TESERA
DE HOSPITALIDAD

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO ESPECIAL CONTRA EL AM 2014/00155 CONVOCADO POR EL SESCAM PARA EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS PARA SUS CENTROS DEPENDIENTES.

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

ÍNDICE

1.- ANTECEDENTES DE HECHO.

2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

3.- CONCLUSIONES.

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

1.- ANTECEDENTES DE HECHO.

El expediente mencionado, *para la contratación del acuerdo marco para el suministro de medicamentos destinados a los centros dependientes del SESCAM*, fue aprobado por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el **9 de diciembre de 2014** (Expediente A.M. 2014/01055). Dicho acuerdo se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de febrero de 2015.

El valor estimado de las adquisiciones durante la vigencia del acuerdo marco ascendía a 118.569.417,64 €, IVA excluido, para la suma del contrato principal, eventuales prórrogas y modificaciones previstas en el contrato. El 16 de marzo de 2015 se presentaron por parte de la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA** (**FARMAFLUID**), **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** y por **BBRAUN MEDICAL, S.A.** recursos especiales en materia de contratación contra la licitación y contra los pliegos que rigen el acuerdo marco de referencia.

Los recursos se fundamentaban esencialmente en las siguientes argumentaciones: la asignación de precios unitarios por producto no se correspondía con la realidad del mercado; el criterio de adjudicación relativo a la “bonificación sin cargo en productos de características similares” resultaba excesivamente indeterminado; la existencia de una alarmante falta de información sobre el tipo de productos a suministrar, con lo que resulta imposible para los licitadores realizar una estimación de los costes del contrato; y finalmente la improcedencia de la cláusula de modificación o resolución del Acuerdo Marco en caso de convocatoria de uno nuevo por el Ministerio de Salud.

El resultado final es la resolución conjunta de los mismos por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales [Resolución 365/2015, de 24 de abril] estimando parcialmente los mismos y anulando parte de los pliegos.

Dicha resolución constituye el objeto de este Informe.

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Procedemos a realizar un análisis individualizado de los argumentos planteados por los recurrentes, así como de la argumentación que realiza el Tribunal para estimar o desestimar cada uno de ellos.

2.1. El precio unitario asignado a algunos lotes no se corresponde con la realidad del mercado.

A) Fundamentación de la recurrente:

Este argumento es sostenido por los tres recurrentes, si bien con ligeras diferencias entre ellos que desde luego no impiden realizar un análisis conjunto del mismo. Por un lado, **FARMAFLUID** alega que el precio asignado al lote nº 14 (aminoácidos) no responde a la realidad del mercado, ya que los precios varían enormemente en función de la presentación del medicamento. Alegan también que la fijación del precio unitario no respeta la obligación establecida en el artículo 89 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), sobre la procedencia y límites de la revisión de precios en los contratos.

Por su parte, **FRESENIUS KABI, S.A.U.**, además de reproducir las alegaciones de **FARMAFLUID** sobre el lote nº 14, arguye que los precios máximos establecidos están muy alejados de los precios de mercado, los cuales ya dejan escaso margen de beneficio a las empresas del sector. Por último, **BBRAUN MEDICAL, S.A.** expone unas alegaciones idénticas a las de **FARMAFLUID**, si bien las extiende además a los lotes nº 15, 35, 36, 43, 59, 80 y 89.

B) Fundamentación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El Tribunal comienza haciendo referencia a la obligación contenida en los artículos 87 y 88 del TRLCSP, sobre la necesaria fijación del valor estimado y

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

el presupuesto de licitación del acuerdo marco, en aras de garantizar que los licitadores puedan efectuar sus ofertas en igualdad de condiciones, respetando así los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia y no discriminación. Para ello, el Tribunal hace referencia a una resolución suya anterior, la número 56/2015, sobre la forma en que deben fijarse los precios máximos de licitación en los pliegos.

Sostiene el Tribunal que únicamente **BBRAUN** discute la adecuación del precio al mercado por considerar que los precios fijados en el Pliego resultan excesivamente bajos, no aportando ninguna prueba que sostenga tal alegación. Es por ello que el Tribunal se alinea con las alegaciones vertidas por el órgano de contratación en su informe, según el cual, la fijación de los precios sí se corresponde con la realidad del mercado. Más aún: los mismos se corresponden con los que en la actualidad están establecidos por dos de los tres recurrentes.

Es por ello que el Tribunal opta por desestimar esta alegación, instando a cada licitador a realizar el cálculo de los costes que le supone la presentación de cada medicamento que comercializa, para así valorar como mejor le convenga si acude o no a la licitación. El Tribunal también entra a pronunciarse sobre la otra alegación realizada por **FARMAFLUID** en este punto, relativa al desconocimiento por parte de los licitadores de qué tipo de presentación se va a solicitar en cada caso. Entiende la recurrente que, al estar obligados los licitadores a concurrir a todos los contratos derivados del Acuerdo Marco, resulta imposible realizar el cálculo estimatorio correspondiente sin esa información.

Sobre este apartado, el Tribunal sí opta por conceder parte de razón a **FARMAFLUID** al entender como necesario que los licitadores puedan conocer cuáles son los tipos de productos que van a ser exigidos, máxime cuando a posteriori ya no podrán elegir si presentarse o no a los contratos derivados, al estar obligados a ello. Ahora bien: el Tribunal entiende que éste no es motivo para anular los pliegos, estableciendo que los licitadores debieron haber hecho uso del derecho que les concede el artículo 158 del TRCLSP para obtener información complementaria, trámite que, según consta en el expediente, ningún licitador evacuó.

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

Se inadmite por tanto este fundamento.

Valoración de TeSera:

Entendemos como acertada la postura del Tribunal en este punto, siendo además consecuente con otra resolución del mismo, la nº 633/2014, la cual se expresaba en los siguientes términos:

"De hecho, en el anuncio de licitación se indicaba expresamente que los interesados podían obtener información sobre los pliegos hasta el 20 de junio de 2014. Por tanto, si el interesado tenía alguna duda o consideraba necesario solicitar alguna otra información al órgano de contratación debió haberlo hecho en el plazo señalado en la misma, en cuyo caso podría haber tenido acceso a los datos que constaban en el anexo que no fue objeto de publicación por medios electrónicos, pero que sí formaban parte del expediente tal y como consta en la documentación remitida a este Tribunal."

Al no haber hecho uso los licitadores de tal facultad, entendemos que no puede ahora exigirse la anulación de los pliegos por no haberse realizado un trámite para el que la ley les habilitaba, y que hubiera colmado cualquier laguna informativa que tuvieran.

En lo tocante a la fijación de los precios, no podemos sino considerar acertada también la postura del Tribunal si, como se desprende de la resolución, los precios ofertados son los precios de venta de dos de los tres ofertantes.

2.2. El criterio relativo a la bonificación que puedan ofertar los licitadores en productos sin cargo no resulta suficientemente determinado.

A) Fundamentación de la recurrente:

Alegan los recurrentes que, al no fijarse cuál es la cuantía máxima que será objeto de valoración, el criterio relativo a la bonificación resulta claramente indeterminado, lo que va en contra del principio de transparencia e igualdad de trato que debe regir en todas las licitaciones.

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

TESERA
DE HOSPITALIDAD

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

B) Fundamentación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Nuevamente, el Tribunal se remite al informe del órgano de contratación, del cual deduce que el criterio se refiere a la oferta de un porcentaje de descuento sobre el precio, en cuyo caso los límites están claros, pues no es posible ofrecer un descuento superior al 100%, por cuestión de pura lógica. No obstante, el Tribunal reconoce que este matiz no se expresa con claridad absoluta en el pliego, como es preceptivo según la ley.

No obstante lo anterior, el Tribunal recuerda que el Acuerdo Marco sólo establece los criterios orientativos que han de regir las posteriores licitaciones derivadas del mismo, siendo por tanto en el momento en que se convoquen dichos contratos derivados cuando deba especificarse de forma pormenorizada este criterio.

En atención a tal fundamentación, el Tribunal opta por desestimar el recurso en este punto.

Valoración de TeSera:

La fundamentación del Tribunal es previsible en este punto, y alineada con otras resoluciones del mismo como la 632/2014, o la 173/2013. Entendemos que ha de ser en la convocatoria de un contrato derivado cuando se deben especificar de forma clara los límites máximos en las bonificaciones a ofertar, bastando en este punto del proceso con que se enuncie la posibilidad de que dicho criterio se emplee en el futuro, como es el caso.

2.3. Improcedencia de la cláusula de modificación o resolución del Acuerdo Marco en caso de convocatoria de uno nuevo por el Ministerio de Salud.

A) Fundamentación de la recurrente:

Tanto **FARMAFLUID** como **BBRAUN** impugnan en sus respectivos recursos la cláusula 20.7 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que prevé la posibilidad de que por parte del órgano de contratación se decida unilateralmente la modificación del contrato o su resolución, en caso de que se concluya por el Ministerio de Sanidad un

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

Acuerdo Marco con condiciones más favorables para el SESCAM que las previstas en el actual AM 2014/01055. En concreto, el texto de dicha cláusula es el siguiente:

"*Si durante el plazo de ejecución del presente contrato se adjudicara un Acuerdo Marco por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en condiciones más ventajosas para la Administración, el Servicio de Salud de Castilla - La Mancha, podrá optar por la resolución del presente Acuerdo Marco para su adhesión al Acuerdo Marco, o acordar con el contratista idénticas condiciones económicas y técnicas a las del citado Acuerdo Marco*."

Entienden los recurrentes que dicha posibilidad constituye un supuesto de modificación o resolución unilateral de carácter exorbitante, al imponer condiciones leoninas a los licitadores, y que incumple los requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para la revisión del precio de los contratos.

Arguyen además los recurrentes que esta cláusula en realidad esconde un auténtico supuesto de revisión de precios, saltándose así las previsiones que impone al respecto el artículo 89 del TRLCSP.

B) Fundamentación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En este punto de la Resolución, el TACRC realiza un doble análisis, en atención a la doble posibilidad que contemplan los pliegos: la resolución del Acuerdo Marco, o la modificación del mismo. En lo que respecta al supuesto de resolución contractual, el artículo 223 del TRLCSP preceptúa que el órgano de contratación tiene una libertad *cuasi* infinita para fijar las causas de resolución que considere oportunas, siempre y cuando las mismas figuren expresamente reflejadas en los pliegos, circunstancia que en este caso se da sin margen de duda posible.

Ahora bien: en el supuesto que nos ocupa, la circunstancia resolutoria que daría lugar a la aplicación de esta cláusula no depende por entero de la voluntad de una de las partes, sino de un suceso cuya materialización es completamente ajena a las mismas: la convocatoria de un nuevo Acuerdo Marco por el Ministerio de Sanidad; el cual, recordemos, es un ente con personalidad jurídica propia, y ajeno al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. Y es ese motivo el que induce al Tribunal a pensar que no nos encontramos ante un supuesto de resolución unilateral del contrato, como contempla el artículo 223 del TRLCSP; todo lo contrario, estamos ante una

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

auténtica condición resolutoria, en el sentido que contemplan los artículos 1113 y 1115 de nuestro Código Civil.

Así, sostiene el Tribunal que, desde este punto de vista, la cláusula en cuestión resulta plenamente conforme a Derecho, y por tanto no procedería su anulación.

Una vez resuelto el apartado anterior, el Tribunal pasa a analizar el segundo argumento de los recurrentes, referido a la posibilidad de que la cláusula en cuestión esconda en realidad un supuesto de modificación de precios, camuflado bajo la apariencia de una cláusula de modificación contractual. Nuevamente en este punto, el Tribunal desestima dichos argumentos, al entender que nos encontramos ante un verdadero supuesto de modificación contractual regulado no en el artículo 89 del TRLCSP, sino en el 106 de dicho texto legal.

En este caso, la cláusula establece que, de convocarse un nuevo Acuerdo Marco por el Ministerio de Sanidad, al cual pueda adherirse el SESCAM, y que presentase "condiciones técnicas y económicas" más ventajosas que el AM objeto del recurso, el servicio de salud autonómico podría optar por resolver éste, o bien imponer a los adjudicatarios las condiciones más ventajosas del nuevo Acuerdo planteado por el Ministerio.

Se observa así que la cláusula no se refiere únicamente al precio, sino que también incluye las condiciones técnicas, que podrán variar con la posible entrada en vigor del nuevo Acuerdo Marco. Por ese motivo, el Tribunal opta por rechazar el criterio de los recurrentes, y accede a analizar la legalidad de la cláusula 20.1 desde la óptica de la modificación contractual.

Una vez sentada la base anterior, nos centramos en analizar el contenido de la cláusula en sí, y si la misma se adecua o no a las exigencias que impone el TRLCSP para los supuestos de modificación contractual. A este respecto, es preciso reproducir el contenido del artículo 106 del Texto Refundido, el cual se expresa en los siguientes términos:

"Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello."

El propio PCAP se remite a esta normativa, en su **cláusula 21.6**, sobre modificación del contrato:

A. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.

Se incluyen en el valor estimado del contrato, junto al contrato principal y a las eventuales prórrogas.

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que:

- En los pliegos (Cuadro Resumen) se haya advertido expresamente de esta posibilidad.

- Se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma.

- Se hayan detallado el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse.

- Se indique el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar.

- Se indique el procedimiento a seguir.

No obstante, pese a enunciarse en el PCAP los pasos que con carácter general han de seguirse para la modificación de los contratos, se observa que **en el Cuadro Resumen de Características no se han cumplido** la totalidad de las exigencias antes referidas. En concreto, no se han detallado el alcance ni los límites de las modificaciones que puedan acordase. Por tanto, se ha incumplido el requisito de determinar con claridad qué prestaciones y condiciones pueden resultar afectadas por dicha modificación, ni tampoco el porcentaje del precio al que podrían afectar las mismas.

Por tanto, en atención a dicha omisión por parte del órgano de contratación, el Tribunal opta por estimar parcialmente el recurso en este punto decretando la **anulación de este apartado** de los Pliegos.

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

Valoración de TeSera:

Desde TeSera consideramos como muy acertada la postura del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en este punto. Partiendo de la óptica seguridad jurídica, piedra angular que ha de regir todos los procedimientos de contratación pública, entendemos que la inclusión de una cláusula como la que el Tribunal anula compromete seriamente las legítimas expectativas de los licitadores, llegando en muchos casos a suponer la no concurrencia a los procedimientos de operadores económicos, lo que conculcaría el principio de concurrencia competitiva.

El Tribunal también opta de una manera muy acertada por analizar todas las posibles interpretaciones de la cláusula: primero como un supuesto de resolución contractual, luego como uno de revisión de precios, y finalmente como un supuesto de modificación del contrato, para así no dar lugar a ningún género de dudas sobre la naturaleza y viabilidad de una cláusula de este tipo, y sentando así un importante precedente en la materia que a buen seguro contentará a todos los operadores implicados en los procedimientos de compra pública.

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644

3. CONCLUSIONES.

El Tribunal opta por rechazar la mayoría de pretensiones de los recurrentes, en lo relativo a la fijación de precios unitarios y a la oferta de bonificaciones en producto, si bien acaba por dar la razón a los mismos en lo que, entendemos, era la parte más fundamental de su recurso: la anulación de la cláusula de modificación/resolución del Acuerdo Marco, en caso de convocarse otro por el Ministerio de Sanidad, más favorable a los intereses de la Administración.

Al entender que la redacción del clausulado no cumplía plenamente con las exigencias del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el Tribunal acaba por considerar que la misma no se ajusta a Derecho, y que a consecuencia de ello conculca seriamente el principio de seguridad jurídica que debe regir en todos los procedimientos de contratación pública.

No cabe duda de que esta Resolución sienta un importante precedente en el ámbito de los procedimientos de contratación pública, especialmente en lo que se refiere al uso de los Acuerdos Marco como métodos para racionalizar la adquisición de suministros, y el modo en que se conjugan las facultades de las distintas administraciones territoriales (en el caso que nos ocupa, el Servicio de Salud autonómico y el Ministerio de Sanidad, dependiente de la Administración General del Estado).

Cronos, 63. 1ª planta.
28037 Madrid
Telf.: 913 759 324
Fax: 913 759 644