

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

En Madrid, a 2 de abril de 2014

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Doña A.S.A., en nombre y representación de Stryker Iberia S.L., contra la Resolución de 28 de febrero de 2014, del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por la que se resuelve renunciar a la celebración de los contratos derivados del Acuerdo Marco P.A. 5/2013, para el “suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera) con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Resolución de 28 de enero de 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad, se hace pública la convocatoria para la licitación del “Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, a adjudicar por procedimiento abierto con criterio único precio, dividido en 13 lotes y con un valor estimado de 47.473.309,80 euros.

**Segundo.-** El día 19 de septiembre, por este Tribunal se procedió a dictar la Resolución 130/2013, por la que se inadmite el recurso 122/2013, presentado por Zimmer contra la adjudicación de determinados lotes del mismo acuerdo marco.

Asimismo el día 2 de octubre se dictó la Resolución 149/2013, por la que se estima el recurso 148/2013, interpuesto por B. Braun Surgical S.A., considerando que JFL Implants no acredita la solvencia técnica o profesional exigida en el PCAP, por lo que debe ser excluida del procedimiento de adjudicación, anulando la adjudicación a ella efectuada de los lotes en que fue seleccionada.

Mediante Resolución de 10 de julio de 2013 se adjudicaron los lotes del Grupo A (prótesis de rodilla) y del Grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco P.A. 5/2013. Contra la indicada Resolución, por la empresa Johnson & Johnson S.A. con fecha 29 de julio, se interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

El 9 de octubre de 2013 se dicta la Resolución 154/2013, en la que se anulan los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) en cuanto a la definición del objeto de los lotes 3 y 4 del grupo A y 1, 3, 4 y 5 del grupo B.

**Tercero.-** El 18 de febrero de 2014, mediante Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, se resuelve renunciar a la celebración de los contratos derivados del Acuerdo Marco 5/2013 y notificar el contenido de este documento a los interesados y a la Comisión Europea, según lo exigido en el artículo 155.1 del TRLCSP.

**Cuarto.-** Contra la indicada Resolución, por la representación de Stryker Iberia S.L. se interpone recurso especial en materia de contratación el día 10 de marzo de 2014. El recurso alega incumplimiento de los requisitos necesarios para la renuncia y desistimiento del procedimiento de adjudicación de la resolución y falta de

motivación de la resolución de renuncia a la celebración de los contratos derivados del acuerdo; vinculación de la resolución de renuncia y desistimiento del procedimiento con la resolución 154/2013, de este Tribunal que ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo.

La recurrente solicita que se declare la nulidad *“de la resolución impugnada por la que se renuncia y desiste a suscribir con Stryker Iberia S.L., el contrato que tenga por objeto los lotes de que ésta resultó adjudicataria y cuya nulidad no se haya visto afectada por la Resolución 154/2013”*.

**Quinto.-** El día 20 de marzo el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) ha remitido a este Tribunal el recurso y el informe preceptivo a que hace referencia 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 (TRLCSP). Señala el informe que la actuación del órgano de contratación se ha ajustado en todo momento a lo establecido en la normativa de contratos del sector público, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155.2 y 3 del TRLCSP y debido a las razones de interés público expuestas estima que resultaba obligado dictar resolución declarando la renuncia a la celebración de los contratos en ejecución del acuerdo marco. Solicitada la remisión de determinados documentos que se habían omitido en la relación enviada, estos se reciben el 28 de marzo.

**Sexto.-** Por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación. No se han recibido escritos de alegaciones.

## **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.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial, por tratarse de una persona jurídica adjudicataria de determinados lotes del Acuerdo Marco cuya renuncia es objeto de impugnación, *“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 documenta la representación de la firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la renuncia a la celebración de los contratos derivados de un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Tal como ya señaló el Tribunal en la Resolución 17/2011, de 8 de junio, la renuncia, aún no estando expresamente enumerada entre los actos susceptibles de recurso en el artículo 40 del TRLCSP, ha de considerarse un acto recurrible.

Hemos de proceder a la interpretación del artículo 40 a la luz de la Directiva 2007/66/CE, que modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. La incorporación de las normas de esta Directiva fue la causa de la modificación de la regulación nacional a través de la Ley 34/2010 hoy integrada en el TRLCSP. Por tanto, la delimitación de los actos recurribles ha de hacerse según las exigencias de la citada Directiva y de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que han ido consagrando un criterio amplio en cuanto a los actos susceptibles de recurso y fundamentalmente la sentencia de 18 de junio de 2002, que declara susceptible de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público, en el asunto C-92/00 (TJCE/2002/202).

Dicha Sentencia argumenta que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE, obliga a los Estados miembros a prever procedimientos que permitan recurrir contra las decisiones adoptadas en un procedimiento de adjudicación en la medida en que tales decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas jurídicas por las que se adapta el ordenamiento jurídico interno a este Derecho.

De ello deduce que si una decisión adoptada por una entidad adjudicadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público está sujeta a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por lo tanto, puede infringirlas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, exige que tal decisión pueda ser objeto de recurso de anulación.

La exigencia de comunicación de los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación, establecida en la Directiva 2004/18/CE, obedece al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos a los que se aplica esta Directiva y, por lo tanto, la observancia del principio de igualdad de trato. Una normativa nacional por la que se limite el alcance del control de la legalidad de la cancelación de una licitación para un contrato público al examen del carácter arbitrario de tal decisión no es compatible con lo dispuesto en las Directivas porque no puede interpretarse de manera restrictiva el alcance del control que debe ejercerse en el marco de los recursos a que dicha Directiva se refiere.

Por otro lado, siendo recurrible, la renuncia no puede insertarse dentro de la consideración de acto de trámite, pues junto a la resolución y el desistimiento es una de las formas de poner fin al procedimiento. No cabe encuadrar la renuncia dentro del supuesto del artículo 40.2.b).

De lo argumentado anteriormente, cabe concluir que aquellos actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación, bien con la selección de un licitador o

bien con la no selección de ninguno, como pueden ser el desistimiento, la renuncia o la declaración de desierto de una licitación, a efectos del recurso especial en materia de contratación, deben considerarse equiparados dentro del supuesto del artículo 40.2 del TRLCSP *“c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”*.

**Cuarto.-** En cuanto a la interposición en plazo del recurso debe tenerse en cuenta que el artículo 155.1 del TRLCSP establece que *“En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificara a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea”*.

Al igual que en los supuestos de desistimiento o declaración de desierto, que se consideran también equiparables, en cuanto a la posibilidad de recurso, a la adjudicación, el sistema de cómputo del plazo para la interposición del recurso especial no es el específico previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP “desde la remisión”, sino el tradicional de nuestro ordenamiento. Si la especialidad de la forma de cómputo, cuando el acto recurrido es la adjudicación, es la necesidad de establecer un plazo suspensivo para la formalización del contrato y la necesidad de que ese plazo sea uniforme para todos los interesados y no dependa de otro factor que la propia remisión cuya fecha indubitada conoce el órgano de contratación, dicha argumentación quiebra en los supuestos en que la finalización del procedimiento de adjudicación no acaba con la selección de un adjudicatario con lo cual no se producirá riesgo para la formalización antes de la finalización del plazo de interposición del recurso.

No puede olvidarse que el sistema de cómputo de plazos arraigado en el ordenamiento jurídico español en coherencia con los principios de seguridad jurídica

y defensa del administrado, es el de considerar *dies a quo* el de la fecha de notificación en forma del acto susceptible de recurso.

Al respecto debe tenerse en cuenta la exigencia del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *“Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”*. En consecuencia, siendo la notificación requisito de eficacia del acto administrativo es evidente que las notificaciones efectuadas no pueden producir el efecto de dar inicio al transcurso del plazo para recurrir sino cuando conste su recepción, de tal forma que deberá considerarse como fecha de notificación la del 20 de febrero de 2014 en que fue recibida por el recurrente.

La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada es de fecha 18 de febrero de 2014, notificada el 20 de febrero y el recurso se interpuso el 10 de marzo de 2014.

**Quinto.-** El recurso se fundamenta en la no concurrencia de los supuestos del artículo 155 del TRLCSP para la renuncia a la celebración de un contrato y en la falta de motivación de la Resolución notificada.

Se alega en el recurso, en primer lugar, que la Administración *“está renunciando a la celebración del contrato y al desistimiento después de que se haya producido la adjudicación”* de determinados lotes a favor de la recurrente, y, en consecuencia, se solicita el mantenimiento de la adjudicación a favor de la misma.

Según el informe del SERMAS se renuncia no a la adjudicación de un acuerdo marco, sino a la celebración de los contratos derivados del mismo.

El acuerdo marco según se define en el artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CE es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. El acuerdo marco se diferencia conceptualmente de los contratos, siendo el acuerdo previo sobre el que se celebrarán los contratos derivados en alguna de las modalidades que admite el artículo 198 del TRLCSP.

Por tanto un primer análisis nos debe llevar a concluir cual es el verdadero alcance de la Resolución de renuncia, a la celebración del acuerdo marco o a la celebración de los contratos derivados como literalmente consta en la resolución, y en el primer caso, si es posible renunciar a un acuerdo marco una vez adjudicado.

El TRLCSP para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 194 permite concluir acuerdos marco conforme a las normas del artículo 196 y siguientes, regulando en el artículo 198 la adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco. El acuerdo marco se puede concluir con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado. Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél.

En cuanto a la celebración de contratos derivados de un acuerdo marco hay que tener presente la existencia de la posibilidad de llevar a cabo la adjudicación de dos formas:

- sin una nueva licitación, es decir, aplicando los términos del acuerdo, porque el mismo contiene todos los términos y condiciones de los contratos individuales;
- o bien con una nueva licitación, cuando las entidades contratantes estipulen que las partes del acuerdo marco deban competir en una segunda fase sobre

términos más precisos u otros términos a los que se hubiera hecho referencia en las especificaciones del acuerdo marco, como sucede en el supuesto que nos ocupa.

Por tanto, en este último caso, la reapertura de competencia deberá seguir un procedimiento específico, es decir, se requiere una nueva licitación llamando a los empresarios a que efectúen su proposición concreta que responda a las necesidades planteadas por el órgano de contratación y sus características exactas (cantidad, tiempo de entrega, prescripción técnica definitiva). El TRLCSP en el artículo 198.4 regula cómo se debe llevar a cabo este segundo procedimiento.

El órgano de contratación tiene la libertad de no adjudicar el contrato por un motivo de interés público sobrevenido con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación o por una nueva evaluación de las condiciones en que se ha de ejecutar la prestación.

La dicción literal de la Resolución de renuncia se refiere a la celebración de contratos derivados. Sólo se puede renunciar a estos cuando nos encontremos ante cada procedimiento de licitación concreto derivado del acuerdo marco que tenga por objeto una adjudicación en el procedimiento al que únicamente han sido invitados a licitar los seleccionados en el acuerdo marco previamente adjudicado. Esta renuncia, que es posible en cada licitación derivada, no es la que se contempla en la Resolución impugnada pues no se refiere a una licitación en concreto, sino que se renuncia a todas las licitaciones necesarias para celebrar contratos derivados incluso antes de haber iniciado los correspondientes procedimientos. En consecuencia, según el criterio manifestado por el SERMAS el resultado es que se mantiene el acuerdo marco en su vigencia (24 meses desde su formalización) con los adjudicatarios seleccionados, pero con ellos no se celebrarán contratos derivados. Conviene recordar que la celebración y permanencia del acuerdo marco implica que no se podrán celebrar otros contratos para el mismo objeto. Pero a la vez el SERMAS pretende una nueva licitación de todos los lotes del acuerdo marco. Por tanto, realmente se pretende dejar sin efectos el acuerdo marco utilizando la

denominación y la forma de renuncia en la regulación del artículo 155 del TRLCSP en un momento posterior a la adjudicación lo cual está expresamente prohibido en el mismo artículo.

Tampoco puede prosperar la alegación del SERMAS relativa a que la posibilidad de renuncia prevista en el artículo 155 del TRLCSP se refiere solo a los contratos y el acuerdo marco no tiene tal naturaleza. El TRLCSP no utiliza el término contrato para definir o mencionar el acuerdo marco. De hecho, en los artículos del TRLCSP destinados a regular este negocio jurídico, nunca se utiliza otro término más que el propio de “acuerdo marco”. Contrariamente siempre se denomina “contrato” al negocio jurídico posterior y derivado del acuerdo marco. En consecuencia, el acuerdo marco, que crea un entorno normativo para los futuros contratos que fijarán las obligaciones de las partes, no debemos considerarlo un contrato típico sino un contrato normativo o precontrato.

En este mismo sentido estima el SERMAS debe interpretarse el artículo 155, en relación con los acuerdos marcos, cuando establece que la renuncia debe realizarse siempre antes de la adjudicación del contrato. Considera que esta disposición no parece que se esté refiriendo a la adjudicación del acuerdo marco, sobre todo en los procedimientos en los que debe haber una segunda licitación para adjudicar los contratos de ejecución del primero, sino que parece aludir a esta última adjudicación. Por tanto, a su juicio, sólo será imposible la renuncia prevista en el artículo 155.3 si los contratos de desarrollo del acuerdo marco han sido ya adjudicados.

Cabe recordar que el artículo 155 del TRLCSP dispone:

*“Artículo 155 Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.*

*1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación lo notificará a los candidatos o licitadores,*

*informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*

*2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.*

*3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia”.*

Dicho artículo tiene su precedente en el artículo 41.1 de la Directiva 2004/18/CE: *“Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la celebración de un contrato marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido renunciar a celebrar un acuerdo marco, a adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación y volver a iniciar el procedimiento, o a aplicar un sistema dinámico de adquisición; esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a los poderes adjudicadores”.*

Asimismo el artículo 43.h) de la Directiva 2004/18/CE, establece que respecto de todo contrato, todo acuerdo marco y todo establecimiento de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores elaborarán un informe escrito, en el que se incluirá como mínimo la siguiente información: los motivos por los que el poder adjudicador haya renunciado a adjudicar un contrato, un acuerdo marco o a establecer un sistema dinámico de adquisición.

Queda claro que la renuncia se puede referir tanto al acuerdo marco como a

los contratos derivados, precisando, en todo caso la existencia de un procedimiento concreto al cual se renuncia. Cuando se renuncia a la totalidad de los contratos derivados, como sucede en este caso, en realidad se está renunciando al propio acuerdo marco. Esto, como hemos visto, es contrario al TRLCSP cuando tiene lugar después de la adjudicación. No es la renuncia el medio adecuado para poner fin a la existencia del acuerdo marco, en los lotes que no han sido anulados, sino que habrá de encontrarse en otras figuras del TRLCSP.

La cláusula 12 del PCAP que rige el acuerdo marco contempla esta posibilidad al establecer que *“si antes de la adjudicación, el órgano de contratación renunciase a la celebración del contrato o desistiese del procedimiento, deberá compensar a los licitadores por los gastos efectivos en que hubieran incurrido, previa solicitud y con la debida justificación de su valoración económica”*. El mismo pliego contempla, en la cláusula 28 las causas de resolución del acuerdo marco una vez formalizado. Es decir, el propio PCAP distingue ambas formas de finalización.

En consecuencia, la renuncia es posible tanto en el procedimiento de licitación de los contratos derivados como en el procedimiento del propio acuerdo marco, teniendo en ambos casos como límite temporal que sea previa a la adjudicación. La renuncia a la celebración de los contratos derivados, en los lotes que no fueron anulados supone la renuncia a la continuación con el procedimiento de licitaciones derivadas entre los adjudicatarios de los distintos lotes del acuerdo marco, por lo que es una renuncia al propio acuerdo marco con posterioridad a la adjudicación del acuerdo marco ha de considerarse nula por infracción del artículo 155 del TRLCSP, con el efecto de que el acuerdo marco mantiene su vigencia debiendo, en su caso, utilizar otra figura jurídica para dejar sin efecto la adjudicación.

**Sexto.-** Habiendo considerado nula la Resolución de renuncia a la celebración de los contratos derivados del acuerdo marco, no procede analizar las otras cuestiones planteadas en el recurso referidas a la falta de motivación de la Resolución notificada o a la vinculación de la misma con la Resolución 154/2013 de este

Tribunal dado que “*el desistimiento y renuncia*” al procedimiento de adjudicación frustraría la finalidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente.

**En su virtud**, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

### **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Doña A.S.A., en nombre y representación de Stryker Iberia S.L., contra la Resolución de 28 de febrero de 2014, del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por la que se resuelve renunciar a la celebración de los contratos derivados del Acuerdo Marco P.A. 5/2013, para el “suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera) con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, anulando la Resolución de 28 de febrero.

**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 TRLCSP.