

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

En Madrid, a 30 de diciembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación de OCTAPHARMA, S.A. contra la Resolución de adjudicación del Acuerdo Marco AMPA 2021-0-170 para el "suministro de medicamento Fibrinogeno 1 gramo parenteral con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Clínico San Carlos de Madrid" (1 Lote), este Tribunal ha acordado,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 9 de agosto se publica el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid. El valor estimado es de 186.093,60 euros.

Segundo.- El 10 de diciembre de 2021 se dicta Resolución de adjudicación, que es notificada el 13 de diciembre. La Resolución impugnada decide adjudicar, de acuerdo a la propuesta de la Mesa de Contratación, el Acuerdo Marco referido a las empresas que se relacionan en el Anexo 1 para el lote que se indica, con sus precios unitarios sin IVA: En concreto, a OCTAPHARMA, S.A., y a CSL BEHRING, S.A., con una puntuación total, respectivamente, de 95,75 puntos y 93,00 puntos

Tercero.- El 20 de diciembre de 2021, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de adjudicación, fundado en la vulneración del artículo 132 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con el art. 122 y concordantes de la misma disposición legal, y con las cláusulas 1.3 y 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Se impugna la adjudicación a dos licitadores y se solicita se declare única adjudicataria de todos los lotes a OCTAPHARMA, S.A., al haber sido la licitadora que obtuvo en conjunto la mayor puntuación total (económica más técnica).

Cuarto.- Con fecha 22 de diciembre de 2021 se recibe el informe y el expediente de la entidad contratante conforme al artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), solicitando la desestimación con los argumentos que se recogen en los fundamentos de derecho.

Quinto.- En fecha 28 de diciembre se reciben las alegaciones de CSL BEHRING, coadjudicataria del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurrente se encuentra legitimado en cuanto licitador adjudicatario, a tenor del artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier 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. En*

todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado se notificó el 13 de diciembre, e interpuesto el recurso el 20 del mismo mes se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El contrato y el acto son recurribles de conformidad con los artículos 44.1 b) y 44.2.c) de la LCSP.

Quinto.- Argumenta el recurrente que a tenor de la Ley y los Pliegos solo tenía que haber un adjudicatario: la Resolución combatida elude los requisitos previstos en el Pliego de cláusulas administrativas particulares para el procedimiento de adjudicación. Resulta clara la infracción palmaria del referido art. 132.2 LCSP, por no haberse respetado las condiciones del Pliego, como tampoco se han cumplido los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los candidatos licitadores, contemplados en el mismo art. 132 de la reseñada disposición legal, puesto que adjudicar el Acuerdo Marco referido a dos empresas que obtuvieron diferente puntuación, una superior a la otra (OCTAPHARMA, S.A., 95,75 puntos, y CSL BEHRING, S.A., 93,00 puntos) atenta contra lo así previsto legalmente. Cita como fundamento la cláusula 1.3 del Pliego que refiere claramente a los contratos basados en el Acuerdo marco, no a este último:”En el Pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco para suministro a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios, en su cláusula 1, apartado 3, dedicado al procedimiento de adjudicación, se establece de forma meridiana cual es la condición objetiva para determinar cual es sería la empresa seleccionada para ser la adjudicataria: La que haya alcanzado en conjunto la mayor puntuación total (económica más técnica). Transcribe lo siguiente:

“Condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco debe ser adjudicataria:

Se seleccionará, de entre los adjudicatarios de cada lote, en el supuesto de ser varios, al que haya alcanzado en conjunto la mayor puntuación total (económica más técnica).

Excepcionalmente, en aquellos casos en los que por distintos motivos no sea posible el cumplimiento de lo anterior, deberá existir un informe justificativo autorizado por la Dirección Gerencia del Centro”

El órgano de contratación manifiesta que el recurrente confunde el Acuerdo Marco con los procedimientos derivados. En el primero puede haber uno o varios adjudicatarios, con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre y cuando, como se ha citado anteriormente no se efectúe de forma abusiva y la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

Según la cláusula 1.1. del PCAP:

*“El acuerdo marco tiene por objeto la determinación de las condiciones de suministro de los tipos de bienes que se relacionan en el anexo 1 de este pliego y establecer el procedimiento para su adquisición por las unidades y centros comprendidos en el ámbito subjetivo señalado en el párrafo siguiente, mediante contratos basados en este acuerdo. Número máximo de licitadores a los que se adjudicará cada lote: **Todos los que cumplan con los criterios establecidos”**.*

Asimismo, la Cláusula 1 Apartado 3 establece lo siguiente:

“ Procedimiento de adjudicación: - Acuerdo Marco - Tramitación anticipada: NO - Tramitación: ORDINARIA - Procedimiento: abierto - Pluralidad de criterios de adjudicación. - Adjudicación: VARIAS EMPRESAS”

Y la 18:

“El órgano de contratación adjudicará el acuerdo marco a los licitadores que hayan realizado las mejores proposiciones mediante la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación establecidos en el apartado 6 de la cláusula 1. Los números mínimo y máximo de licitadores a los que se adjudicará cada lote son los indicados en el apartado 1 de la cláusula 1”

En alegaciones CSL BEHRING presenta similares argumentos a los del órgano de contratación, que ha cumplido escrupulosamente con todos los procedimientos establecidos en los Pliegos, tanto a nivel administrativo como a nivel técnico, a la hora de valorar las distintas proposiciones presentadas al expediente de referencia y adjudicar el Acuerdo Marco, en claro cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad de trato entre licitadores, pilares del procedimiento administrativo que se recogen en el artículo 1 y artículo 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al tiempo que solicita la imposición de una sanción por temeridad y mala fe al recurrente.

Tal y como señala el órgano de contratación los Acuerdos Marco se regulan dentro de los sistemas para la racionalización de la contratación administrativa (artículo 218 LCSP), teniendo por objeto fijar las condiciones a que se ajusten los contratos a celebrar en el futuro con una o varias empresas (artículo 219: *“Uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”*), bien con nueva licitación o sin ella, si todos los términos estuviesen ya fijados en el Acuerdo Marco.

En el caso, se establece en el Pliego que el Acuerdo marco se adjudica a todos los licitadores que cumplan con las exigencias requeridas, siendo dos con las puntuaciones recogidas en el antecedente segundo.

En cuanto a los contratos basados en el Acuerdo Marco en la cláusula primera apartado 3 se establece que será sin nueva licitación:

“Adjudicación de Contratos basados:

-Sin nueva licitación, cuando el acuerdo marco fija todos los términos del suministro: Los bienes objeto de los contratos basados en el presente Acuerdo Marco serán adquiridos, sin necesidad de convocar nueva licitación, al proveedor o proveedores que se elijan entre los adjudicatarios del Acuerdo Marco.

Condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco debe ser adjudicataria:

Se seleccionará, de entre los adjudicatarios de cada lote, en el supuesto de ser varios, al que haya alcanzado en conjunto la mayor puntuación total (económica más técnica).

Excepcionalmente, en aquellos casos en los que por distintos motivos no sea posible el cumplimiento de lo anterior, deberá existir un informe justificativo autorizado por la Dirección Gerencia del Centro”

Procede la desestimación del motivo contra la adjudicación del Acuerdo Marco: el Pliego prevé la adjudicación a todos los licitadores que cumplan los requisitos, es una homologación de los mismos, como expresa CSL BEHRING.

En cuanto a la sanción es claro el recurso no solo carece de motivación alguna, sino que la que vierte contradice abiertamente los Pliegos (las cláusulas 1.1., 1.3 y 18 entre otras) y la regulación legal de los Acuerdos Marco. Como

fundamento de su pretensión alude a la adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco, cuya regulación transcribe parcialmente (cláusula primera, apartado 3), suprimiendo el encabezamiento donde figura que la cláusula refiere a la adjudicación de los contratos basados.

A tenor de lo expuesto en aplicación del artículo 58.2. de la LCSP y 31.2 del 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, procede imposición de la sanción por importe de 1000 euros, por temeridad y mala fe.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación de OCTAPHARMA, S.A. contra la Resolución de adjudicación del Acuerdo Marco AMPA 2021-0-170 para el "suministro de medicamento Fibrinogeno 1 gramo parenteral con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Clínico San Carlos de Madrid" (1 Lote).

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP por importe de 1000 euros.

Tercero- Procede levantar la suspensión automática del procedimiento ex artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.