



Recurso nº 1272/2015 C.A. Galicia 174/2015

Resolución nº 62/2016

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

En Madrid, a 29 de enero de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. E. L. G., en nombre y representación de la entidad AUROVITAS SPAIN, S.A., contra el acuerdo de fecha 30 de noviembre de 2015 de la Mesa de Contratación por el que se excluye a esa sociedad del procedimiento de adjudicación de la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia para el *“Suministro de Medicamentos, derivado del Acuerdo Marco del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Exp. AM 2014/164)”*, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad licitó, mediante el expediente AM 2014/164, el Acuerdo Marco para la contratación de 20 Lotes de distintos medicamento, que se recogen en el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen la contratación.

En el Anexo V de dicho PCAP se establecen los lotes a los que participa la Comunidad Autónoma de Galicia y que son los siguientes:



Lote	Objeto
2	Cisplatino
3	Docetaxel
4	Fludarabina
5	Gemcitabina
6	Irinotecan
7	Oxaliplatino
8	Paclitaxel
9	Vinorelbina
10	Metrotexato
11	Lamivudina
18	Riluzol

Segundo. Mediante Resolución de 11 de mayo de 2015, del Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se adjudicaron los 20 Lotes en los que se dividía el expediente. Siendo que para la aquí recurrente los importes de adjudicación, para los lotes a los que se adhirió la Comunidad Autónoma de Galicia, fueron los siguientes:

Lote	Precio
3	0,14900
4	0,31600
5	0,00950
6	0,05600
8	0,08000
9	0,35400
14	0,0056

Tercero. Mediante Resolución de 28 de julio de 2015, de la Directora General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, en virtud de sus competencias, se aprueba el



expediente de contratación derivado del Acuerdo Marco, relativo al suministro sucesivo de varios lotes de medicamentos, para sus centros asistenciales; siendo invitadas al procedimiento todas las empresas seleccionadas en el Acuerdo Marco del Estado, siendo el plazo límite de presentación de ofertas el 7 de Septiembre de 2015.

Cuarto. Las empresas que presentaron oferta a los lotes 3, 4 y 5, fueron las siguientes: a) HOSPIRA PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. (lote 3); b) TEVA PHARMA, S.L.U. (lotes 3 y 4); c) FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U (lotes 3 y 6); d) SANOFI-AVENTIS, S.A. (lote 3); e) AUROVITAS SPAIN, S.A. (lotes 3, 4 y 6); y f) ACCORD HEALTHCARE, S.L.U. (lote 3)

Quinto. Tras la recepción de las ofertas, la Mesa de Contratación del Servicio Gallego de Salud, en su reunión del día 30 de octubre de 2015 excluyó, tras la apertura de los sobres y la lectura de las ofertas contenidas en los mismos, la oferta de la empresa AUROVITAS SPAIN, S.A. del procedimiento de adjudicación de los lotes 3, 4 y 6 por superar el precio de adjudicación del Acuerdo Marco de dicha empresa para dichos lotes.

Sexto. Contra dicho acuerdo de exclusión, notificado por correo electrónico el día 30 de noviembre, se dirigió por escrito presentado mediante correo administrativo el 14 de diciembre de 2015, conforme al art. 44.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), anuncio de interposición del presente Recurso especial en materia de contratación. Siendo que en el escrito de recurso, presentado ante este Tribunal el mismo día siguiente se efectuaban las siguientes alegaciones:

- *“Los criterios de adjudicación de los contratos derivados venían fijados en el ANEXO VII (Anexo nº 2) del PCAP del Acuerdo Marco. En relación con el criterio objetivo de precio, se le atribuye una ponderación de hasta 60 puntos, que deberá valorarse en función de los precios fijados en el acuerdo marco.*

Por tanto, el propio pliego de cláusulas administrativas del acuerdo marco, puntualiza, en varias de sus cláusulas que el precio seleccionado en la primera fase del Acuerdo Marco, es el precio definitivo, que se tendrá en cuenta en los sucesivos contratos derivados, cuyo precio será el determinado anticipadamente durante el Acuerdo Marco.



Por su parte, entre los criterios de adjudicación fijados en el procedimiento derivado del acuerdo marco, convocado por el Servicio Gallego de Salud, se encontraba el precio, con una ponderación máxima de 60 puntos, y que se valoraba de la siguiente forma:

- *Criterio objetivo de precio (basta 60 puntos)*

Se valorará en función de los precios fijados en el acuerdo marco.

Se otorgará la máxima puntuación (60 puntos) al licitador cuyo precio seleccionado en el acuerdo marco tenga el precio más bajo. La puntuación de las siguientes ofertas, se calculará de forma proporcional, aplicando la siguiente fórmula.

Puntuación del precio.

$$P = \frac{\text{Precio más bajo seleccionado en el acuerdo marco}}{\text{Precio seleccionado en el acuerdo marco objeto de puntuación}} \times 60$$

Siendo:

60: la puntuación máxima para este criterio.

P: puntuación obtenida.

Como se puede comprobar de la simple lectura de ambos pliegos, queda patente que el pliego de cláusulas administrativas del contrato derivado se limita a copiar lo dispuesto en el pliego del acuerdo marco, en lo relativo a los criterios de adjudicación, no dejando ningún margen discrecional a la apreciación del criterio precio, que como se indica se valorará en función de los precios fijados en el acuerdo marco.

(...)

En conclusión, teniendo en cuenta lo señalado en las cláusulas 1.2.1, 1.2.2, 2.3 del PCAP del Acuerdo Marco, en las que específicamente se señala que el objeto del acuerdo marco es la



fijación de los precios unitarios, hay que interpretar que todas las referencias a los precios de los contratos derivados se refieren necesariamente a los fijados en el Acuerdo Marco, toda vez que dichos precios no son objeto de negociación en los contratos derivados, debiendo entenderse que en los criterios de adjudicación del PCAP del contrato derivado que nos ocupa, las referencias al precio ofertado se refieren al precio fijado en el Acuerdo Marco, ya que los mismos no serían objeto de valoración en los contratos derivados.”

- *“Por otro lado, y habiendo quedado claro que el precio a tener en cuenta en el derivado del SERGAS debía obligatoriamente coincidir con el precio adjudicado en sede del acuerdo marco, nuestra empresa quiere poner de manifiesto que el error en la indicación del precio se debe a un error de transcripción que no pudo nunca, por falta de amparo legal, desembocar en la exclusión de la oferta. Sobre todo debe tener en cuenta que en el documento que acompaña nuestra oferta se cita textualmente "Precio del Acuerdo Marco", toda vez que ese era el precio que efectivamente se quería indicar.*

(...)

Por imposición del principio de proporcionalidad el órgano de contratación al enfrentarse a una oferta ambigua debió solicitar aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta, garantizando así el mantenimiento de la seguridad jurídica. No se puede olvidar que la exclusión inmediata de la oferta de que se trate, atenta contra el contenido del principio de la buena gestión de los fondos públicos, sobre todo si tenemos en cuenta la reiteradísima doctrina de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, que aboga por la posibilidad de solicitar aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste.”

Séptimo. Con fecha de 22 de diciembre de 2015 el órgano de contratación emitió el informe al 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).

Octavo. Conferido, en fecha 28 de diciembre de 2015, traslado por la Secretaría del Tribunal del recurso interpuesto a las empresas que participaron en la licitación, otorgándoles un plazo



de cinco días hábiles para que formularan alegaciones, usó de dicho trámite KESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, con fecha 22 de diciembre de 2015, tal y como había sido solicitado por la sociedad recurrente, dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del expediente de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 TRLCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 7 de noviembre de 2013 y publicado por Resolución de 12 de noviembre de 2013.

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que el recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre el acuerdo de fecha 30 de noviembre de 2015 de la Mesa de Contratación por el que excluye a la recurrente del procedimiento de adjudicación de la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia para el Suministro de Medicamentos, derivado del Acuerdo Marco del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Exp. AM 2014/164)

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso, previsto en el artículo 44 del texto refundido de la LCSP.

Quinto. Entrando en las alegaciones hechas en contra del acuerdo de exclusión, se afirma por la recurrente, como queda dicho, que de la simple lectura de ambos pliegos -el del acuerdo marco y el del contrato derivado-, queda patente que el pliego de cláusulas administrativas del contrato derivado se limita a copiar lo dispuesto en el pliego del acuerdo



marco, en lo relativo a los criterios de adjudicación, no dejando ningún margen discrecional a la apreciación del criterio precio, que se valorará en función de los precios fijados en el acuerdo marco.

Y añadiendo que habiendo quedado claro que el precio a tener en cuenta en el contrato derivado del SERGAS debía obligatoriamente coincidir con el precio adjudicado en sede del acuerdo marco, el error en la indicación del precio en el contrato derivado se debió a un error de transcripción que no pudo nunca, por falta de amparo legal, desembocar en la exclusión de la oferta; sino que por imposición del principio de proporcionalidad el órgano de contratación al enfrentarse a una oferta ambigua debió solicitar aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta, garantizando así el mantenimiento de la seguridad jurídica.

Sexto. En relación con dichas alegaciones, se ha de significar que Pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de medicamentos para varias Comunidades Autónomas y Organismos de la Administración del Estado, prevé con relación al procedimiento para la adjudicación de los contratos de suministro cuanto sigue:

“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.”

En relación con la oferta económica prevé tal pliego del Acuerdo Marco en su Cláusula 2.8.3 que *“La proposición económica se ajustará a los modelos que figuran como Anexo II y III de este pliego.*



El proponente, al formular su propuesta económica, deberá indicar el importe correspondiente al IVA (sin perjuicio de que a la hora de realizar los suministros a través de los contratos derivados les sea de aplicación el impuesto sobre la producción, los servicios y la importación —IPSI- o el impuesto general indirecto canario —IGIC-, 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 IVA (IGIC o IPSI) deberá ser repercutido como partida independiente en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido.”

Añadiendo en la cláusula 2.10.5 que “La Mesa propondrá por cada uno de los lotes la selección de todas las ofertas incluidas en las proposiciones recibidas cuyo precio sea igual o inferior al de licitación, que cumplan con todos los requisitos relativos a personalidad, capacidad y solvencia económico-financiera y técnica o profesional, así como los correspondientes al cumplimiento de las características técnicas exigibles para cada suministro en los pliegos y procederá a elevar su propuesta al Órgano de Contratación, que dictará resolución motivada de adjudicación del mismo.”

Interesa destacar también que en sede aun del pliego del Acuerdo Marco, pero referido a los Contratos derivados del Acuerdo Marco, se dice en la cláusula 4.4 sobre el pago del precio y precios a aplicar que “4.4.1 El abono del importe de los suministros se efectuará por los órganos de contratación de los contratos derivados, a la presentación de las facturas correspondientes, previa conformidad de por los responsables de las entidades participantes, mediante transferencia bancaria a la cuenta del adjudicatario, y con cargo a la aplicación presupuestaria que para el ejercicio corriente corresponda.

Los pagos se realizarán una vez realizado el suministro, aplicando los precios fijados en el Acuerdo marco.”

Séptimo. Por su parte, señala el Pliego de Cláusulas específicas del procedimiento de consulta -respecto a la contratación de suministro de medicamentos- derivado del



Acuerdo Marco del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Exp. AM 2014/164) con relación al precio lo siguiente:

“6.2 Los precios unitarios de adjudicación máximos de los distintos Lotes, sin IVA, son los siguientes:

LOTE	PRECIO UNITARIO MÁXIMO DE ADJUDICACIÓN/MG (Sin IVA)
2	0,06600
3	0,24000
4	0,35000
5	0,00950
6	0,07400
7	0,07214
8	0,08000
9	0,35400
10	0,01400
11	0,00422
18	0,01600

Las ofertas de las empresas no podrán superar este precio unitario máximo de adjudicación, sin IVA, ni el precio ofertado y adjudicado a las mismas en el Acuerdo Marco de selección de proveedores.

(...)

10.1 Los candidatos deberán incluir la siguiente documentación según los Lotes a los que se presenten:

(...)

La suma de los puntos de los criterios de adjudicación será 100 en cada lote

- *Criterio objetivo de precio (basta 60 puntos)*



Se valorará en función de los precios fijados en el acuerdo marco.

Se otorgará la máxima puntuación (60 puntos) al licitador cuyo precio seleccionado en el acuerdo marco tenga el precio más bajo. La puntuación de las siguientes ofertas, se calculará de forma proporcional, aplicando la siguiente fórmula.

Puntuación del precio.

$$P = \frac{\text{Precio más bajo seleccionado en el acuerdo marco}}{\text{Precio seleccionado en el acuerdo marco objeto de puntuación}} \times 60$$

Siendo:

60: la puntuación máxima para este criterio.

P: puntuación obtenida.”

Octavo. De las cláusulas transcritas se colige que el precio utilizado en los contratos derivados en la fórmula para la asignación de puntos por el criterio objetivo del precio es el precio seleccionado en el acuerdo marco, como lo evidencia que dicha fórmula para el cálculo de la puntuación económica sea

$$P = \frac{\text{Precio más bajo seleccionado en el acuerdo marco}}{\text{Precio seleccionado en el acuerdo marco objeto de puntuación}} \times 60$$

Además, interesa destacar que ya de acuerdo con el Pliego del Acuerdo Marco, los precios a satisfacer en los contratos derivados no será el ofertado en sede de éstos, sino, como se ha reproducido más arriba “(...) los precios fijados en el Acuerdo Marco”.

Ello nos conduce a alcanzar la conclusión de que aunque el Pliego de Cláusulas específicas del procedimiento de consulta, señalase que las ofertas de las empresas no podrán superar este precio unitario máximo de adjudicación, sin IVA, ni el precio ofertado y adjudicado a las mismas en el Acuerdo Marco de selección de proveedores, en realidad la consignación de un precio distinto al seleccionado para cada empresa en sede del Acuerdo Marco, no tiene consecuencias ni para la determinación de la puntuación ni en orden a la aplicación del precio, toda vez que se aplicará el fijado en el Acuerdo Marco.



Y es que, como señalaba este Tribunal en su Resolución 414/2015, de 7 de mayo de 2015, en este caso también, del pliego de cláusulas administrativas particulares es posible inferir que la oferta económica que los licitadores presenten para ser adjudicatarios del acuerdo marco debe permanecer inalterable en los contratos que se adjudiquen derivados del mismo así se puede deducir de las cláusulas 1.1.3, 2.3 y 4.1.3, esta última en cuanto no permite la revisión de precios.

(...)

Los precios, por consiguiente, se fijan en la fase de selección, en los contratos derivados se valoran otra serie de criterios, entre ellos el precio previamente fijado (sin que exista nueva negociación del precio),

Ello implica de manera clara y precisa que sólo hay una oferta económica que es en la selección de suministradores del acuerdo marco, por lo tanto el precio ofertado en la misma es el que debe contemplarse en los contratos derivados. La modificación del mismo supondría un incumplimiento del propio acuerdo marco además de vulnerar el apartado I del artículo 198 del TRLCSP, pues supondría una modificación sustancial del propio Acuerdo”

Noveno. Pero lo que es una evidencia es que la recurrente ha incurrido en un error en la formulación del precio, suscitándose si debiera habersele permitido su subsanación o aclaración, conforme al art. 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Al respecto, de conformidad con la doctrina y Jurisprudencia en materia de contratación pública, no cabe ninguna aclaración o subsanación de la oferta económica cuando la presentada por la licitadora es clara y no presenta dudas o defectos de forma que requieran aclaración. Puesto que ello supondría posibilitar una modificación de la oferta presentada, reduciendo el precio ofertado, modificación no permitida en materia de contratación pública.

Por todas, nuestra Resolución nº 278/2012, de 5 de diciembre, en que este Tribunal ha resumido la doctrina sobre la susceptibilidad de subsanar los errores, por ser materiales o la procedencia de exclusión de una oferta en atención a dichos errores.



En ella se lee cuanto sigue:

“Visto lo anterior, la cuestión siguiente será decidir si la discrepancia del importe total atendiendo a los importes unitarios ofertados debe provocar, como pretende la recurrente, la exclusión de la oferta de la ahora adjudicataria (INSIGHT), o si al contrario, como entiende el órgano de contratación, procede considerar correcta la actuación de la mesa de contratación, en la medida que se trata de un error material en la cuantificación del importe total y, por tanto, susceptible de subsanación o aclaración.

A estos efectos conviene traer a colación el artículo 84 del RGLCAP (...). A ello debe añadirse que el artículo 81 del mismo texto sólo prevé la subsanación de defectos o errores en la documentación administrativa, y no en la oferta económica. Ello ha sentado la regla de que la oferta debe ajustarse a lo previsto en el pliego, siendo insubsanables los defectos o errores que en ella se observen, aunque con ciertas excepciones. El fundamento de tal regla ha sido analizado, entre otras, por la resolución 164/2011 de 15 de junio de este Tribunal (recurso 125/2011); en la misma se reconoce que la Jurisprudencia ha admitido en ocasiones la subsanación de defectos en la oferta económica, pero “no debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico, pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de modo sustancial después de haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los arts. 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público”. Y la resolución 246/2011 de 19 de octubre (recurso 217/2011) abunda en que “En cualquier caso, y reconociendo que existe algún caso en que la jurisprudencia ha aceptado subsanar defectos observados en otra documentación presentada por los licitadores, lo que resulta absolutamente claro es que una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, es del todo implanteable que se pueda aceptar modificación alguna en la oferta del licitador.”



Toda la filosofía de la doctrina de este Tribunal al respecto de la posibilidad de rectificar errores en las ofertas es la de que mediante dicha rectificación o subsanación no pueda variarse la oferta. Pues bien, en la medida en que en el caso que nos ocupa el precio que va a emplearse para el cálculo de la puntuación en el contrato derivado es el precio adjudicado a las mismas en el Acuerdo Marco de selección de proveedores, y es ese mismo precio adjudicado en el Acuerdo Marco el que va a aplicarse para el pago del precio de los contratos derivados, la rectificación del precio consignado en la licitación del contrato derivado en el sentido de hacerlo coincidir con el precio adjudicado en el Acuerdo Marco, debe considerarse una rectificación admisible y que en definitiva no supone variación del único precio -el adjudicado en el contrato marco- que luego tiene eficacia en el contrato.

En ese sentido, debe concluirse, dado que ambos precios debían coincidir, el adjudicado en el Acuerdo Marco y el ofertado en el contrato derivado, que debiera haberse brindado al contratista excluido la oportunidad de subsanar el defecto de su oferta económica en el sentido de hacer coincidir ambas. Siendo que el no hacerlo vicia el actuar de la Mesa de contratación, debiendo procederse a su anulación.

Por consiguiente, procede estimar el presente recurso y, en consecuencia, anular la exclusión acordada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el presente recurso interpuesto por AUROVITAS SPAIN, S.A. contra el acuerdo de fecha 30 de noviembre de 2015 de la Mesa de Contratación por el que se excluye a esa sociedad del procedimiento de adjudicación de la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia para el “*Suministro de Medicamentos, derivado del Acuerdo Marco del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Exp. AM 2014/164)*”, anulándolo y ordenando retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a su exclusión, al objeto de que conceda



trámite de subsanación a la recurrente respecto de los precios consignados en la licitación del contrato derivado.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal con fecha 22 de diciembre de 2015, de conformidad con lo establecido en el art. 47.4 del TRLCSP.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.