



**RESOLUCIÓN 74/2016, DE 27 DE ABRIL,
DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA
COMUNIDAD DE MADRID.**

**ACTO IMPUGNADO: RESOLUCIÓN DEL
SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD POR LA
QUE SE ADJUDICAN LOS CONTRATOS
DERIVADOS DEL ACUERDO MARCO
164/2014, SUSCRITO POR EL INSTITUTO
NACIONAL DE GESTIÓN SANITARIA PARA
LA SELECCIÓN DE SUMINISTRADORES DE
MEDICAMENTOS.**

Madrid, a 14 de mayo de 2016



INDICE

- 1. Introducción.**
- 2. Controversia y fondo del asunto.**
- 3. Conclusiones.**



1. Introducción.

La Resolución que se analiza en el presente informe tiene como génesis el Acuerdo Marco suscrito por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, con número de expediente 164/2014, para la selección de suministradores de medicamentos.

El referido Acuerdo Marco se seguía por los cauces del Acuerdo Marco celebrado con varios empresario y no constando en él todos los términos de la contratación, por tanto, instituyéndose al efecto la contratación derivada para la adjudicación y formalización de los contratos basados en el Acuerdo Marco.

Así pues, el propio Acuerdo Marco determina:

1.2.2 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 de las unidades 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 los bienes, de conformidad con las bases establecidas en los pliegos del acuerdo marco y con el procedimiento establecido en el artículo 198 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El Acuerdo Marco, como no podía ser de otro modo, determinaba en su **Anexo VII** los criterios de adjudicación de los contratos derivados y, al mismo, se adherían las siguientes Comunidades Autónomas y restantes entidades:

Aragón	Castilla-La Mancha	Madrid	Navarra
Asturias	Ceuta	Melilla	Ministerio del Interior
Islas Baleares	Galicia	Murcia	
Cantabria	La Rioja	Extremadura	

Visto el marco de inicio, se destaca ya que las controversias del procedimiento se suscitan con la adjudicación de los contratos derivados por parte del Servicio Madrileño de Salud.



2. Controversia y fondo del asunto.

Con fecha 6 de octubre de 2015, el Servicio Madrileño de Salud acordó el inicio de la tramitación de contratos derivados del Acuerdo Marco 164/2014. Tras aprobar el Protocolo que vendría en regentar la contratación derivada, el mismo fue modificado por el Servicio Madrileño de Salud el 15 de octubre de 2015.

El Protocolo que, finalmente, cercaba el régimen de la contratación derivada del citado Acuerdo Marco para el Servicio Madrileño de Salud contenía la siguiente precisión:

ADJUDICACIÓN CONTRATOS DERIVADOS:

La adjudicación de cada Lote incluido en el Acuerdo Marco 164/2014 se llevará a cabo en función de la puntuación total resultante por aplicación de los criterios técnicos (Anexo II-III) y económicos (Anexo I), dándose prioridad en el pedido de cada Lote a las ofertas de aquellas empresas que hayan obtenido mayor ponderación en su valoración.

Con todo y en base al mencionado Protocolo, las empresas seleccionadas en fase de Acuerdo Marco fueron invitadas a presentar sus proposiciones para la adjudicación de los contratos derivados en el Servicio Madrileño de Salud.

Finalmente, en fecha de 29 de febrero de 2016, el Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud, dictaba la **Resolución número 61/2016**, por la que se adjudicaban los contratos derivados del Acuerdo Marco.

Será preceptivo, para atisbar los términos fundamentales de la Resolución que analizamos, destacar ciertas menciones de la Resolución de Adjudicación.

Así, destacamos en primer término la motivación que la Resolución de Adjudicación contenía y que rezaba:



Motivación de la adjudicación.- Características de la proposición de los adjudicatarios determinantes de la adjudicación a su favor:

Las empresas adjudicatarias cumplen los requisitos exigidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas y sus ofertas económicas no superan el precio de adjudicación del Acuerdo Marco.

La puntuación obtenida por las empresas adjudicatarias, es la que se refleja en el **Anexo II** a esta adjudicación, de acuerdo con el protocolo elaborado, en base a lo establecido en el apartado 4.2.1 y anexo VII del PCAP por el que se rige el Acuerdo Marco, en el que se recoge el procedimiento para la adjudicación de los contratos derivados.

Para los pedidos de cada lote se dará prioridad a las ofertas de las empresas que hayan obtenido mayor ponderación en su valoración, de acuerdo con el mencionado protocolo.

Se podrán adquirir medicamentos que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones si por motivos de seguridad o de otra índole, que queden debidamente justificados (ver **Anexo III** con los puntos señalados por la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios), así lo considere el Centro destinatario, previa autorización de la Dirección Médica.

Como ya se menciona en la motivación reseñada, la Resolución de Adjudicación contenía un **Anexo III** que se formulaba en los siguientes términos:

Motivos justificativos para la adquisición de medicamentos que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones dentro de los Contratos Derivados AM 164/2014 SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS (Lotes 2-20).

Este Anexo es la muestra de la controversia que, en su configuración, se adiciona al significativo hecho de que la Resolución de Adjudicación concretaba varios adjudicatarios para los distintos lotes a adjudicar.

Servida la controversia, la Resolución de Adjudicación fue recurrida por distintos operadores de mercado. En el presente caso y teniendo en cuenta la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid a que nos referiremos, el recurso se circunscribe a la adjudicación del lote 14 mas, al analizar la misma, nos referiremos, por premisa obligada, también al procedimiento en sí.



La recurrente, como el Tribunal trae a colación, interpone su recurso en base a las siguientes declaraciones y pretensiones:

“a) que conforme la valoración técnica que como Anexo II consta unida a Resolución de adjudicación, la oferta presentada por B. Braun Medical, S.A. al lote 14 en el procedimiento convocado por el Servicio Madrileño de Salud para la adjudicación del contrato de suministro derivado del AM 14/164, es la oferta que obtuvo la máxima puntuación y asimismo es la oferta que obtuvo la mejor puntuación valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco;

b) que en consecuencia, la oferta presentada por B. Braun Medical, S.A. al lote 14 es la oferta económicamente más ventajosa de todas las presentadas a dicho lote; y

*c) que la adjudicación del contrato derivado del AM 14/164 para el suministro del medicamento con principio activo Paracetamol (lote nº 14) **solo puede recaer en el licitador que haya presentado la mejor oferta valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco;***

Y en base a dichas declaraciones, acuerde:

d) ordenar al órgano de contratación que adjudique el contrato derivado del AM 14/164 para el suministro del medicamento con principio activo Paracetamol (lote nº 14), solamente a la empresa B. Braun Medical, S.A., concediendo a mi representada un plazo de 10 días hábiles para cumplimentar lo previsto en el apartado 2 del artículo 151, todo ello de conformidad con el artículo 47.2 del TRLCSP”.

En su contestación, el órgano de contratación, una vez apela a las prerrogativas de la Administración en los procesos de contratación pública, esgrime que **“la previsión de adjudicación a varios empresarios estaba recogida en el protocolo que se adjuntó a la invitación remitida a los adjudicatarios del acuerdo marco”**.

Asimismo, argumenta el organismo que *“ha tenido en cuenta que estos contratos derivados pueden verse afectados por la variabilidad del número de hospitales, por las características de los pacientes atendidos, por la logística de suministro (posibles*



desabastecimientos en medicamentos de gran repercusión como el caso de los citostáticos o anestésicos, a modo de ejemplo), extremos estos que implican que se puedan darse circunstancias que justifiquen la necesidad de adjudicar a más de una empresa en función de los aspectos señalados en el Anexo III de la Resolución de adjudicación que ahora se recurre. En el citado Anexo se detallan los casos por los que se podrán adquirir medicamentos a empresas que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones, siempre y cuando se den motivos de seguridad, eficiencia, gestión de residuos y otros de otra índole que así lo requieran, siempre que tal adquisición sea debidamente justificada”.

Evocando la suspensión del expediente de contratación acordada por el Tribunal, procede el mismo en su resolución haciendo una afirmación de hondo calado:

“El Tribunal consideró que el Protocolo por el que se rige el contrato derivado podría adolecer de causa de nulidad de pleno derecho en cuanto posibilita una actuación arbitraria del poder adjudicador al permitir que las peticiones de suministros puedan llevarse dando prioridad a las ofertas de aquellas empresas que hayan obtenido mayor ponderación en su valoración, lo que cabe interpretar como que posibilita también la realización de pedidos a ofertas que no hayan sido clasificadas como la más ventajosa.

Al no haberse solicitado en el escrito de recurso tal anulación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Tribunal concedió al órgano de contratación y a los interesados un plazo de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la recepción del presente escrito, para formular las alegaciones, habiéndolas presentado tanto el órgano de contratación como la recurrente en los términos que se expresarán en los fundamentos de derecho”.

Como se desprende de las menciones transcritas, el Tribunal, actuando de oficio, aprecia la posible concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho en la configuración del Protocolo y, al no haber sido las mismas esgrimidas por las partes inmiscuidas en el proceso de recurso, da audiencia a éstas para que se pronuncien al efecto.



En relación a estas cuestiones, el Tribunal se pronuncia en detalle a continuación en una Resolución que, por qué no apreciarlo, se presenta compleja en su redacción y estructura.

Entrando en el fondo del asunto, la Resolución sintetiza que, para con el lote 14 (en este caso), se entienden adjudicatarios del mismo tantas empresas como ofertas se presentaron. Por todo, la recurrente considera que este proceder trunca los parámetros del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, concretamente, en relación a la adjudicación de los contratos derivados de acuerdos marco y que la Resolución de Adjudicación debió emitirse adjudicando el lote al operador económico cuya oferta representara la oferta económicamente más ventajosa, según los criterios detallados en el Acuerdo Marco.

Una vez que la Resolución se remite al contenido de los Pliegos del Acuerdo Marco, así como al contenido del Protocolo (contenido que ya ha sido aludido en este informe), evoca la misma el contenido normativo del **artículo 198** del **TRLCSP** que pasamos a recordar en lo que ahora interesa:

4. Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.

Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará 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, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco [...].

Con esto, el Tribunal pasa ya a emitir su primera conclusión fundamental, así:

“De conformidad con dicho precepto legal, que regula el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios, el Servicio Madrileño de Salud debió, por imperativo legal, adjudicar el



contrato de suministro del principio activo Paracetamol (lote 14) al licitador (en singular) que presentó la mejor oferta”.

Así pues, queda ya delimitada como premisa elemental la confirmación de la ilicitud de optar por adjudicar contratos derivados de un Acuerdo Marco celebrado con varios empresarios y sin estar todos los términos de la contratación fijados en el Acuerdo Marco a varios empresarios.

He aquí la afirmación concisa del Tribunal:

“La ley no prevé pues la posibilidad de que el objeto de un contrato derivado sea ejecutado simultáneamente por diversos contratistas y, por consiguiente, en ausencia de previsión legal, los pliegos que rigen el acuerdo marco o el protocolo al que se atienen lo contratos derivados no pueden establecer un sistema de adjudicación que permita la adjudicación simultánea de un contrato derivado a una pluralidad de contratistas”.

Una vez establecida por el Tribunal esta conclusión, el mismo da paso a un análisis cuya incidencia es elemental en el sentido de la Resolución. Así, el Tribunal plantea el hecho de que esta posibilidad, la de que un mismo lote fuera adjudicado a más de un contratista, se encontraba ya plasmada en el Protocolo rector de la contratación derivada.

Ante esta tesitura, plantea el Tribunal dos posibles consecuencias:

- 1. “Una primera consecuencia podría ser la aplicación de lo recogido en el Protocolo, norma reguladora del procedimiento puesto que no fue objeto de impugnación y tácitamente aceptada por la presentación de ofertas. Esto conllevaría mantener la Resolución de adjudicación objeto del recurso con la pluralidad de adjudicatarios que contempla, solución contraria al PCAP del acuerdo marco y al TRLCSP.*
- 2. La otra posibilidad sería que el inciso del Protocolo “dándose prioridad en el pedido de cada lote a las ofertas de aquellas empresas que han obtenido mayor ponderación en su valoración”, incurra en un supuesto de nulidad de*



pleno derecho, siendo por tanto necesario comprobar el grado de invalidez que le puede afectar”.

Ante esta dualidad de opciones, el Tribunal se hace eco del hecho de que tanto la recurrente, como el órgano de contratación, se oponen a la declaración de nulidad del procedimiento, mas el mismo, se ha seguido truncando el precepto legal antes concretado en relación a la regulación procedimental de la adjudicación de los contratos derivados de los Acuerdos Marco.

Con todo, se determina que *“la nulidad de pleno derecho, por razón de su carácter excepcional, debe ser objeto de una interpretación restrictiva. La nulidad es una medida extrema que sólo debe apreciarse en aquellos casos de gravísimas infracciones tipificables y que tiene un ámbito circunscrito a los supuestos concretos enumerados en la noma. A la luz de dicha restricción solo cabe confirmar que el inciso del Protocolo cuestionado es nulo de pleno derecho”.*

La nulidad de pleno derecho conecta con la debida garantía que ha de darse al principio de igualdad de trato de los licitadores y es que, efectivamente, además de truncarse el procedimiento de adjudicación legalmente establecido, se prescinde de la regulación prefijada en el Acuerdo Marco en relación a la adjudicación de los contratos derivados y ello implica, por tanto, la creación *ex novo* de criterios de adjudicación.

Encaminada ya la conclusión, resta al Tribunal discernir la posibilidad de pronunciarse sobre un elemento del Protocolo que pudo ser recurrido al conocer la configuración del mismo. Esto es, ¿cabe la posibilidad de anular una disposición en fase de adjudicación que se encontraba presente con anterioridad a la presentación de ofertas?

En este punto, aunque no citado expresamente, el Tribunal rememora el principio de efecto útil de la **Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y**



determina que *“procede anular exclusivamente el inciso controvertido del Protocolo manteniendo los actos siguientes del procedimiento como es la valoración, pues se trata de actos independientes de aquella infracción, sin que la parte viciada sea de tal importancia que implique que los actos sucesivos no hubieran sido dictados. La inaplicación del inciso no debe afectar a la parte del Protocolo que no ha sido anulada. Ello no implica la transmisión de la nulidad a los actos sucesivos que deben mantenerse en aplicación de los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, relativos a la transmisibilidad y conservación de actos y trámites, que respectivamente suponen que sólo se transmiten los defectos del acto viciado cuando no sean de tal importancia que pudieran influir en su adopción y no se hubieran mantenido iguales. En este caso la valoración de acuerdo con los criterios de adjudicación no se discute ni se ve alterada, por lo que debe mantenerse. La única consecuencia es la anulación de la adjudicación múltiple”*.



3. Conclusiones.

“[...] procede la declaración de nulidad del inciso del Protocolo regulador del contrato derivado “dándose prioridad en el pedido de cada lote a las ofertas de aquellas empresas que hayan obtenido mayor ponderación en su valoración”, manteniendo la validez del resto del párrafo que establece los concretos criterios de adjudicación, y en consecuencia mantener los actos posteriores incluida la resolución de adjudicación a la oferta mejor valorada y anulando la Resolución de adjudicación solo en cuanto admite otros adjudicatarios”.

Siendo este el pronunciamiento que sintetiza la Resolución analizada, podemos plantearnos cuestiones que versen sobre aspectos tales como ¿qué ocurre con aquellos licitadores que, de buena fe, participaron en el proceso de contratación creyendo que el mismo se resolvería con varios adjudicatarios y fueron finalmente adjudicatarios de un lote en posición distinta a la primera?

¿Debemos entender que la nulidad de pleno derecho permite “transgredir” esa buena fe pues la consecuencia de la misma nunca fue lícita? Aun así, ¿qué garantía se presenta a los licitadores sobre la valoración dada a los mismos cuando las ofertas se valoraron en un marco que posibilitaba la adjudicación a varios licitadores de un mismo lote y posterior priorización?

Ante tales cuestiones solo podemos esgrimir una premisa clara, compuesta, a su vez, de dos realidades; de un lado, la nulidad de pleno derecho, percibida “a tiempo” por el Tribunal y versando sobre la ilicitud del procedimiento de adjudicación, no puede desplegar sus efectos como si la misma no mediase y, de otro lado, una cosa se presenta con obviedad: la ilicitud del Protocolo pudo y debió ser puesta de manifiesto en el momento en el que el mismo fue puesto a disposición de los licitadores, de forma que las consecuencias de la adjudicación se hubiesen mediatizado antes de constituirse. Nos encontramos ante un reflejo claro de la pertinencia de la temporalidad y de la distorsión de las soluciones ante la falta de la misma.