



Recurso nº 767/2022

Resolución nº 890/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. C. G. , en representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el lote 7 decretada en el procedimiento de contratación AM 2021/064 que tiene por objeto el *“Suministro respetuoso con el medio ambiente de medicamentos biológicos con biosimilares, para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración General del Estado”*, llevado a cabo por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (en adelante, INGESA); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Desde la aprobación de la Orden SSI/1075/2014, de 16 de junio, de declaración de medicamentos como bienes de contratación centralizada, se han venido formalizando distintos Acuerdos Marco para la compra centralizada de medicamentos, donde se han materializado las acciones conjuntas de la Administración General del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas que han ido participando en los mismos.

En el año 2021, surgió la necesidad de llevar a cabo un nuevo Acuerdo Marco para la adquisición de diversos principios activos, que se rige por la Orden SND/682/2021, de 29 de junio, de declaración de medicamentos, productos y servicios sanitarios como bienes de contratación centralizada, que sustituye a la Orden anterior.



Segundo. La contratación se efectúa a través del mecanismo previsto en el apartado 1 de la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), mediante la adopción de un Acuerdo Marco centralizado. La adjudicación del Acuerdo Marco se llevará a cabo mediante procedimiento abierto de conformidad con el artículo 156 del precitado texto legal.

El plazo de duración es de 24 meses con posibilidad de prórroga por 12 meses más. El importe de las posibles adquisiciones de estos medicamentos en el plazo de duración inicial del Acuerdo Marco es de 243.634.504,14 € (IVA excluido), y el valor estimado de 370.763.164,25 €, teniendo en cuenta la eventual prórroga de 12 meses.

Tercero. El cálculo del número estimado de unidades recogido en los pliegos rectores del Acuerdo Marco, se configura mediante la adición de las unidades que cada servicio de salud comunica al INGESA que prevé adquirir en función de sus previsiones en cuanto a número de casos y número de pacientes a tratar (debe tenerse en cuenta que todo este expediente se materializa mediante el consenso y la concurrencia de información de todas y cada una de las Administraciones adheridas), pudiendo variar el volumen de una anualidad a otra conforme a las previsiones y necesidades transmitidas por los citados servicios de salud adheridos.

Cuarto. Contra los pliegos rectores del presente Acuerdo Marco se interpuso el recurso especial nº 64/2022 que fue desestimado por este Tribunal mediante la Resolución nº 258/2022, de 24 de febrero.

Quinto. Con fechas 14 y 18 de enero de 2022, han sido interpuestos otros cuatro recursos contra idéntica actuación, a los cuales —en atención a su orden de llegada y a su estado de tramitación—les fueron asignados los números 66, 75, 77 y 79/2022, respectivamente.

Sexto. Repuestas las actuaciones y enviados los pliegos a la Plataforma de Contratación del Sector Público para abrir la licitación por procedimiento abierto del Acuerdo Marco con fecha 28 de marzo de 2022, la representación de MERCK, S.L.U., presentó el día 20 de abril de 2022 en sede electrónica recurso especial contra los pliegos y en lo tocante a



la configuración del lote 6 “Somatotropina”. Este recurso se ha seguido en este Tribunal con el nº 482/2022, que lo ha inadmitido mediante la Resolución nº 797/2022.

Séptimo. Reanudada la licitación, la mesa de contratación del INGESA se reunió con fecha 3 de mayo de 2022 a los efectos de analizar los sobres A correspondientes a la documentación administrativa de las licitadoras concurrentes y al lote 7 (ahora en cuestión) se presentaron las siguientes:

- ACCORD HEALTHACARE, S.L.U.;
- AMGEN, S.A.;
- PFIZER, S.L.U.; y,
- SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A.

Octavo. Reunida de nuevo la mesa de contratación el 13 de mayo de 2022, acordó la apertura de los sobres o archivos electrónicos B correspondientes a las ofertas técnicas y acordó su traslado a la Unidad de Aprovisionamiento del SNS para su evaluación.

Noveno. El 20 de mayo de 2022 convocada la mesa de contratación del INGESA y procediendo a la lectura de las puntuaciones de los criterios técnicos, acordó la apertura de los sobres C que contenían la oferta económica. Y en relación con el lote 7, el acta levantada literalmente expresa cuanto sigue:

«Por otro lado, la Mesa decide excluir a las empresas y en los lotes indicados, por los motivos que se detallan a continuación:

“ACCORD HEALTHACARE, S.L.U.: excluida del lote 7 por haber presentado 2 precios distintos incumpliendo con ello lo dispuesto en la cláusula 9.4.3 del PCAP que establece: “El precio a ofertar para cada lote deberá ser por unidad de dosificación, y éste deberá ser único, teniendo en cuenta la proporcionalidad de esta unidad de dosificación en las diferentes presentaciones ofertadas en un mismo lote”.

Así como en el modelo de oferta económica (Anexo III del PCAP) donde se indica:



“El precio unitario ofertado será único para cada lote, sin que, en ningún caso, se puedan ofrecer variantes a dicho precio en función del número de unidades ofertado”».

Décimo. Frente a la exclusión de la oferta decretada por la mesa, la representación de ACCORD HEALTHACARE, S.L.U., presenta en sede electrónica el día 14 de junio del presente, el recurso especial en materia de contratación instando la anulación de la exclusión y que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiéndoles continuar en el procedimiento.

Undécimo. En este recurso se ha dado cumplimiento a todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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 de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, concediendo un plazo común de cinco días para que las empresas concurrentes al acuerdo marco pudieran presentar alegaciones. Ha comparecido en dicho trámite de audiencia la empresa SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. quien, de conformidad con lo previsto en el artículo 56.3 de la LCSP, mediante escrito presentado el 24 de junio de 2022, solicita la desestimación del recurso.

Duodécimo. El 22 de junio de 2022 la Secretaria General del Tribunal –por delegación de éste– ha dictado Resolución concediendo la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con el lote 7, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.



Segundo. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, el mismo deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, conforme se dispone en el artículo 50.1.c) de la LCSP, de acuerdo con el artículo 44 del mismo texto legal.

En este caso consta que el acto de exclusión fue decretado por la mesa de contratación el día 20 de mayo, publicado en la Plataforma el 24 de mayo y el recurso se presentó en sede electrónica el 14 de junio del presente por lo que se considera que se ha interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

Tercero. En el presente caso se interpone este recurso especial contra la exclusión de la oferta económica en el lote 7, siendo esta una actuación de trámite cualificada ex artículo 44.2 letra «b) *Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149*».

Asimismo, se trata de un acuerdo marco con un valor estimado de 370.763,164,25 euros, esto es, se trata de un procedimiento sujeto a regulación armonizada y con un importe superior a los 100.000 euros que se exigen en el artículo 44 de la LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de suministro, regla también aplicable para los acuerdos marco, como es el caso, por lo que el recurso resulta admisible.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto por una persona física, representante de una persona jurídica, que ha sido licitadora en el presente acuerdo marco, cuyos derechos o intereses legítimos se ven directamente afectados o puedan resultar afectados por la Resolución que impugna, por lo tanto, «*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» (artículo 48 de la LCSP), contando así con la legitimación suficiente para interponer el presente recurso.

Quinto. Solicita el representante de la recurrente que se anule el acuerdo de exclusión de su oferta y se ordene la retroacción de actuaciones al momento de la valoración de las ofertas económicas, entrando también su oferta en esta fase a los efectos de obtener el orden de prelación que le corresponda de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 de la LCSP.

Entiende ACCORD HEALTHCARE, S.L., que su exclusión no es conforme a Derecho y que la actuación de la mesa de contratación al decretar la expulsión de su oferta económica del procedimiento de licitación ha vulnerado el principio de confianza legítima e incurre en una patente arbitrariedad en la adopción de esta decisión.

Toda su argumentación se centra en que su oferta económica no incumple los pliegos y así expone cuanto sigue:

«A la vista de lo anterior, habida cuenta de que los productos ofertados por ACCORD HEALTHCARE son dos productos distintos, y que la cláusula 9.4.3 del PCAP rectificado debe entenderse aplicable únicamente a distintas presentaciones de un mismo producto, la oferta de esta empresa no ha incurrido en ningún incumplimiento del PCAP rectificado.

Como se ha visto, no puede exigirse, respecto a estos dos productos, que se oferte un mismo precio por miligramo, puesto que ello no permitiría tener en cuenta el mayor coste de producción del autoinyector, en contra de lo que preceptúa la LCSP.

Por tanto, la oferta de esta empresa no incurre en ningún incumplimiento del PCAP rectificado, al no serle aplicable la obligación impuesta por la cláusula 9.4.3».

Reitera que no son precios distintos para un mismo producto, sino que se tratan de dos presentaciones distintas autorizadas por la AEMPS e insiste en la oscuridad de los



pliegos, para lo cual solicitó consulta en el que se respondía que se podía ofertar un precio por cada presentación o producto incluido en cada lote.

Prueba de ello fue la propia rectificación de los pliegos y, de esta forma, la defensa de la impugnante expone que:

«Pues bien, este PCAP rectificado añadió un nuevo párrafo final a la cláusula 9.4.3, que dispone lo siguiente:

“El precio a ofertar para cada lote deberá ser por unidad de dosificación, y éste deberá ser único, teniendo en cuenta la proporcionalidad de esta unidad de dosificación en las diferentes presentaciones ofertadas en un mismo lote”.

Por tanto, en este PCAP rectificado se estableció, por primera vez y en contra de lo indicado anteriormente por el órgano de contratación, que el precio a ofertar en cada lote debía ser único, por unidad de dosificación, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de esta unidad de dosificación en las diferentes presentaciones ofertadas en un mismo lote.

Es decir que, de acuerdo con esta cláusula, en el Lote 7 se debía ofertar un único precio por miligramo, que se aplicaría de forma proporcional en las distintas presentaciones de un mismo medicamento, en función de los miligramos de principio activo que contuviera cada presentación”».

Por otro lado, en contra de dicha oscuridad y falta de transparencia por parte de la recurrente se afirma que:

«La modificación de la cláusula 9.4.3 del PCAP inicial no fue advertida ni señalada en los dos anuncios de licitación rectificados, ni en el Documento de Pliegos rectificados. En estos documentos, las modificaciones realizadas respecto al PCAP inicial se hallaban sombreadas en amarillo. No obstante, la modificación de la cláusula 9.4.3 del PCAP no se menciona ni se destaca de ninguna forma.



El propio PCAP rectificado, donde las cláusulas modificadas respecto al anterior aparecen subrayadas en rojo, tampoco señala el último párrafo de la cláusula 9.4.3 como cláusula de nueva introducción.

Y esta modificación tampoco aparece en la sección final de los anuncios de licitación y del Documento de Pliegos rectificados, donde se resumían las modificaciones realizadas. Así, por ejemplo, esta sección final del Documento de Pliegos rectificados tiene el siguiente contenido: (...)».

Y continúa:

«En estas circunstancias, era sumamente difícil para los licitadores -por no decir imposible- detectar que en el PCAP rectificado se había modificado la forma de ofertar el precio en el caso de presentaciones distintas, puesto que no se les señaló ni se les advirtió de ninguna forma.

Por tanto, es plenamente razonable que los licitadores interpretaran que seguía vigente la forma de ofertar el precio del PCAP inicial, de acuerdo además con las aclaraciones del órgano de contratación que seguían publicadas en el perfil de la licitación de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

(...)

Es evidente, pues, que la obligación de ofertar un precio único por lote no puede considerarse claramente establecida en la documentación contractual, como una obligación comprensible e interpretable de forma igual por todos los licitadores, que no genere equívocos».

Al contrario, esta sociedad ha cumplido estrictamente con el PPT, ofertando todos los productos que tenía comercializados por el principio activo a la fecha de la licitación.

De esta forma y con cita de varias resoluciones judiciales la defensa de la recurrente considera que, es indiscutible la existencia de una patente vulneración del principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado cuando se basa en signos



externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzca razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, amén de considerar que tras haber formulado su oferta de acuerdo con lo contestado por el órgano de contratación, resultando la exclusión de una causa imputable a la oscuridad en la redacción de los pliegos, por lo que, ahora su exclusión resulta manifiestamente arbitraria.

Sexto. En contra de lo expresado por la recurrente, el órgano de contratación en el informe elevado a este Tribunal firmado por la Directora del INGESA el día 25 de junio de 2022 suplica la desestimación del recurso y, por lo tanto, la confirmación de la exclusión de la oferta de ACCORD HEALTHCARE, S.L., para el lote 7.

Los argumentos del poder adjudicador se fundan en el carácter vinculante de los pliegos y en la inexistencia de oscuridad en los pliegos y así expresa:

«Debe hacerse hincapié en la propia ficha técnica del producto, donde se indica textualmente FICHA TÉCNICA O RESUMEN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO, término “producto” en singular, y no “productos” como indica el recurrente, al alegar que ha ofertado en el lote 7 dos productos distintos. En esta ficha técnica o resumen de las características del producto se encuentran incluidos los dos códigos nacionales ofertados del medicamento PELGRAZ, el CN 727276.2 PELGRAZ 6 MG SOLUCION INYECTABLE EN INYECTOR PRECARGADO, y el CN 723691.7 PELGRAZ 6 MG SOLUCION INYECTABLE EN JERINGA PRECARGADA, dos presentaciones diferentes de un mismo producto.

Por lo ya analizado, queda justificado que el recurrente, en el lote 7 ha incluido un producto, con dos presentaciones diferentes del medicamento PEGFILGRASTIM, presentaciones que tienen la misma ficha técnica, documento imprescindible para su autorización de comercialización, que cuentan con la misma composición cualitativa y cuantitativa pero que difieren en la forma farmacéutica para su administración parenteral».

Tras la transcripción literal de esta cláusula y del Anexo III consistente en el modelo ofrecido en los pliegos del Acuerdo Marco para la presentación de la oferta económica, el



INGESA entiende que la forma de cumplimentar la oferta por parte de ACCORD HEALTHCARE, S.L., es contraria a los pliegos que son los que han de prevalecer y, así, expone que:

«El precio a ofertar para cada lote deberá ser por unidad de dosificación, y éste deberá ser único, teniendo en cuenta la proporcionalidad de esta unidad de dosificación en las diferentes presentaciones ofertadas en un mismo lote.

El texto resaltado en negrita por este órgano de contratación, a efectos de clarificar lo expresado, demuestra que las preguntas formuladas por el laboratorio ya tienen su respuesta en el propio pliego.

Asimismo, el Anexo III del PCAP, modelo de oferta económica, recoge igualmente la necesidad de ofertar un único precio:

“El precio unitario ofertado será único para cada lote sin que, en ningún caso, se puedan ofrecer variantes a dicho precio en función del número de unidades ofertadas.”

El licitador ha incurrido en un error, ha dado dos precios distintos para un mismo lote, y eso ha llevado a la mesa de contratación a decidir su exclusión por contravenir el requisito necesario de un precio único por lote.

Por último, destacar que el propio pliego, en su cláusula 1.3, señala que “En caso de discordancia entre el presente pliego y cualquiera del resto de los documentos contractuales, prevalecerá el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se contienen los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato”».

Por todo ello, el órgano de contratación insta la desestimación del recurso pues a su juicio, no existen infracciones del ordenamiento que puedan dar lugar a la anulación de la decisión de la mesa de contratación de excluir a la empresa recurrente.

Séptimo. La discrepancia entre las partes está servida, pues mientras que la impugnante considera que la formalización de su oferta económica ha tenido en cuenta las respuestas dadas por el órgano de contratación en la fase de consultas hechas a través



de la Plataforma de Contratación del Sector Público, el INGESA considera que se han presentado dos ofertas por el mismo producto y que tal y como ha sido entendida por la empresa excluida implica una contravención de las reglas fijadas en los pliegos del Acuerdo Marco.

Se ha de partir de la cláusula 9.4.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) del Acuerdo Marco que, preceptúa con carácter vinculante, tal y como sostiene el informe del órgano de contratación que:

«9.4.3. Sobre C: Oferta Económica

Este sobre contendrá, exclusivamente, la proposición firmada y redactada según el modelo que se adjunta como ANEXO III y ANEXO IV de este pliego.

La proposición económica estará firmada electrónicamente por quien tenga capacidad para formular la proposición. A estos efectos, la proposición presentada por una Unión Temporal de Empresas deberá estar firmada por los representantes de cada una de las empresas integrantes de la misma. No se aceptarán aquellas que contengan omisiones o errores que impidan conocer claramente su contenido.

El precio unitario ofertado se expresará con un máximo de cuatro decimales, incorporándose como partida independiente, el importe correspondiente al IVA (sin perjuicio de que a la hora de realizar los suministros a través de los contratos basados les sea de aplicación el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación –IPSI– según el ámbito territorial donde se deba realizar la entrega), y en el precio ofertado se incluirán toda clase de gastos derivados del contrato.

El precio a ofertar para cada lote deberá ser por unidad de dosificación, y éste deberá ser único, teniendo en cuenta la proporcionalidad de esta unidad de dosificación en las diferentes presentaciones ofertadas en un mismo lote».

El tenor literal expresa que el precio a ofertar para cada lote debe ser por unidad de dosificación, y que ha de ser único y del mismo modo, se contempla en el Anexo III del PCAP con el siguiente tenor:



«El precio del contrato se formulará en términos de precios unitarios, con un máximo de cuatro decimales. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración o impuesto equivalente.

El precio unitario ofertado será único para cada lote sin que, en ningún caso, se puedan ofrecer variantes a dicho precio en función del número de unidades ofertadas».

Cabe recordar, a este respecto, que el pliego –hasta en cinco ocasiones– alude a la prohibición de ofrecer variantes en los precios de los productos a suministrar.

De la interpretación literal y sistemática de la cláusula transcrita y del Anexo III del pliego, se infiere así que el precio unitario para cada lote ha de ser único y que no se admiten variantes en función de del número de unidades ofertadas.

Ante las eventuales dudas interpretativas que produzcan los pliegos, destaca el artículo 138 de la LCSP que, en sede de “información a interesados” dispone cuanto sigue en su párrafo 3º in fine:

«3. Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en



el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación».

La cláusula 7.2.2. del PCAP es la que viene a regular la cuestión de las consultas y, en ella, no se establece el carácter vinculante de las contestaciones a las mismas.

Según consta en el expediente y así obra en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la mercantil actora formuló una consulta, cuyo tenor literal –junto con el de su contestación– fue el siguiente:

«Usuario que pregunta accordhealthcare

Actualización 17-01-2022 15:12

PREGUNTA:

En el caso de disponer de dos formas diferentes de administración para un mismo medicamento y teniendo en cuenta que el coste entre ambas es diferente ¿es posible ofertar las presentaciones de forma individual dentro del mismo lote?

En caso negativo, sería excluyente no presentar alguna de las presentaciones disponibles?

RESPUESTA:

Deben ofertar de modo individualizado cada una de las presentaciones del lote correspondiente».

Pese a que fue el órgano de contratación el que pudo inducir a la mercantil excluida a formalizar su oferta diferenciando dos presentaciones distintas según sea en inyector precargado o en jeringa precargada, cabe oponer la claridad y rotundidad del tenor literal del pliego en cuanto al carácter unitario de los precios ofrecidos por lote y a la prohibición de ofrecer variantes, a lo que hay que añadir la naturaleza no vinculante de las contestaciones a las consultas planteadas.

Por esta razón, al igual que en el caso analizado en el recurso 703/2022 interpuesto frente al mismo Acuerdo Marco y que ha dado lugar a la Resolución 879/2022, de 14 de julio, de este Tribunal, no puede operar el principio de confianza legítima que invoca la parte actora: de acogerse su pretensión ello entrañaría ir contra la regulación contenida en los pliegos —que, como es bien sabido, constituyen la *lex contractus*—, y aquel principio halla uno de sus límites en que su aplicación —en todo caso— ha de ser conforme a Derecho y nunca *contra legem*. Como tuvo ocasión de afirmar el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de febrero de 1999 (rec. nº 5475/1995): «*Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Alto considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes `venire contra factum proprium´. Ahora bien, este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma (...)*».

Por consiguiente, tal y como sucede en dicha Resolución 879/2022, ha de estarse a la tesis del órgano de contratación —y no a la de la recurrente— en el sentido de que no podía quedar vinculado por la última respuesta dada a ésta sobre que el precio ofrecido, para cada lote, podía ser distinto cuando tal afirmación contraviene —clara y directamente— los pliegos que, por otro lado, privaban de fuerza vinculante a tal contestación, lo que no quita ni es excusa para que el citado órgano hubiera tratado de enmendar su error a la mayor brevedad pues ello bien podría haber evitado, entre otras cuestiones, la interposición de recurso por tal motivo. Y por último, según recién se ha expuesto, el principio de confianza legítima no puede amparar una pretensión contraria a la reglas de la licitación.



En el Anexo V del PCAP se especifica el precio unitario para los productos del lote 7 de la siguiente forma:

7	PEGFILGRASTIM CPV. 33652000-5 - CPA.21.20.1	Miligramos (mg)	122.700,00	20,8300	2.555.841,00 €
----------	---	-----------------	------------	---------	----------------

ACCORD HEALTHCARE ofertó en el lote 7, con los siguientes precios por los dos medicamentos que tiene comercializados:

- “Pelgraz 6 mg solución inyectable en inyector precargado”: 6,83 € (IVA excluido).
- “Pelgraz 6 mg solución inyectable en jeringa precargada”: 6,31 € (IVA excluido).

Si bien, no distingue la forma de presentación de tal principio activo, hemos de acudir a la cláusula 2.3 del PPT, que dispone:

«En cada uno de los lotes se incluyen todas las presentaciones efectivamente comercializadas del medicamento, así como las que se comercialicen de forma efectiva durante la vigencia del Acuerdo Marco, para la vía de administración y en la unidad de dosificación, que se relaciona a continuación: (...)».

El cuadro que incluye seguidamente el PPT indica, para cada lote, el principio activo del medicamento, la vía de administración y la unidad de dosificación que corresponde. En el caso del Lote 7, la información de dicho cuadro es la siguiente:

«Lote 7	PEGFILGRASTIM	Parenteral	Miligramos (mg)»
---------	---------------	------------	------------------

Por tanto, en el Lote 7 se incluyen todas las presentaciones del principio activo Pegfilgrastim, que se administren por vía parenteral, debiendo considerarse su unidad de dosificación en miligramos.

Ahora bien, el propio escrito de recurso incurre en contradicción cuando parte de la tesis de que su oferta incluye dos presentaciones del mismo medicamento –tal y como se

desprende de la consulta que formuló al órgano de contratación, antes transcrita, y que reproduce asimismo en aquél—, y termina afirmando que se trata no ya de dos presentaciones sino de dos productos distintos; en consonancia con ello, dicho órgano matiza que: *«(...) el recurrente, en el lote 7 ha incluido un producto, con dos presentaciones diferentes del medicamento PEGFILGRASTIM, presentaciones que tienen la misma ficha técnica, documento imprescindible para su autorización de comercialización, que cuentan con la misma composición cualitativa y cuantitativa pero que difieren en la forma farmacéutica para su administración parenteral»*. Y prosigue: *«(...) El lote 7, tal y como queda definido en el objeto del contrato, incluye los medicamentos que contengan PEGFILGRASTIM, y cuya vía de administración sea parenteral. El medicamento PEGFILGRASTIM contenido en las dos presentaciones de PELGRAZ, puede administrarse por vía parenteral, bien mediante un inyector precargado o bien mediante una jeringa precargada, formas farmacéuticas que, al formar parte del medicamento, quedan incluidas en la definición del objeto del contrato»*.

A este respecto, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, al regular el rechazo de proposiciones expresamente dispone que *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición»*, y este Tribunal, considera que en el presente supuesto concurren las circunstancias reglamentariamente previstas para rechazar la oferta presentada por la recurrente al recoger dos precios distintos para el lote en cuestión cuando el pliego exige un precio unitario.

Y no obsta tal conclusión la quiebra del principio de transparencia que invoca la parte actora pues, con la presentación de su proposición, ha venido a admitir no sólo que conoce sino que, además, acepta las reglas que rigen la presente licitación por muchos avatares que haya sufrido ésta; entre las que se encuentran las que establecen el



carácter unitario de los precios ofrecidos por lote, así como la prohibición de ofrecer variantes, ya comentadas. De ahí que el argumento de que era `sumamente difícil` conocer el cambio habido en el modo de ofrecer el precio no se sostiene, como tampoco su conclusión de que *«la obligación de ofertar un precio único por lote no puede considerarse claramente establecida en la documentación contractual»*, cuando la literalidad del PCAP no ofrece dudas ni lagunas al respecto.

En virtud de lo expuesto, no puede acogerse el recurso que debe ser desestimado.

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. C. G. , en representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el lote 7 decretada en el procedimiento de contratación AM 2021/064 que tiene por objeto el *“Suministro respetuoso con el medio ambiente de medicamentos biológicos con biosimilares, para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración General del Estado”*, llevado a cabo por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (en adelante, INGESA).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación en relación con el lote 7, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el art. 58 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 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.