

Dictamen nº: **543/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **01.12.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 1 de diciembre de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación de los lotes 4 y 5 en el expediente de contratación del Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos antivirales para todos los hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de octubre de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen preceptivo referida al expediente de revisión de oficio aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 484/20, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante ROFCJA).

Estimándose incompleto el expediente remitido, por oficio del secretario de este órgano colegiado de fecha 28 de octubre de 2020, se solicitó -conforme a los artículos 14.1.g) y 19.2 del ROFCA- un complemento de documentación al no constar en el expediente la acreditación de las notificaciones efectuadas a las empresas licitadoras en el trámite de audiencia, solicitada en el Dictamen 328/20, de 28 de julio, ni encontrarse la propuesta de resolución debidamente fechada y firmada, quedando suspendido el plazo para la emisión de dictamen.

Por escrito de la subdirectora general de contratación del Servicio Madrileño de Salud de 6 de noviembre de 2020, registrado de entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el 10 de noviembre, se envía nueva documentación. Con ello, el expediente remitido puede considerarse completado, pese a las deficiencias que después mencionaremos, reanudándose el cómputo del plazo para la emisión de este dictamen.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en sesión celebrada el día 1 de diciembre de 2020.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo recibido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Por el viceconsejero de Sanidad y director general del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) se dicta resolución de 11 de marzo de 2019 en la que se autoriza el inicio y se ordena la tramitación del expediente de contratación del Acuerdo Marco PA SUM-22/18 *“para la adquisición centralizada de la contratación de medicamentos Antivirales (5 lotes) para todos los hospitales dependientes del SERMAS”*.

2.- El viceconsejero de Sanidad aprueba el 4 de junio de 2019, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas que han de regir en esa contratación.

3.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de junio de 2019, se autorizó la contratación por Acuerdo Marco mediante el procedimiento abierto con pluralidad de criterios, del suministro de medicamentos antivirales (...) 5 lotes, con destino a todos los hospitales dependientes del SERMAS, por un valor de 7.282.534,56 euros (IVA excluido) y un plazo de ejecución de un año, prorrogable otros dos.

4.- Por resolución del viceconsejero de Sanidad y director general del SERMAS de 26 de junio de 2019, se aprueba el expediente de contratación y se acuerda *“la apertura del procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios para la adjudicación del contrato de suministro de Medicamentos Antivirales (...) con un plazo de vigencia de 1 año y la contratación del Acuerdo Marco PA SUM-22/18 por un valor estimado de 7.282.534,56 euros, que ha sido autorizado por acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 25 de junio de 2019”*.

5.- Según se deduce del expediente, el anuncio de la citada contratación fue enviado el 30 de julio de 2019, al Diario Oficial de la Unión Europea para su publicación, y el 31 julio 2019 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la licitación del citado expediente PA SUM-22/2018.

El 9 de agosto de 2019 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, el anuncio de contratación pública por el que se convocaba la referida licitación.

6.- Trascurrido todo el procedimiento de contratación, se dicta la resolución 14/2020, de 17 de enero de 2020 de la viceconsejera de

Asistencia Sanitaria y directora general del SERMAS, por la que se adjudica el Acuerdo Marco PA SUM-22/2018 para el suministro de medicamentos antivirales (...) a las empresas que se relacionan en el anexo I, para los lotes que se indican, códigos nacionales y unidades de presentación y con sus precios sin IVA.

7.- Con fecha 3 de febrero de 2020 la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios emite informe de la modificación de la valoración técnica otorgada a la empresa Kern Pharma S.L. en los lotes 4 y 5, que figura en el anexo I de la resolución de adjudicación 14/2020. El informe se refiere a la valoración del criterio sobre identificación del medicamento en el acondicionamiento primario *“Envasado de distintas dosificaciones perfectamente identificadas con diferentes colores. SÍ/NO)”*, indicando, en síntesis, que se le han adjudicado indebidamente cuatro puntos a la citada empresa en ambos lotes, en vez de 0.

A la vista del anterior informe, se convoca con carácter extraordinario a la Mesa de contratación el día 11 de febrero de 2020. Según el acta levantada, se dio lectura al segundo informe de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de 11 de febrero de 2020, justificativo del error material advertido en la valoración técnica otorgada a Kern Pharma S.L como primera adjudicataria de los lotes 4 y 5.

La mesa acuerda: *“elevar nueva propuesta de adjudicación al órgano de contratación, en base al referido informe quedando afectados únicamente los lotes 4 y 5, manteniéndose con la misma puntuación y orden de prelación los tres lotes restantes: 1, 2 y 3”*.

Dicha acta, a la que se adjunta el cuadro con las puntuaciones corregidas de los lotes 4 y 5, está firmada el día 18 de febrero de 2020 y fue publicada el 19 de febrero en el Portal del Contratante de la Comunidad de Madrid.

8.- Por informe justificativo de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de fecha 24 de febrero de 2020, se manifiesta que se ha advertido un error material en el número del código nacional de la empresa ACCORD HEALTHCARE S.L del lote 2.

La Mesa de contratación se reúne en sesión extraordinaria el 10 de marzo de 2020 y según su acta firmada sin fecha, se acordó: *“elevar al órgano de contratación la propuesta de contratación que incluye la corrección de errores (del código nacional) de la empresa ACCORD HEALTHCARE S.L del lote 2, manteniéndose con la misma puntuación y orden de prelación los dos lotes restantes 1 y 3”*.

Así mismo, *“concurriendo (la) posibilidad de revisión de oficio de la adjudicación de los lotes 4 y 5, se inicia procedimiento de revisión de oficio en los citados lotes (sic)”*.

9.- Mediante resolución de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria 101/2020 de 10 de marzo, se procede a la corrección de errores en lo que se refiere al lote 2 de la empresa ACCORD HEALTHCARE, S.L: *“Donde dice: Código nacional: 718539.0 Debe decir: Código nacional: 716851.5”*.

TERCERO.- En cuanto al procedimiento de revisión de oficio objeto de este dictamen, consta en el expediente remitido, lo siguiente:

- El 5 de junio de 2020 se dictó por la subdirectora general de Contratación del SERMAS, la resolución en la que se acuerda incoar el procedimiento para declarar la nulidad de la adjudicación de los lotes 4 y 5 del Acuerdo Marco PA-SUM 22/2018 para el suministro de medicamentos antivirales (...) y dar trámite de audiencia a los interesados a fin de que puedan alegar y presentar los documentos que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, por un plazo de diez días desde la notificación del presente acuerdo. Obra en el

expediente el día 5 de junio de 2020 como fecha de envío de la notificación telemática a las nueve empresas.

- Sin más tramitación, el día 3 de julio de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen preceptivo del consejero de Sanidad, en relación al expediente de revisión de oficio de la adjudicación del PA-SUM 22/2018 aludido en el encabezamiento.

- La Comisión Jurídica Asesora emitió el Dictamen 328/20, de 28 de julio, en el que se acordó que procedía la retroacción del procedimiento de revisión de oficio para que se incorporaran las notificaciones y las alegaciones realizadas -en su caso- en el trámite de audiencia y se emitiera una propuesta de resolución.

- Por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria se dicta resolución de 2 de octubre de 2020, acordando la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente de revisión de oficio de la adjudicación de los lotes 4 y 5. Sin embargo, la parte dispositiva dice:

“1. La suspensión del plazo máximo para resolver el expediente de modificación contractual (sic) por el tiempo que medie entre la remisión del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, y la recepción por el órgano de contratación del informe preceptivo correspondiente.

2. Comuníquese la suspensión del plazo a la Sociedad Adjudicataria del Contrato y a la Entidad avalista”.

- La propuesta de resolución se formula el 5 de noviembre de 2020 por el director general de Gestión Económico Financiera y Farmacia del SERMAS en la que se acuerda:

“1. Formular la propuesta de Resolución para declarar la nulidad de la adjudicación de los lotes 4 y 5 del Acuerdo Marco PA-SUM 22/2018 (...)

2. Solicitar dictamen favorable, con remisión de documentación, a la Comisión Jurídica Asesora para dictar Resolución de nulidad de la adjudicación de los lotes 4 y 5 del Acuerdo Marco PA SUM 22/2018 (...)

3. Suspender el plazo máximo para resolver el expediente de nulidad, por el tiempo que medie entre la remisión del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la recepción por el órgano de contratación del informe preceptivo correspondiente.

4. Comunicar la suspensión del plazo a los interesados”.

Y en este estado del procedimiento, se acordó la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora, por el consejero de Sanidad.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, debe ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid sobre revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

La consulta se realiza por el consejero de Sanidad, órgano competente para ello en virtud del artículo 18.3 a) del ROFCJA.

Este dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- Resulta de aplicación al contrato a que se refiere este dictamen, 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/17).

La disposición transitoria primera de la LCSP/17 en su apartado 4 dispone que las revisiones de oficio iniciadas al amparo del artículo 34 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, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo por lo que, *sensu contrario*, las iniciadas con posterioridad habrán de regirse por la LCSP/17. Asimismo, señala en su apartado 5 que *“los contratos basados en acuerdos marco o en sistemas dinámicos de adquisición se regirán por la normativa aplicable a estos”*.

En concreto, el artículo 41.1 de la LCSP/17 establece que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de la LPAC, que regula la revisión de oficio en sus artículos 106 a 111.

El artículo 106.1 de la LPAC establece que las administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, podrán declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de su artículo

47.1.

Del referido artículo 106.1 se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en ese supuesto carácter vinculante. La referencia que hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, desde su creación por Ley 7/2015, de 28 de diciembre.

Previamente al examen del fondo del asunto, debe examinarse el cumplimiento de los requisitos de procedimiento y de plazo en la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.

En lo que se refiere a la tramitación, la LPAC no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar el carácter preceptivo del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda, que como hemos dicho, es la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Por ello, han de entenderse de aplicación las “*disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*” recogidas en el título IV de la LPAC, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida.

En cuanto al plazo, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictar y notificarse la resolución, producirá la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, si se hubiera iniciado de oficio, como es el caso que nos ocupa (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, recurso casación 804/2012).

Esas normas generales determinan que el procedimiento comience con un acuerdo de inicio y que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios *“para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”* (artículo 75.1 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC.

Respecto a esta cuestión, se impone la audiencia de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se les dé vista del expediente a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos. Este trámite se otorga una vez terminado el procedimiento, en el momento inmediatamente anterior a que se dicte la propuesta de resolución, propuesta que ha remitirse con la totalidad del expediente a la Comisión Jurídica Asesora.

En nuestro caso, el acuerdo de inicio de procedimiento de revisión de oficio para la nulidad de la adjudicación de los lotes 4 y 5 del Acuerdo Marco de Suministro PA-SUM 22/2018 se dictó por la subdirectora general de Contratación del SERMAS el 5 de junio de 2020.

En sus antecedentes de hecho se recogen algunos de los aspectos más relevantes del procedimiento de contratación y sus consideraciones jurídicas se limitan a transcribir determinados artículos de la LPAC, sin aplicarlos al caso. Sin embargo, no se concreta la causa de nulidad del artículo 39 de la LCSP/17 que se considera aplicable.

La citada resolución de inicio del procedimiento de revisión de oficio contenía en su apartado 3 la concesión del trámite de audiencia a las empresas licitadoras, en calidad de interesadas en el procedimiento, para que tomaran vista del expediente y presentaran alegaciones en el plazo de diez días. Si bien consta en el expediente que se envió dicho acuerdo a las nueve empresas licitadoras con fecha de 5 de junio, solo figura en la documentación remitida el acuse de recibo de las notificaciones de ocho de las empresas, ya que falta en el expediente la notificación efectuada a REDDY PHARMA IBERIA SA.

Como señaló el escrito del secretario de esta Comisión Jurídica Asesora de fecha 28 de octubre de 2020, en el que se solicitaba el complemento del expediente administrativo, el artículo 41.1 de la LPAC dispone que *“las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma”*. El citado precepto exige, además, que *“la acreditación de la notificación efectuada se incorpore al expediente”*.

La falta de la documentación acreditativa de la notificación del trámite de audiencia a la empresa REDDY PHARMA IBERIA S.A., no permitiría tener por cumplimentado correctamente dicho trámite y exigiría la retroacción del procedimiento para que se practicara la notificación debidamente y no causarle indefensión en el procedimiento. Ahora bien, estimando este órgano consultivo la improcedencia del procedimiento de revisión de oficio tramitado por el SERMAS, como seguidamente se expondrá, y para evitar más dilaciones y demoras en el procedimiento, se estima innecesaria la retroacción del procedimiento.

Mediante dicha resolución se acordó, pues, incoar el procedimiento para revisión de oficio, con el fin de declarar la nulidad

de la adjudicación efectuada por resolución 14/2020 de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria y directora general del SERMAS.

Transcurrido el plazo para efectuar alegaciones y sin que se hayan formulado estas por ninguna de las empresas licitadoras, se ha procedido, de acuerdo con lo indicado en el Dictamen 328/20, de 28 de julio, a dictar propuesta de resolución.

Se observa que la propuesta de resolución incorporada al procedimiento se limita a invocar el artículo 106 de la LPAC, sin hacer mención a la causa de nulidad en la que se fundamenta el procedimiento de revisión de oficio, a pesar de que en el citado dictamen se advertía cómo tenía que ser elaborada dicha propuesta, al señalar que *“deberá redactarse una propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad con la motivación que exige el artículo 35.1.b) de la LPAC”*.

Finalmente, en relación con el plazo máximo para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, el artículo 106.5 de la LPAC prevé que el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo.

En el presente caso, iniciado el procedimiento de revisión de oficio el día 5 de junio de 2020, el plazo expiraría el próximo día 5 de diciembre. Si bien es cierto que constan en el procedimiento dos acuerdos de suspensión en relación con las dos solicitudes de dictamen formuladas a esta Comisión Jurídica Asesora, en ninguno de los dos se acompaña la documentación acreditativa de haber efectuado las correspondientes comunicaciones a los interesados del acuerdo de suspensión, como exige el artículo 22.1.d) de la LPAC, que deben quedar incorporadas al expediente.

Además, en el Acuerdo de suspensión adoptado por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria el día 2 de octubre de 2020 se hace referencia a un procedimiento de modificación contractual y la necesidad de su comunicación a *“la sociedad adjudicataria del contrato y a la entidad avalista”*, por lo que dicho acuerdo no puede producir efectos suspensivos en el procedimiento de revisión de oficio.

En cualquier caso, la eventual caducidad del procedimiento por el escaso plazo para resolver que resta, no tiene incidencia en el presente caso en cuanto que, como hemos avanzado, este órgano consultivo estima que no procede la revisión de oficio de la resolución de adjudicación 14/2020.

TERCERA.- En lo que respecta a la potestad de revisión de oficio, esta Comisión Jurídica Asesora ha sostenido reiteradamente (Dictámenes 522/16, de 17 de noviembre, 82/17, 85/17 y 88/17 de 23 de febrero y 97/18, de 1 de marzo, entre otros muchos) que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva tal como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014), que cita reiterada jurisprudencia, la revisión de oficio aparece como *“(...) un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero*

procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”.

Así pues, se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (recurso 122/2016) y de 1 de abril de 2019 (recurso 1187/2017):

“1. El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos (los expresados en el apartado 1 del artículo 217 LGT, expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico. Sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical. Por ello, dada la "gravedad" de la solución, se requiere dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma, si lo hubiere (artículo 217.4 LGT segundo párrafo).

2. Se trata, por tanto, de un procedimiento excepcional, que únicamente puede seguirse por alguno de los tasados supuestos contemplados en el artículo 217.1 LGT (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, casación 6165/2011, FJ 3º). Debe ser abordado con talante restrictivo (vid. la sentencia citada de 18 de diciembre de 2007, FJ 6º)".

En cuanto que potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de motivos de nulidad corresponde

a la Administración como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011), de ahí la necesidad de que se indique la causa de nulidad que se contempla y se motive mínimamente, tal y como hemos señalado.

CUARTA.- En el caso que nos ocupa, se pretende la declaración de nulidad de la Resolución 14/2020, de 17 de enero de 2020 de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria y directora general del SERMAS, por la que se adjudica el Acuerdo Marco PA-SUM 22/2018 para el suministro de medicamentos antivirales (...) a las empresas que se relacionan en el anexo I.

Dicha resolución pone fin a la vía administrativa.

Procede pues analizar las concretas causas de nulidad para proceder a la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación, y vemos que ninguna en concreto ha sido invocada por la Consejería de Sanidad en su propuesta de resolución, y ello pese a que advertíamos de su necesidad en nuestro Dictamen 328/20 de 28 de julio, con claridad manifiesta en el párrafo reproducido con anterioridad. El órgano competente se ha limitado a enviar la misma propuesta de resolución pero esta vez, firmada y fechada.

No es función de esta Comisión Jurídico Asesora analizar las posibles causas de nulidad del artículo 39 de la LCSP/17 y determinar cuál es la aplicable, sino que precisamente es el órgano competente de la Administración el que ha de hacerlo y además, motivarlo en la propuesta de resolución, para que esta Comisión pueda ejercer su función de dictaminar sobre aquello que se nos consulta, junto con el examen del expediente administrativo.

Dicho lo cual, lo único claro es que la petición de nulidad se basa en que en la adjudicación del contrato de suministro hubo un error de

valoración, al otorgar cuatro puntos a la empresa Kern Pharma S.L en ambos lotes 4 y 5; cuando después y a resultas de la advertencia de una de las empresas licitadoras, resulta que el criterio sobre las características de identificación del medicamento se valoró incorrectamente, ya que el envase del medicamento no reunía los requisitos relativos a un color claramente diferenciado. Todo ello, según el informe de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, de 11 de febrero de 2020 que señala:

“Tras la publicación en fecha 31 de enero de 2020 de la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria y Directora General del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudica el AM PA. SUM-22/2018, la empresa licitadora Fresenius Kabi España S.A.U solicitó vista del expediente en lo referido al lote 5; a raíz de la consiguiente revisión de la totalidad de la documentación llevada a cabo por los técnicos evaluadores de la Unidad Promotora, SG de Farmacia y Productos Sanitarios, se ha detectado que en la valoración del Criterio correspondiente a la identificación del medicamento en el acondicionamiento primario ("4.- Envasado de distintas dosificaciones perfectamente identificadas con diferentes colores. (SÍ/NO)") de los lotes 4 y 5, se cometió el error material de otorgar a la empresa licitadora Kern Pharma S.L los cuatro puntos del criterio mencionado, cuando a la vista de las fotografías aportadas no se evidencia diferencia de color en el acondicionamiento primario entre las distintas dosificaciones.

Por tanto, la puntuación que se recogía en el anexo I del informe de fecha 12 de noviembre de 2019 de evaluación de criterios de carácter técnico de las empresas licitadoras incluidas en el acuerdo marco PA-SUM 22/2018 para la adquisición centralizada por procedimiento abierto de los medicamentos antivirales (5 lotes) para todos los hospitales dependientes del SERMAS, y que se muestra a continuación (...).

Debe ser sustituida por la reflejada en la siguiente tabla (...) De modo que la puntuación total para los licitadores de los lotes 4 y 5 quedaría de la siguiente manera (...)”.

En resumen, el error dio como resultado la adjudicación a Kern Pharma S.L de 20 puntos en los lotes 4 y 5, y tras la rectificación, obtendría solo 16 puntos, en el apartado “*Criterio sobre características del acondicionamiento primario* (sic)”. Con esta corrección, también variaría la puntuación total y además, la posición de las empresas licitadoras para resultar adjudicatarias. Kern Pharma SL ya no sería la primera en ambos lotes, sino que, la empresa Normon S.A quedaría primera con un total de 97 puntos en el lote 4; y la empresa Accord Health Care S.L.U. lo sería en el lote 5 con un total 97,74 puntos.

Ahora bien, esta Comisión Jurídica Asesora no tiene que pronunciarse sobre lo acontecido en el procedimiento de contratación, sino sobre la existencia o no de una causa de nulidad para que pueda acordarse o no la revisión de oficio del acto firme de adjudicación por resolución 14/2020, de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria.

Por ello, analizaremos en primer lugar, si existe alguna causa de nulidad aplicable en la LCSP/17. El artículo 39.1 de la citada ley se remite, en primer lugar, a las causas de nulidad de derecho administrativo previstas en el artículo 47.1 de la LPAC que considera nulos de pleno derecho los actos administrativos siguientes:

“a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.

En el presente caso, la resolución de adjudicación no vulnera ningún derecho de los comprendidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución Española; el órgano que lo ha dictado sí es competente y se ha seguido el procedimiento de contratación en todos sus trámites; su contenido es la adjudicación del contrato de suministro a las empresas que figuran en el anexo en cada uno de los lotes y desde luego, no es de imposible cumplimiento; ni mucho menos es constitutivo de delito o falta tipificados en el Código Penal, ni la resolución aparece tomada como consecuencia de ningún ilícito penal.

En cuanto a las normas para la formación de voluntad de los órganos colegiados, estas se contienen en los artículos 15 a 18 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y son aplicables a las Mesas de contratación. Constan en el expediente las actas de sus reuniones y en particular según las actas nº 7 de fecha 18 de febrero de 2020 y nº 8 de fecha 10 de marzo de 2020, en las que constan adoptadas las decisiones y, en lo que aquí interesa, no figura recogida en ellas ninguna vulneración de sus normas en cuanto a quorum, asistencia, toma de decisiones o acuerdos.

Por último, la resolución no es contraria al ordenamiento jurídico, sino que contiene un error en la valoración otorgada a una de las empresas, lo que ha afectado a la puntuación final y por ende a la posición de las empresas licitadoras de los lotes 4 y 5. La empresa Kern Pharma S.L (que sería la adjudicataria antes de la posible revisión) no ha llegado a adquirir derechos o facultades sin tener los requisitos para ello, ya que cumple con los requisitos de solvencia y demás establecidos en los PCAP conforme a la normativa de contratación, lo que sucede es que quedaría en primera posición indebidamente por ese error.

Respecto de la cláusula residual de la letra g), no apreciamos la existencia de otra ley aplicable que se haya vulnerado.

En cuanto al apartado 2 del artículo 39 de la LCSP/17 se refiere específicamente a las causas de nulidad de los contratos ya celebrados por poderes adjudicadores que son:

“a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible...; o la falta de clasificación, cuando esta proceda... o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

b) La carencia o insuficiencia de crédito (...)

c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante (...) en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo.

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos (...)

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública (...).

h) La falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122”.

Se ha dictado la resolución de adjudicación del acuerdo marco de suministro PA-SUM 22/2018 pero del expediente que se nos ha remitido, se deduce que el contrato administrativo no se llegó a firmar.

Ninguna de las causas relacionadas en el artículo 39.2 tiene encaje en el presente supuesto. Si analizamos el informe de la subdirección general de la unidad que promueve el contrato, justificativo de la existencia de ese error en la valoración, vemos que lo

que habría es un incumplimiento de la cláusula 1.6 de los PCAP, relativa a un criterio de adjudicación concreto que es el “*envasado de distintas dosificaciones perfectamente identificadas con diferentes colores: 4 puntos*”. Por un error en la apreciación de las fotografías aportadas por la empresa (que no permiten diferenciar los colores del envase del medicamento), se le han otorgado indebidamente a una empresa 4 puntos en vez de 0. Sin embargo, esta irregularidad no tiene encaje en ninguna de las causas referidas, ya que no toda aplicación indebida de los PCAP constituye una nulidad de pleno derecho que permita la revisión de oficio del acto de adjudicación; teniendo en cuenta además, que como ya hemos dicho, esta es una potestad exorbitante que ha de aplicarse con máxima rigurosidad y prudencia.

Por todo ello, concluimos que la irregularidad advertida no encaja en ninguna de las causas de nulidad generales de la LPAC o específicas de la LCSP/17, que permita acordar la revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato de suministro tantas veces referido, por lo que, por el órgano de contratación del Servicio Madrileño de Salud deberá acudir a otros medios de restablecimiento de la legalidad que procedan en derecho.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio del Acuerdo Marco PA-SUM 22/18 para el suministro indicado en el encabezamiento del dictamen, al no

concurrir ninguna causa de nulidad del artículo 47.1 de la LPAC, en la resolución de adjudicación 14/2020, de 17 de enero de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 1 de diciembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 543/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid