

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

En Madrid, a 27 de abril de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra la Resolución de 29 de febrero, del Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudican los contratos derivados del acuerdo marco 14/164, suscrito por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para la selección de suministradores de medicamentos (20 lotes), lote 14, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 22 de diciembre de 2014 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación del acuerdo marco para la selección de suministradores de medicamentos, fijación de precios y establecimiento de bases que regirán los contratos derivados de éste, para varias comunidades autónomas, Ministerios de Defensa e Interior y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), número de expediente AM 14/164. Ese mismo día se publicaron también en la Plataforma de Contratación del Estado el Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares (PCAP) y el Pliego Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen el acuerdo marco.

Segundo.- Con fecha 6 de octubre de 2015 el Servicio Madrileño de Salud acordó el inicio de la tramitación de contratos derivados del AM 14/164. La recurrente, en su calidad de adjudicataria del mencionado acuerdo marco, y de conformidad con lo establecido en el punto 4.2 del PCAP del mismo, fue invitada para que formulara su oferta al lote 14, según el Protocolo y modelos que se acompañaban a la invitación. Posteriormente, el 15 de octubre de 2015, el Servicio Madrileño de Salud aprobó un segundo y definitivo Protocolo para los contratos derivados del acuerdo marco.

Las puntuaciones concedidas a cada una de las ofertas fueron las siguientes:

B. Braun Medical, 100 puntos.

Autovitas Sapin, 86,36 puntos.

Accord Healdcare, 80,80 puntos.

G.E.S. Genericos Españoles Laboratorio, 80,23 puntos.

Laboratorios Normon, 77,23 puntos.

El 29 de febrero de 2016 el Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud, dicta la Resolución número 6112016, por la que se adjudican los contratos derivados del acuerdo marco a los cinco licitadores.

El 2 de marzo de 2016, se notifica la Resolución de adjudicación adoptada de conformidad con el informe técnico de valoración de las ofertas que se adjunta como Anexo I de la misma y de acuerdo con la propuesta de la Mesa de Contratación de fecha 14 de enero de 2016 y las puntuaciones asignadas a las ofertas que se reflejan en el Anexo II de la Resolución. En el Anexo III de la referida Resolución se hacen constar los motivos justificativos que permiten la adquisición de medicamentos a las empresas que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones dentro de los contratos derivados del acuerdo marco.

Tercero.- Previo anuncio al órgano de contratación, el 11 de marzo la representación de B. Braun Medical, S.A. formuló recurso especial en materia de contratación, por en el que solicita que se declare:

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

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

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

Y en base a dichas declaraciones, acuerde:

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

El 30 de abril el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del artículo 45 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). Alega el citado informe que la previsión de adjudicación a varios empresarios estaba recogida en el protocolo que se adjuntó a la invitación remitida a los adjudicatarios del acuerdo marco. Añade que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar el acuerdo marco, los contratos

administrativos, resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. En este mismo sentido, el punto 6.2 manifiesta que *“los correspondientes órganos de contratación participantes en el acuerdo marco ostentan las mismas prerrogativas a que se refiere el párrafo anterior en relación a los contratos específicos que se celebren”*. Explica que el Servicio Madrileño de Salud, ha tenido en cuenta que estos contratos derivados pueden verse afectados por la variabilidad del número de hospitales, por las características de los pacientes atendidos, por la logística de suministro (posibles desabastecimientos en medicamentos de gran repercusión como el caso de los citostáticos o anestésicos, a modo de ejemplo), extremos estos que implican que se puedan darse circunstancias que justifiquen la necesidad de adjudicar a más de una empresa en función de los aspectos señalados en el Anexo III de la Resolución de adjudicación que ahora se recurre. En el citado Anexo se detallan los casos por los que se podrán adquirir medicamentos a empresas que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones, siempre y cuando se den motivos de seguridad, eficiencia, gestión de residuos y otros de otra índole que así lo requieran, siempre que tal adquisición sea debidamente justificada.

Añade que estos motivos son los que, basados en la Cláusula VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, justifican que el equipo técnico considera necesaria la adjudicación a más de una empresa, estableciéndose previamente en qué situaciones se puede seleccionar una empresa de entre las adjudicatarias que no hubiese obtenido la máxima puntuación.

Cuarto.- Con fecha 17 de marzo, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

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

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

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, licitador al procedimiento *“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 resolución de adjudicación objeto del recurso fue adoptada el 29 de febrero de 2016, practicada la notificación el 2 de marzo de 2016, e interpuesto el recurso, el 11 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del lote 14 de un contrato de suministro derivado de un acuerdo marco, sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado asciende a 1.276.142,79 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

El licitador en un procedimiento de adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco, que por su valor estimado deban considerarse sujetos a regulación armonizada, puede interponer recurso especial en materia de contratación dentro del plazo legal correspondiente. El artículo 40. 1 del TRLCSP, al referirse a los contratos en que se admite el recurso, alude a contratos de obras, suministro y servicios sujetos a regulación armonizada, por lo que cabe entender incluido en su ámbito el contrato objeto del recurso aquí analizado.

Quinto.- Según resulta de la propia Resolución que se recurre se presentaron cinco ofertas distintas al lote nº 14, correspondiendo este lote al principio activo Paracetamol.

Concretamente presentaron su oferta al lote 14 los siguientes cinco laboratorios farmacéuticos: Accord Healthcare, S.L.U., Aurovitas Spain, S.A., B. Braun Medical, S.A., G.E.S. Genéricos Españoles Laboratorio, S.A., y Laboratorios Normon, S.A. En virtud de la Resolución que se recurre, el lote nº 14 se adjudicó a todas las empresas que presentaron su oferta (5). Es decir, hay tantos adjudicatarios como licitadores. En la citada Resolución de adjudicación consta que *“se podrán adquirir medicamentos que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones si por*

motivos de seguridad o de otra índole, que queden debidamente justificados (ver anexo III con los puntos señalados por la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios), así lo considere el Centro destinatario, previa autorización de la Dirección Médica”.

El Anexo III de la Resolución de adjudicación justifica la adjudicación de medicamentos que no hayan alcanzado la mayor puntuación en motivos de seguridad, eficiencia, gestión de residuos u otros supuestos excepcionales.

Alega la recurrente que la decisión de adjudicación a los cinco licitadores se ha producido sin que se haya producido tan siquiera un empate en la valoración de todas las ofertas presentadas por los cinco licitadores que pudiera justificar tal decisión. Todo lo contrario, cada licitador al lote 14 ha obtenido una puntuación distinta, siendo la recurrente la que ha obtenido la mejor puntuación según resulta del Anexo II del acuerdo de adjudicación. Por ello entiende que la Resolución de adjudicación es contraria al TRLCSP. En concreto por infracción del artículo 198.4 del TRLCSP del que se desprende el contrato derivado de un acuerdo marco se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco.

Considera la recurrente que se debió dictar una resolución por la que se adjudicara el lote nº 14 de la licitación solo a B. Braun Medical, S.A. por ser el licitador que había presentado la mejor oferta.

Las cláusulas 1.1.3 y 1.2.2 del PCAP del acuerdo marco 14/161 se remiten expresamente al procedimiento previsto en el artículo 198 del TRLCSP para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco:

“1.1.3 Dado que no están fijados todos los términos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos basados en el mismo, se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 198

del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y a lo establecido en el presente pliego.

(...)

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 el apartado 4.2.1.f) del PCAP se establece que “Los órganos de contratación adjudicarán cada lote de acuerdo con lo que se prevea en el Protocolo al que hace referencia la letra b)”. En la letra b) de este mismo apartado se especifica que “para dar cumplimiento al apartado anterior, se elaborará un sencillo Protocolo en el que se recogerán además del presupuesto máximo del contrato, los criterios de adjudicación para cada lote y su ponderación, los plazos y lugar de entrega y todas aquellas condiciones que se consideren necesarias cumpliendo, en todo caso lo estipulado en el PPT y el PCAP que rigen el acuerdo marco”.

En el Protocolo elaborado para el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados se especificaba lo siguiente:

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

El punto 4 del artículo 198 del TRLCSP regula el procedimiento para la adjudicación de los contratos derivados cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, que es lo que sucedió en el supuesto que nos ocupa en el presente recurso:

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

Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

- a) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato, no obstante, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos, por razón de su objeto y cuantía, a procedimiento armonizado, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no extender esta consulta a la totalidad de los empresarios que sean parte del acuerdo marco, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellos.*
- b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.*
- c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.*
- d) De forma alternativa a lo señalado en las letras anteriores, el órgano de contratación podrá abrir una subasta electrónica para la adjudicación del contrato conforme a lo establecido en el art. 148.*
- e) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco.*

f) Si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme a lo previsto en el art. 154.”

De conformidad con dicho precepto legal, que regula el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios, el Servicio Madrileño de Salud debió, por imperativo legal, adjudicar el contrato de suministro del principio activo Paracetamol (lote 14) al licitador (en singular) que presentó la mejor oferta.

La normativa reguladora de la contratación ha establecido tradicionalmente el principio de adjudicatario único de los contratos, y así se recoge, entre otros, en el Informe 8/2002 de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Catalunya:

“En términos generales no se ha contemplado la posibilidad de que un órgano de contratación pueda establecer un compromiso o acuerdo contractual simultáneamente con diversas empresas, de forma que este objeto pudiese ser ejecutado por una u otra empresa en función de las sucesivas órdenes o encargos que dictase el órgano de contratación o, en otro supuesto, que diferentes partes del contrato sean adjudicadas por una pluralidad de adjudicatarios.

(...)

En los contratos de suministro, la licitación podría articularse en lotes y en artículos individuales. Todos estos supuestos no constituyen excepción al principio de adjudicatario único ya que cada objeto contractual (artículo, lote o totalidad de lotes) tendría una única empresa proveedora.

(...)

Más allá de estas reflexiones, es necesario afirmar que pese a su deficiente regulación, el TRLCAP contempla la posibilidad de celebrar contratos marco con varios contratistas, adjudicándose con posterioridad los sucesivos contratos mediante procedimiento negociado. No hay previsión legal sobre la posibilidad de que el objeto de un contrato concreto sea ejecutado simultáneamente por diversos contratistas.

La norma jurídica legal o reglamentaria, comunitaria, estatal o autonómica, es la que debe regular determinadas materias nucleares de la contratación administrativa. Una de ellas es la relativa a los procedimientos y las formas de adjudicación y la condición de contratista. Un pliego de cláusulas administrativas no puede establecer en sus cláusulas un sistema de adjudicación que no esté previsto en la norma jurídica (...).

Por tanto, no es procedente que un artículo o un lote en un contrato de suministro pueda ser adjudicado simultáneamente a varios proveedores. De acuerdo con lo que prevé la norma, podrá articularse un contrato marco con varios proveedores, en el que se definirá una aproximación al precio y a las condiciones de suministro. Posteriormente, mediante un procedimiento negociado con todos los proveedores seleccionados en el acuerdo marco y cuando sea procedente el encargo de un suministro, se adjudicará un contrato concreto a un único proveedor y se fijará definitivamente el precio y las otras condiciones de ejecución.”

Trasladando dicha argumentación a la legislación vigente, el TRLCSP contempla la posibilidad de celebrar y adjudicar acuerdos marco con varios contratistas, y lo define como un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objetivo consiste en establecer las condiciones que rigen los contratos que se adjudiquen durante un período determinado, en particular respecto al precio y, cuando sea procedente, respecto a la cantidad estipulada. Sin embargo, celebrado el acuerdo marco con varios proveedores, lo que prevé la ley es que posteriormente mediante un procedimiento con los proveedores seleccionados en el acuerdo marco se adjudicará un contrato concreto a un único proveedor.

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

adjudicación que permita la adjudicación simultánea de un contrato derivado a una pluralidad de contratistas.

De hacerlo, los pliegos y/o el protocolo estarían infringiendo la norma jurídica a la que corresponde regular aspectos esenciales de la contratación administrativa como son los procedimientos y las formas de adjudicación. Así lo constató el TACRC en su Resolución nº 132/2013 de 5 de abril de 2013, cuando anuló una cláusula de un PCAP que posibilitaba la eventual adjudicación de cada contrato derivado a varios licitadores por ser contraria al artículo 198.4.e) del TRLCSP: *“Por otro lado, es claro que la elocuente dicción del artículo 198.4.e) debe prevalecer, como norma posterior de rango superior, sobre la del artículo 193.5.c) del Real Decreto 1098/2001, incluso si cualquier duda cupiere sobre su estricto ámbito de aplicación.”*

También la Directiva 2014/24/UE se refiere a un único adjudicatario cuando establece el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados de los acuerdos marco (El art. 33.5.d) de la Directiva 2014/24/UE coincide con el artículo 32.4.d) de la Directiva 2004/18/UE sobre contratación pública:

“5. Las licitaciones mencionadas en el apartado 4, letras b) y c), se basarán en los mismos términos que la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, y, cuando proceda, en otros términos indicados en los pliegos de la contratación del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

(...)

d) los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en los pliegos de la contratación del acuerdo marco.”

Pues bien, la resolución de adjudicación que nos ocupa, es contraria a la ley en cuanto permite adquirir el Paracetamol (lote 14), por motivos de seguridad u otra índole que enumera, al proveedor que considere oportuno el centro destinatario, aun cuando no sea el contratista que presentó la oferta económicamente más ventajosa y que obtuvo la mejor puntuación.

Al respecto, alega la recurrente que tales motivos de seguridad, eficiencia y gestión de residuos son incorporados por primera vez a la documentación del expediente de contratación en el Anexo III de la Resolución de adjudicación, sin que antes fueran expuestos tales motivos en los pliegos del acuerdo marco ni en ningún otro documento puesto a disposición de los licitadores.

En segundo lugar, indica que si los motivos de seguridad, eficiencia y gestión de residuos descritos en el Anexo III de la Resolución de adjudicación legitiman al centro destinatario para alterar la adjudicación del contrato a la mejor oferta presentada, es tanto como aceptar que tales motivos operan como verdaderos “nuevos” criterios de adjudicación, pues es innegable que en base a ellos se resuelve una nueva adjudicación del suministro.

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que los contratos derivados de un acuerdo marco han de ser adjudicados al licitador que haya presentado la mejor oferta según la valoración de los criterios recogidos en el protocolo y su ponderación.

Si bien es cierto que los concretos supuestos que permiten hacer pedidos a ofertas distintas a la que ha obtenido mayor puntuación no se desvela sino en el anexo III de la Resolución de adjudicación, ya en el Protocolo remitido para presentación de ofertas figuraba la posibilidad de que cada pedido “recaerá preferentemente la oferta más ventajosa”, es decir, no necesariamente a la mejor oferta según los criterios fijados, admitiendo que en otros supuestos se puedan hacer pedidos a ofertas menos puntuadas.

Por ello procede, en este momento, analizar la consecuencia de tal previsión del Protocolo.

Si la tramitación del expediente no hubiera respetado lo previsto en el Protocolo procedería, como pide la recurrente, adjudicar el contrato en los términos del mismo a la oferta más ventajosa. Pero, como hemos visto esta posibilidad ya estaba prevista cuando se remitió la invitación.

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

Por otro lado, la resolución del recuso ha de ser congruente con la pretensión del recuso, siendo que esta cuestión no ha sido planteada.

Tal como han sostenido lo órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, especialmente analizando supuestos criterios de adjudicación relativos a mejoras, pero también de otros que otorgan excesiva amplitud o discrecionalidad en su valoración, dichos criterios son contrarios al principio de igualdad y siendo los criterios de adjudicación un elemento esencial del procedimiento, se puede entender que se está vulnerando el procedimiento legalmente establecido, incurriendo en causa de nulidad absoluta.

El artículo 37.1.d) del TRLCSP establece que los contratos sujetos a regulación armonizada serán nulos tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 196 celebrado con varios empresarios, que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 198.4.

Por tanto este Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puso estas circunstancias en conocimiento de los interesados, otorgando plazo para formular alegaciones. En la notificación remitida se hacía constar que *“En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal previsión del Protocolo, aun no siendo objeto del recurso, es de aplicación obligatoria por haber aceptado los licitadores el contenido de los pliegos con la presentación de sus ofertas, de acuerdo con el artículo 145 TRLCSP, o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta y en este caso si la sanción de nulidad de pleno derecho ha de afectar también a todo el procedimiento de adjudicación por carecer de criterios de adjudicación.”*

Tanto el órgano de contratación como la recurrente se oponen a la declaración de nulidad del procedimiento. El primero porque el Protocolo recoge los criterios de adjudicación de cada lote y su ponderación y la previsión de adjudicación a más de un licitador estaba prevista en el mismo, y además porque el artículo 145 del TRLCSP establece que la presentación de una proposición supone la aceptación incondicional del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin ninguna excepción o reserva, siendo que el SERMAS puso en conocimiento de las empresas licitadoras “las reglas del juego” y éstas han sido aplicadas de la misma manera a todas.

B. Braun también se opone a la declaración de nulidad del procedimiento porque entiende que la cláusula del Protocolo debe mantenerse en su primera parte en que establece que la adjudicación se llevará a cabo en función de la puntuación total resultante por aplicación de los criterios técnicos y económicos recogidos en los anexos I, II y III, siendo que la segunda parte de dicha cláusula (*“dándose prioridad en el pedido de cada lote a las ofertas de aquellas empresas que hayan obtenido mayor ponderación en su valoración”*) sería no nula sino anulable, debiendo aplicarse solo la primera parte. Argumenta que no concurre ninguno de los

supuestos de nulidad de pleno derecho enumerados en la Ley 30/1992 o en el artículo 32 del TRLCSP, mantiene la anulabilidad del acto administrativo (el inciso del Protocolo) por vulneración del artículo 198.4 del TRLCSP y le atribuye como consecuencia que no implica la anulabilidad de los actos sucesivos en el procedimiento que sean independientes ni la nulidad de aquellas partes del mismo acto que también sean independientes de la parte que adolece el vicio. En concreto afirma que la invalidez de dicha segunda parte de la cláusula o estipulación tampoco implica la anulabilidad de los actos sucesivos del procedimiento de contratación, y en especial la valoración de las ofertas presentadas y la adjudicación del contrato, pues el órgano de contratación puede decidir la adjudicación conforme a la puntuación total obtenida por cada oferta mediante la aplicación de los criterios técnicos (anexo II-III) y económicos (anexo I), que también subsisten válidos. Siendo así, podemos afirmar que la parte viciada de la estipulación no es lo suficientemente relevante o importante para impedir que se dicte el acto administrativo de adjudicación.

La nulidad de pleno derecho, por razón de su carácter excepcional, debe ser objeto de una interpretación restrictiva. La nulidad es una medida extrema que sólo debe apreciarse en aquellos casos de gravísimas infracciones tipificables y que tiene un ámbito circunscrito a los supuestos concretos enumerados en la noma. A la luz de dicha restricción solo cabe confirmar que el inciso del Protocolo cuestionado es nulo de pleno derecho. La causa de nulidad sería la establecida en el artículo 37.1.d) del TRLCSP. Si bien en este caso no se ha llegado a la formalización del contrato y habiéndose respetado el plazo suspensivo los interesados han tenido la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación lo que no permite interponer la cuestión de nulidad tal como dispone el apartado 3 del citado artículo 37, cabe concluir que este supuesto de nulidad es trasladable al del artículo 62.1.d) de la Ley 30/1992 (haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), puesto que los contratos que se adjudiquen a la oferta que no sea la más ventajosa que se permite en el inciso cuestionado del protocolo y que se concreta en determinados criterios que se fijan en la notificación

de la adjudicación, no se ajusta al procedimiento establecido para la adjudicación de los contratos derivados, ni a los criterios fijados en el acuerdo marco. Es decir, se ha prescindido del procedimiento establecido y además no se ha tenido en cuenta uno de los trámites esenciales del procedimiento como es la existencia previa de criterios de adjudicación.

El principio de igualdad de trato de los participantes a una licitación exige como requisito esencial de la contratación pública la previa determinación y concreción de los criterios de adjudicación que servirán para valorar las distintas ofertas sin que sea lícito utilizar a posteriori otros criterios de adjudicación distintos de los que se pusieron en conocimiento de los licitadores en los anuncios y pliegos siendo incorporados al acuerdo marco. La posibilidad de realizar pedidos a ofertas que no sea la mejor valorada que figura en el Protocolo supone que la adjudicación de estos pedidos se realizará sin tener en cuenta el procedimiento legalmente establecido en el artículo 198 y con unos criterios de adjudicación diferentes.

Admitido que concurre el supuesto de nulidad plena del apartado del Protocolo que rige el contrato derivado relativo a la posibilidad de adjudicación a más de un licitador, cabe analizar si el mismo se puede anular en fase de adjudicación cuando, como se ha dicho más arriba el Protocolo que rige el contrato derivado no fue impugnado. Es decir, si con motivo de la adjudicación se pueden admitir alegaciones contra actuaciones que en su momento procedimental no fueron recurridas. La eventual existencia de causa de nulidad de pleno derecho no puede amparar la omisión de los plazos y cauces formales para interponer los recursos legalmente previstos por quienes se encuentren legitimados para ello.

En consecuencia, debemos plantearnos si tal previsión es de aplicación obligatoria a pesar de haber aceptado los licitadores el contenido de los pliegos con la presentación de sus ofertas, ex artículo 145 TRLCSP, o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta.

Con ocasión de la adjudicación el Tribunal puede declarar la nulidad de una estipulación que no haya sido recurrida en tiempo cuando en la misma concurra un vicio de nulidad o posibilite aunque sea de manera hipotética, una actuación arbitraria cuando la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión del recurso.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, eVigilo Ltd, acepta este criterio cuando señala como excepción al plazo de interposición del recurso el supuesto de que las condiciones de la licitación solo pueden percibirse una vez se analiza la motivación de la adjudicación. En el apartado 53 señala que procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18. En este caso la concreción de la adjudicación múltiple se ha producido en el acto de adjudicación y la fijación de los criterios que admiten pedidos a empresas que no hayan obtenido la mejor puntuación se fijan también en dicho acto. Por tanto el conocimiento del alcance del inciso objeto de recurso se ha producido en este momento y resulta de aplicación el supuesto de la mencionada Sentencia, por lo que procede anular tanto parcialmente la Resolución de adjudicación, en cuanto adjudica a ofertas que no son las mejor valoradas, como el inciso del protocolo del que trae causa.

Esta interpretación tampoco vulnera el principio de congruencia a que debe sujetarse el Tribunal en sus resoluciones, pues el *petitum* de la recurrente se concreta en que el contrato derivado sea adjudicado solamente a la oferta que obtuvo la máxima puntuación.

En consecuencia procede anular exclusivamente el inciso controvertido del Protocolo manteniendo los actos siguientes del procedimiento como es la valoración, pues se trata de actos independientes de aquella infracción, sin que la parte viciada

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

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

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra la Resolución de 29 de febrero del Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud, por la

que se adjudican los contratos derivados del acuerdo marco 14/164, suscrito por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para la selección de suministradores de medicamentos (20 lotes), lote 14, en los términos del Fundamento de Derecho quinto de esta Resolución.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento acordó este Tribunal el 17 de marzo.

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 49 del TRLCSP.