

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de enero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña E.Z.A., en nombre y representación de Zambon, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Acuerdo Marco, para la contratación del suministro de medicamentos anti-infecciosos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM 16/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 19 de noviembre de 2016 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 1 de diciembre de 2016 en el Boletín Oficial del Estado y el 28 de noviembre en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, sendos anuncios de contratación pública, convocando la referida licitación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado asciende a 32.882.873,76 euros.

Segundo.- Con fecha 19 de diciembre de 2016 la empresa Zambon, S.A.U. presenta recurso especial en materia de contratación, por entender que los pliegos

son contrarios a Derecho y gravemente perjudiciales a sus intereses, en el que solicita:

“i. La configuración de un lote para la adquisición de colimestato sódico presentado con nebulizador de liberación adaptada al patrón respiratorio del paciente.

ii. La anulación del punto 8 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del punto 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

iii. La anulación del punto 12 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.”

El 28 de diciembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Tercero.- Con fecha 22 de diciembre, el Tribunal acordó la suspensión desde el día previo a la fecha prevista para la apertura de ofertas hasta que se resolviera el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la publicación tuvo lugar en el DOUE el 1 de diciembre y en el Portal de Contratación Pública el 24 de noviembre, siendo interpuesto el recurso el 19 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos que regulan un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- La cláusula 1.3 del PCAP describe el lote 23 *“polimixinas: colistimetato de sodio”* como *“colistimetato de sodio 1.000.000 UI vía inhalatoria/parenteral”*. Por su parte el PPT describe este lote 23 de igual manera y en cuanto a la forma de presentación *“ampolla/bolsa/vial”*. El precio unitario máximo de licitación es de 2,8654 euros.

Alega la recurrente que la configuración del lote 23 conculca los principios de concurrencia, igualdad de trato y salvaguardia de la competencia en el procedimiento de contratación. Al efecto expone que el colistimetato de sodio, se administra en forma de inhalación para tratar infecciones respiratorias crónicas que requiere para ser administrado de un nebulizador. Este es un dispositivo utilizado para administrar soluciones o suspensiones de fármacos vía inhalatoria (como el colistimetato de sodio) a través de una mascarilla o de una boquilla, siendo el objetivo liberar una dosis determinada de un fármaco en forma de partículas respirables. Pero no todas las formas de presentación por inhalación son idénticas. Los nebulizadores presentes en el mercado operan por medio de la liberación constante del principio activo y generan el aerosol de manera continuada, tanto en inspiración como en espiración. Durante la fase espiratoria se va a perder hacia el ambiente casi un 70% del volumen de líquido a nebulizar, lo que presenta un claro perjuicio económico y un riesgo de contaminación para las personas cercanas. Explica que Zambon desarrolló un nebulizador que pretende aminorar las adversidades tradicionalmente predicadas de los nebulizadores, que contempla una forma de liberación de colistimetato de sodio que se adapta al patrón respiratorio del

paciente, esto es, se libera principio activo en función de la forma en que el paciente mismo inhale y exhale aire. Ello comporta que permite emplear la mitad de dosis de principio activo para alcanzar la dosis eficaz en el paciente y consigue una optimización de la cantidad de antibiótico necesaria, de forma que para administrar una dosis equivalente a 1 MUI con un nebulizador convencional se utiliza un vial entero de colistimetato de sodio y con el nebulizador de Zambon, se utiliza medio vial. El precio del nebulizador de esta empresa es más alto que el de las restantes casas comerciales, ya que al procesar el principio activo como se ha expuesto, la cantidad de principio activo usada es la mitad, resultando a la postre el medicamento en su conjunto -no se puede considerar el colimestato de sodio sin el nebulizador que sirve a su administración- más barato. La configuración del lote plasma un precio unitario máximo de licitación de 2,8654 euros y Zambon no puede concurrir a la licitación con el precio indicado ya que concurrir en esos términos sería tanto como vender a pérdidas.

El informe del órgano de contratación argumenta que no se limita la concurrencia puesto que bajo la denominación de “colistimetato de sodio 1.000.000 UI inyectable/inhalación pulmonar” hay al menos dos empresas que lo comercializan. El colistimetato de sodio de la empresa Zambon no cumple la definición del lote 23, por tratarse de una forma no apta para utilización parenteral. El precio de licitación establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), ha sido establecido teniendo en cuenta las presentaciones que en la Orden SSI/1305/2016, de 27 de julio, por la que se procede a la actualización en 2016 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, tienen el mínimo precio de referencia. El procedimiento adecuado para la presentación de Zambon, debería de ser un Acuerdo Marco específico para la administración inhalada de colistina y en el que se tengan en cuenta las características de los nebulizadores pudiendo competir con otros productos de similares características en el mercado. El lote 23 se refiere a colistimetato de sodio 1.000.000 UI vía inhalatoria/parenteral, es decir, la licitación es para colistimetato que tenga ambas vías de administración, inhalada y parental, y no es el caso de la recurrente. Se adjunta una nota de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios

denominada *“aclaraciones sobre el expediente AM 16/20162”* indicando que *“un producto con solo administración para nebulización, como el referido por la empresa Zambon, no está afectado por este AM”*.

Adelantamos ya que la resolución relativa a este motivo de recurso está estrechamente vinculada al que será objeto de análisis en el siguiente fundamento de derecho, la adecuada división del contrato en lotes.

Es evidente, como opone el órgano de contratación, que la presentación del producto de la recurrente no se ajusta a lo exigido para el acuerdo marco en cuanto su presentación comercial no es apta para ambas vías de administración (inhalatoria y parenteral) y en cuanto excede el precio de licitación y eso, de aceptar el contenido de los pliegos conllevaría la exclusión de su oferta, pero eso es precisamente lo que se discute, la adecuación a derecho de tal prescripción técnica. Por tanto lo que procede determinar en la resolución de este recurso es la adecuación a derecho de la prescripción, no el cumplimiento que de la misma hace el producto de Zambon.

Tampoco se discute la forma de presentación. Es cierto que este Tribunal viene manteniendo la posibilidad de que las prescripciones técnicas exijan una determinada forma de presentación en cuanto a peso, medidas, embalaje, etc. si justificadamente el órgano de contratación acredita su necesidad como mejor opción para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con la contratación. En el caso que nos ocupa la posibilidad de ofertar en la presentación *“ampolla/bolsa/vial”* no se discute. Lo debatido es si la prescripción técnica debía contemplar las distintas opciones de nebulizadores, elemento imprescindible para la administración vía inhalatoria. Es decir, el elemento de disputa es si la descripción técnica debía contemplar, como hace, solo el principio activo o el medicamento en su conjunto (principio activo y el nebulizador preciso para su administración).

La descripción del lote 23 hace referencia a un medicamento antiinfeccioso exigiendo que sea utilizable tanto por vía parenteral como inhalatoria. Nada se especifica sobre cómo ha de procederse con el inhalador, ni si ha de ir incluido en la

oferta de cada licitador y con el mismo precio, es decir, con la definición del PPT, en principio, sería suficiente con ofertar la sustancia o principio activo y el precio únicamente iría referido a esta debiendo adquirirse los inhaladores de forma independiente. Aunque siendo un elemento imprescindible para la administración del preparado parece una interpretación irrazonable, por lo que ha de admitirse que el objeto del contrato en cuanto al lote 23 incluye la adquisición del principio activo y su nebulizador. Tampoco se justifica en el expediente que el mismo producto deba servir para ambas vías de administración o la conveniencia de que así sea rechazando la posibilidad de licitar los productores de solo de una de ellas (los de la parenteral o la inhaladora) de forma separada, de forma que se admita la licitación a dos lotes comparando en cada uno las ofertas adecuadas para esa forma de administración.

Si fuera procedente comparar las ofertas que solo son aptas para la administración vía inhalación con su correspondiente nebulizador la oferta económicamente más ventajosa podría no ser la más barata utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, tal como establece el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, es decir, sería posible, como pretende la recurrente, que se compare el precio en función del coste del inhalador y del número de dosis o viales a emplear.

A fin de determinar si se limita la concurrencia no es determinante el número de posibles licitadores. De manera que si justificadamente se requieren unas condiciones que solo un limitado número de operadores económicos producen, el órgano de contratación no tiene por qué aceptar otros productos que no se adecúen a dichas necesidades y los productores pueden adecuar su producción o no presentarse a la licitación, pero no se vulnera el principio de concurrencia. Al contrario, la existencia en el mercado de al menos dos, o incluso de una multitud de posibles licitadores, tampoco acredita que no se esté limitando la concurrencia, pues si la definición de la prescripción técnica impide formular oferta a operadores que presentan productos con la misma funcionalidad, a pesar de la pluralidad de posibles oferentes la concurrencia se ve limitada.

En el caso que nos ocupa se justifica el precio de licitación del PCAP en la elección del mínimo precio de referencia de las presentaciones de colistimetato de sodio en la Orden de fijación de precios de referencia de medicamentos del Sistema Nacional de Salud, de manera que el precio no se ha establecido por referencia al precio de mercado de productos con la misma funcionalidad sino limitándolo a los precios mínimos de la citada Orden, de manera que se impide la oferta de productos con la misma funcionalidad sin que la exclusión sea por comparación de la relación coste-eficacia, sino por eliminación de la posibilidad de concurrir al procedimiento.

Tal como manifiesta el mismo órgano de contratación en el informe al recurso, tal vez el procedimiento más adecuado para seleccionar el colistimetato de sodio en su forma inhalatoria debería configurar la prescripción técnica contemplando tanto el principio activo como las características de los nebulizadores precisos para su administración, con un precio suficiente, pudiendo así competir los productos de similares características disponibles en el mercado que cumplen la misma finalidad y seleccionando la oferta económicamente más ventajosa teniendo en cuenta ambos componentes del “medicamento”.

La inicial libertad que reconoce el artículo 22 del TRLCSP para que el órgano de contratación establezca la idoneidad del objeto del contrato y contenido para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse con el mismo queda limitada por las reglas para la determinación de las especificaciones técnicas que se concretan en el artículo 117 del TRLCSP y en el artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE. En ambos se establece que se debe permitir la apertura de la contratación pública a la competencia y que no podrán mencionar una fabricación o procedencia determinada o un procedimiento concreto, a un origen o una producción determinada de manera que deben permitir la diversidad de soluciones técnicas. Es cierto que en el caso que nos ocupa ni se menciona una fabricación ni un origen o forma de producción determinadas, pero la obligación de que responda a las vías de administración inhalatoria-parenteral forma conjunta y la elección del precio limitado al de referencia de solo alguno de los colistimetatos de sodio impide la participación de ciertas

empresas o productos. De no existir criterios técnicos que avalen la introducción de requisitos limitativos de la participación, ha de tenderse a favorecer la máxima concurrencia para conseguir beneficios como el económico e indirectamente la innovación y desarrollo especialmente relevantes en el ámbito científico.

En consecuencia, procede anular la descripción técnica del lote 23 contenida tanto en el PCAP como en el PPT debiendo configurarse de manera que no limite la concurrencia de soluciones con la misma funcionalidad existentes en el mercado, estimando el precio en función de los habituales del mercado, procediendo, en su caso, como se verá en el siguiente fundamento de derecho a la división en un lote separado.

Sexto.- En segundo lugar se cuestiona la adecuada división del contrato en lotes. En concreto la recurrente solicita *“la debida configuración de los lotes del procedimiento que han de quedar divididos, en promoción de la concurrencia, a la luz misma de las opciones que el mercado presenta para con la satisfacción de las necesidades mismas que justifican la puesta en marcha del procedimiento de contratación”*.

El informe del órgano de contratación argumenta que se ha dividido el contrato en 29 lotes quedando con ello garantizada la normativa sectorial de aplicación que permite alcanzar los objetivos del Sector Público de forma óptima.

Respecto de la posibilidad de división en lotes del objeto del contrato, el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, dispone:

“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84 (...).”

La principal novedad de la Directiva, que ha de servir de criterio interpretativo del artículo 86.3 del TRLCSP una vez expirado el plazo de transposición, es que la división del objeto del contrato en lotes deja de ser la excepción y se convierte en regla general debiendo constar en el expediente informe motivado de las razones por las que ha decidido no subdividir en lotes.

Es cierto que en el PCAP consta la división en 29 lotes, no obstante no se ha dado cumplimiento al mandato de justificar en el expediente la adecuada división en esos concretos o la posibilidad de hacerlo dividiendo en otros lotes. La ausencia del informe de justificación impide conocer si el órgano de contratación podía dividir el discutido lote 23 en dos lotes diferentes para el mismo principio activo según la forma de administración o existe algún motivo para la no división. El incumplimiento de la normativa de contratación constituye un supuesto de anulabilidad y es motivo para la anulación del expediente de contratación tramitado. El motivo de recurso ha de ser estimado.

Séptimo.- Como motivo de recurso se invoca la ilegalidad de la valoración del abono de los medicamentos caducados y exigencia de sustitución de los mismos.

El punto 8 de la Cláusula 1 del PCAP establece como criterio evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas:

“Abono del 100 % de los medicamentos caducados. (se aportará certificado de esta prestación en el Sobre 2 "documentación técnica")

El transporte de las devoluciones que se produzcan será por cuenta del laboratorio adjudicatario.” El criterio se valora con 3 puntos en las formas orales y 5 en las parenterales.

Asimismo en la cláusula 40 del PCAP se establece que *“Cuando se trate de bienes o productos perecederos, una vez recibidos de conformidad por la Administración será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos”.*

El punto 3 del PPT *“obligaciones del adjudicatario”*, señala que *“Los lotes enviados dispondrán de un margen suficiente de caducidad, mínimo 2/3 del periodo de vigencia del producto, contado desde su fecha de fabricación.*

Sustituir los productos que caduquen y todos los lotes objeto de retirada por la autoridad sanitaria, sin coste para el cliente. Las empresas adjudicatarias aceptarán la devolución de acuerdo con la normativa vigente, esto incluirá la adecuada eliminación de los mismos.”

El informe del órgano de contratación argumenta con respecto al punto 8 de la cláusula 1 del PCAP, que en ningún caso se obliga a que tengan que realizar el abono del 100% de los medicamentos caducados. Sin embargo, se considera ésta una mejora técnica en beneficio del Servicio Madrileño de Salud, que el grupo de valoración técnica, decidió incluir, como criterio técnico valorable. En referencia al punto 3 del PPT entiende que el órgano contratante puede decidir sobre este asunto en los PCAP. Este aspecto no pretende eximir a la Administración de su responsabilidad en la gestión, uso o caducidad de los productos, sino dar una solución a aquellas situaciones en las que a pesar de una gestión responsable, no se ha podido impedir que algún producto caduque.

Son dos las cuestiones a decidir, de un lado si es admisible la obligación impuesta al adjudicatario de sustitución de los productos que caduquen una vez recibidos y en poder del SERMAS y, de otro lado la admisibilidad como criterio de adjudicación de lo recogido en la cláusula 1, apartado 8 del PCAP.

Respecto de la posibilidad de obligar a restituir los medicamentos caducados, la normativa sectorial contempla la posibilidad de devoluciones a los laboratorios por las farmacias y por los servicios de farmacia, ahora bien, la contemplación de que los medicamentos devueltos al laboratorio, por haber caducado los mismos, serán sustituidos sin cargo adicional por dicho laboratorio y, como en el caso presente, la valoración del abono del 100% de los medicamentos caducados conculca la normativa en materia de contratación pública.

El PCAP, en su cláusula 40, recoge las obligaciones de la Administración en los términos del TRLCSP y sin embargo el PPT, en oposición al mismo, establece una obligación del contratista que conculca la normativa de contratación pública.

El artículo 292.4 del TRLCSP establece que:

“4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos”.

Este precepto determina que no puede imponerse al laboratorio la obligación de sustituir de forma gratuita los medicamentos que sean devueltos al mismo por caducidad.

El asunto ya fue tratado en el Informe 17/08, de 28 de julio de 2008 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, que argumenta que *“el artículo 268.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo (“una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable ...”) debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional”* y concluye que *“no es válido desde el punto de vista legal imponer al suministrador la obligación de sustituir gratuitamente los medicamentos suministrados a la Administración que caducasen en posesión de ésta, una vez recibidos de conformidad”.*

En relación a la posibilidad de establecer un criterio de adjudicación como el impugnado, procede comprobar si se respeta en su formulación lo dispuesto en la normativa de contratación pública.

En el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, respecto de los criterios de adjudicación de los contratos se establece:

“La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.”

Y el artículo 150.1 del TRLCSP:

“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”

La cuestión se centra en la elección de la “proposición más ventajosa”, basándose para ello la Administración contratante precisamente en dichos criterios de adjudicación, gozando inicialmente de cierto grado de discrecionalidad a efectos de determinar los concretos criterios aplicables a cada procedimiento en función de la particularidades de cada contrato y justificándolo en el expediente (mandato del artículo 109.4 del TRLCSP).

No consta en el expediente justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación y la ponderación atribuida a que se refiere el mentado artículo 109.4.

La enumeración que contiene el artículo 150 del TRLCSP es meramente enunciativa y no exhaustiva, por lo tanto, admitiendo otros criterios siempre que cumplan con la citada estricta relación con el objeto del contrato, es decir, que aporten un valor a la prestación que se pretende contratar. Es cierto que el criterio de adjudicación, a diferencia de lo analizado respecto del apartado 3 del PPT, representa no una obligación sino una opción para quien quiera verse beneficiado con la puntuación, no obstante procede analizar si su aportación represente alguna mayor ventaja vinculada al objeto del contrato. El compromiso que pudiera adquirir el licitador que se compromete a abonar el 100% de los medicamentos caducados supondrá un mayor ingreso para la Administración que en lugar de proceder a su retirada obtendrá unos ingresos por ello. En cierta manera es un seguro que protege contra la responsabilidad de la Administración en la gestión y uso de los productos adquiridos, incorporando obligaciones ajenas a las prestaciones típicas del contrato de suministro. Esto en nada afecta a los productos objeto del suministro, es decir en nada mejoran la oferta cuestiones que no se refieren específicamente al que se ha de suministrar. Probablemente se pretende que con dicho compromiso se proceda a la misma solución del apartado 3 del PPT, es decir a la sustitución de los productos caducados a cargo del abono que hace el laboratorio, sin embargo esto no es lo reflejado y el ingreso no podría afectarse ni dedicarse a una ampliación del suministro. El grado de incertidumbre también es tal, que incluso haría pender del contratista toda consecuencia de una inadecuada gestión, trasladando a él sus consecuencias económicas.

Los criterios de adjudicación han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta. En nada se justifica cómo el abono de los productos caducados afecta a una mayor calidad o eficacia del suministro, siendo los ingresos derivados del criterio algo ajeno a la selección de la mejora de la calidad de los mismos.

En consecuencia debe estimarse el recurso por este motivo.

Octavo.- El punto 12 de la cláusula 1 del PCAP establece que *“De entre los licitadores que cumplan los criterios establecidos, se seleccionarán “n-1” “posibles adjudicatarios” en función de la puntuación total obtenida por cada uno de ellos. Siendo “n” el número total de adjudicatarios posibles”.*

Al respecto el informe del órgano de contratación indica que, estando de acuerdo en que el mínimo de adjudicatarios será de tres, siempre que haya ofertas suficientes para ello, no se ha considerado necesario especificar esta condición, ya que está bien definida en el artículo 196.2 del TRLCSP. El descarte, separación o eliminación del proceso de contratación de un licitador se producirá si no cumple los requisitos necesarios para presentar una proposición válida.

El artículo 196 del TRLCSP establece que *“Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación”.*

Esta cuestión ha sido ya resuelta en la Resolución 69/2013, de este Tribunal, argumentando que *“(...) tal como invoca la recurrente, la previsión y aplicación de un criterio de exclusión de la oferta menos económica, en los términos expuestos en el apartado anterior no resulta acorde a Derecho, tal y como ha reconocido este Tribunal en la Resolución 148/2012 de 5 de diciembre de 2012 (recurso nº 145/2012) en la que dicho órgano realizó las siguientes reflexiones a propósito de la previsión en unos pliegos también redactados por el Servicio Madrileño de Salud del mismo criterio de exclusión que el que aquí se analiza: “Sentado lo anterior, resulta que sí es posible limitar previamente el número de adjudicatarios del acuerdo marco, con el número mínimo de tres, siempre que haya ofertas suficientes para ello, pudiendo fijarse en el pliego el número máximo de adjudicatarios del contrato por su cantidad (3, 4 ó 5, etc.) o bien porcentualmente o con otro sistema dado que la Ley*

no establece nada al respecto. Sin embargo, la cláusula 14 del PCAP que limita el número de adjudicatarios por exclusión, expresión quizá no muy afortunada al coincidir con la exclusión procedente en el caso de incumplimiento de las condiciones técnicas fijadas en el contrato o exceso en el precio ofertado respecto del fijado como presupuesto de licitación, no estableciendo tampoco un número mínimo de licitadores a partir del cual operaría la no selección de la oferta más cara, de manera que pudiera darse la eventualidad, contraria a la intención de fomentar la concurrencia, de que habiéndose presentado solo dos ofertas a un lote, hubiera que dejar de seleccionar una de ellas (...)”.

Como decíamos en la mentada Resolución 145/2012 y como sostiene el órgano de contratación la cláusula indicada puede ser interpretada de forma integrada con el artículo 196.2 del a TRLCSP en cuyo caso no adolecería de causa de nulidad, en el siguiente sentido: dado que la Ley permite limitar el número de adjudicatarios del Acuerdo Marco, con el objeto de facilitar la gestión en suministros que puedan tener una oferta masiva, nada obsta para que esta limitación se establezca en función de la puntuación obtenida aplicando los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, de manera que se seleccionen las mejores ofertas, siempre con el límite mínimo de tres en los términos del artículo 196.2 antes citado. Dado que en este caso procede la nueva redacción del PCAP en el mismo deberá incorporares la aclaración.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña E.Z.A., en nombre y representación de Zambon, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Acuerdo Marco, para la contratación del suministro de medicamentos anti-infecciosos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM 16/2016, anulando los puntos 8 y 12 de la cláusula 1 del PCAP y el punto 3 del PPT, debiendo motivarse en el expediente la división en los lotes que se licitan y, en su caso, la no división del lote 23.

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.