ser posteriormente modificados en la contratación derivada.

Quinto. Con fecha de 25 de agosto de 2017 se ha emitido informe por el órgano de contratación en el que se pone en conocimiento de este Tribunal el estado de ejecución del presente expediente, emitiéndose al efecto informe de fecha de 21 de agosto, por el Servicio de Prevención y Protección de la Salud, en el que fundamentan las razones por las que, al amparo del contrato formalizado con fecha de 28 de julio de 2017, se ha visto en la necesidad de ejecutar parcialmente lo contenido en dicho contrato adquiriendo 10.000 dosis de vacuna al laboratorio GlaxoSmithKline. Asimismo, se informa a este Tribunal de las razones que fundamentan el reparo de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Murcia de fecha de 19 de julio de 2017, con relación a la redacción otorgada a la cláusula 11 del protocolo elaborado para la adjudicación del lote 1 (para la adquisición de la Vacuna Hexavalente), en el que se considera errónea la introducción de la precisión referida al precio en el apartado 11 del Protocolo en cuanto a



la exclusión de los licitadores que formulen baja respecto de los precios que ofertaron en el momento de la formulación del acuerdo.

Sexto. En fecha 30 de agosto de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo evacuado el trámite conferido la empresa adjudicataria, GLAXOSMITHLINE, S.A.

Séptimo. Con fecha 1 de septiembre de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación del Lote 12 producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 TRLCSP, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de la región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, de 5 de noviembre de 2012, y publicado en el BOE con fecha de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. Consta anuncio sellado de la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el acta de la Resolución de adjudicación de fecha de 21 de julio de 2017.

Tercero. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en este contrato.

La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 44.2 b) del TRLCSP.



El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un acuerdo marco de selección de suministradores sujeto a regulación armonizada que, al amparo de lo previsto en el artículo 40.1.a), en relación con el 40. 2.c) del TRLCSP, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. La controversia objeto de discusión en este recurso se centra en resolver si, tal y como denuncia la recurrente, la Resolución de adjudicación no es conforme a Derecho por no haberse ajustado la oferta presentada por la empresa adjudicataria en relación con el contrato derivado correspondiente al Lote 12 a los criterios del pliego de cláusulas administrativas particulares de este Acuerdo Marco. Dado que, según entiende la recurrente, las dos empresas licitadoras estaban obligadas a respetar en la licitación del contrato derivado los precios ofertados al concurrir a la adjudicación de este lote 12 del acuerdo marco, de modo que, habiendo presentado en la primera fase ofertas por valor de 7,00 euros la empresa MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A., y de 7,10 euros la empresa GLAXOSMITHKLINE, S.A., éstos y no otros deberían haber sido los precios ofertados en el contrato derivado, no pudiendo admitirse la rebaja producida por ésta última hasta los 6,99 euros finalmente ofertados.

En apoyo de su pretensión la recurrente expone diversos fragmentos del PCAP, llamando la atención, a simple vista, el hecho de referirse la práctica totalidad de los mismos a la “fijación de precios máximos” y no a precios definitivos. Así, a continuación se citan algunos ejemplos sobre la constante referencia del pliego controvertido a la fijación de “precios máximos” y no definitivos (el subrayado es nuestro). Ya el propio artículo 1.1 sobre legislación aplicable y régimen jurídico establece en su subapartado quinto que: *“Una vez adjudicado y formalizado el acuerdo marco de selección de suministradores y fijación de precios máximos, los contratos derivados de suministros se ajustarán a las normas procedimentales de las entidades citadas en la cláusula 1.2.1 del presente pliego”*. Añadiendo el punto 1.2 sobre objeto y órgano de contratación que: *“Constituye el objeto del presente acuerdo marco la selección de suministradores, la fijación de precios máximos y el establecimiento de aquellas bases que regirán los contratos derivados de suministros, conforme establecen los artículos 196 a 198 del Real Decreto Legislativo*



3/2011, de 14 de noviembre. (...) El presente acuerdo establece las condiciones que se aplicarán, durante el plazo de vigencia, para la entrega sucesiva de las vacunas enumeradas en el ANEXO IV a los participantes anteriormente referidos, fijando un precio unitario máximo, sin que el número total de unidades esté definido con exactitud al tiempo de celebrar el acuerdo marco por estar subordinadas las entregas a las necesidades de los adquirentes, sin que los contratistas puedan exigir cantidades determinadas o importes mínimos como condición de suministro". Y añadiendo el subapartado dos de este punto que: "La contratación de estos productos se desarrollará en dos fases:

- a) Primero, mediante la celebración de un acuerdo marco con varios empresarios, por el que se seleccionan las empresas y se fijan los precios unitarios máximos de las dosis de vacunas a suministrar en cada lote.
- b) Segundo, mediante los contratos derivados del acuerdo marco, tramitados posteriormente por las entidades anteriormente referidas para la adquisición efectiva de las vacunas, de conformidad con las bases establecidas en los pliegos del acuerdo marco y con el procedimiento establecido en el párrafo segundo del artículo 198.4 TRLCSP".

En esta misma línea el punto 1.3 sobre necesidades administrativas a satisfacer mediante el acuerdo marco señala que: "Este acuerdo trata de satisfacer las necesidades de adquisición de vacunas que son de utilización común en el sistema Nacional de Salud y que se requieren para el cumplimiento de los fines de los participantes anteriormente relacionados, impulsando el procedimiento de contratación y procurando un ahorro sustancial de los costes asociados a su adquisición, mediante la fijación de precios unitarios máximos".

Por su parte, el protocolo correspondiente al Lote 12 señala en su punto 1 que: "El precio de licitación se ha determinado en base a las ofertas presentadas por los licitadores al Acuerdo Marco"; y en su punto 5 que: "Sólo se abonarán al adjudicatario los suministros que realice conforme al precio de adjudicación". Ahora bien, las dudas que pudieran resultar de su mera lectura quedan resueltas, sin necesidad siquiera de acudir al contundente criterio de interpretación integradora que resulta del propio pliego del que



trae causa, a la luz de los puntos 11 y 15 de dicho protocolo, los cuales respectivamente indican en primer lugar que *uno de los criterios de adjudicación será el precio, asignándose a la oferta más barata la máxima puntuación, y a la que iguale el precio de licitación se le otorgarán 0 puntos*; debiendo observarse, pues, que la mera inclusión del precio como criterio de adjudicación obliga a dotarle de un cierto valor o contenido, lo que entraría en conflicto con la interpretación sostenida por la recurrente relativa a la imposibilidad de modificar los precios ofertados en la primera fase. Puesto que en tal escenario, desde un criterio lógico de interpretación, resultaría superflua la inclusión del precio como criterio de adjudicación, o cuando menos carecería de valor como instrumento de ponderación de las ofertas por tratarse de un factor previamente conocido por los licitadores participantes. A mayor abundamiento el punto 15 del Protocolo añade que: *“El presupuesto máximo de licitación para 100.000 dosis es de 710.000 euros (IVA excluido) (...)”*, debiendo hacerse notar como, de nuevo, la referencia constante es a precios máximos y no definitivos.

Por último, para apuntalar las razones por las que este Tribunal considera que la oferta seleccionada no ha incurrido en vulneración del pliego del que trae causa, cabe hacer notar que si bien es cierto que el punto 4.2.c) sobre procedimiento de contratación del citado pliego establece que: *“En los criterios de adjudicación se contemplará siempre el precio y será el establecido en el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco. Adicionalmente, podrán tenerse en cuenta otros criterios previstos en el ANEXO VI, eligiendo uno o varios de dichos criterios, cuya ponderación será la que considere cada órgano de contratación”*, no es posible extraer de su lectura la conclusión pretendida por la recurrente, dado que atendiendo a su ubicación sistemática el punto transcrito se ubica dentro del punto cuarto relativo a los contratos derivados del acuerdo marco, y porque remite a los criterios previstos en el ANEXO VI sobre otros criterios de adjudicación de los contratos derivados, siendo el primero de los criterios objetivos a considerar en la adjudicación precisamente el del precio.

Quinto. En relación con el motivo segundo formulado por la empresa recurrente, relativo a la consideración del pliego como ley entre las partes, este Tribunal no tiene ninguna



objeción que formular al respecto, sin perjuicio de no compartir la interpretación sostenida por aquélla como se ha explicado en el fundamento de derecho anterior.

En relación con el motivo tercero en el que se denuncia presunta vulneración de los principios informadores del procedimiento de selección de los contratistas al no haberse excluido la oferta de la empresa adjudicataria, hemos de señalar que dicha adjudicación no sólo trae casusa del contenido de los pliegos de este acuerdo marco y del protocolo correspondiente al Lote 12 ahora controvertido, sino que dicha adjudicación se apoya, a su vez, en las consideraciones contenidas en el informe de fiscalización número 038139 correspondiente al reparo formulado por la Intervención Delegada de la Consejería de Salud de la Región de Murcia en el que se entiende que, en efecto, el Acuerdo Marco habla siempre de “precios máximos”, no siendo posible entender, dado que en los protocolos que rigen la contratación de cada uno de los lotes se tiene en consideración como elemento de ponderación el precio, que el precio del Convenio Marco no sea negociable. Interpretación que resulta coincidente con lo expuesto en el fundamento de derecho anterior.

A mayor abundamiento, la improcedencia de la exclusión de la oferta por la sola razón de ofertar un precio inferior en el contrato derivado resulta conforme, a su vez, con el criterio expuesto en el reparo formulado por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Murcia de fecha de 19 de julio de 2017, en el que se analiza la redacción de la cláusula 11 relativa a la valoración del criterio precio del Protocolo elaborado para el Lote 1 con el siguiente tenor literal: *“Precio. A la oferta que iguale el precio unitario máximo del Acuerdo Marco se le otorgarán 0 puntos y a la oferta que más hubiera rebajado el mismo se le asignará la máxima puntuación. En caso de existir más de una oferta que hubiera rebajado dicho precio, la puntuación se obtendrá mediante una proporción inversa. Quedarán excluidos de la negociación los licitadores que rebajen el precio en la contratación derivada”*. A juicio de dicho centro fiscal: *“La interpretación sistemática y conjunta de las cláusulas indicadas llevan a considerar inadecuada la introducción de la precisión referida al precio en el apartado 11 del Protocolo en cuanto a la exclusión de los licitadores que formulen baja respecto de los precios que ofertaron en el momento de la formulación del acuerdo marco”*. Conclusión a la que se llega con base en la Resolución



de este mismo Tribunal número 416/2015, de la que es posible extraer que en determinadas circunstancias es posible que se opere una “congelación” de los precios del acuerdo marco. Si bien, para que tal escenario se produzca es preciso que la redacción de los pliegos del acuerdo marco y de los correspondientes protocolos haga referencia a la fijación de precios o precios unitarios, de modo que sea posible extraer de su lectura que los precios que se oferten en la primera fase sean definitivos para cada contrato derivado. Algo que, tal y como se desprende de lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de esta Resolución no resulta de los pliegos objeto de este recurso, en los que se aprecia una referencia constante a la fijación de precios máximos.

Sexto. Dada la manifiesta falta de fundamento del recurso interpuesto, a lo que se une la existencia de resoluciones precedentes de este Tribunal, no resulta pertinente ni necesaria la práctica del medio de prueba solicitado consistente en emitir requerimiento a la Subdirección General de Programación y Gestión Económico-Financiera del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

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.I.A.J. en representación de MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, contra la Resolución de adjudicación del expediente número 8/2017 (L 12) de fecha de 20 de julio de 2017, dictada por la Secretaría General de la consejería de Salud de la Región de Murcia, en el expediente para la contratación derivada del *“Acuerdo Marco para el suministro de vacunas de calendario a la Comunidad Autónoma de la región de Murcia para los años 2017 a 2019, lote 12 vacuna triple vírica”*, por carecer manifiestamente de fundamento.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por Resolución de 1 de septiembre de 2017 al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 TRLCSP, según lo establecido en el artículo 47.4 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 Región de Murcia, 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.