

**Recurso 234/2020**

**Resolución 38/2021**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA  
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 12 de febrero de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **FARMAINDUSTRIA-ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA (FARMAINDUSTRIA)** contra el anuncio y los pliegos que rigen el “Acuerdo marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de medicamentos biosimilares utilizados en los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud y las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias”, convocado por la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud (Expte. 2203/2020), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 7 de agosto de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento. Los días 10 y 17 de agosto se publicaron en el perfil de contratante corrección de errores en el objeto del contrato y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, respectivamente. Asimismo, los días 19 de agosto y 10 de septiembre se publicaron en el perfil de contratante las respuestas a consultas planteadas en relación con el acuerdo marco convocado a licitación..



El valor estimado del acuerdo marco asciende a 479.734.906,85 euros.

**SEGUNDO.** La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

**TERCERO.** El 28 de agosto de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por FARMAINDUSTRIA contra el anuncio y los pliegos que rigen el acuerdo marco indicado en el encabezamiento. En el escrito de recurso se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 31 de agosto de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, reclamándole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación recabada ha sido recibida en el Registro de este Tribunal.

**QUINTO.** El 17 de septiembre de 2020, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

**SEXTO.** Habiéndose concedido trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento por plazo de cinco días hábiles, no consta que se haya formalizado ninguna en el citado plazo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

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

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.*

El escrito de recurso se interpone contra diversas cláusulas de los pliegos por considerar la recurrente que las mismas lesionan derechos de sus asociados, respecto de los que tiene encomendada la defensa de sus intereses. Así, conforme al artículo 4 de los estatutos de la asociación, constituye el fin social de FARMAINDUSTRIA la representación y defensa de los legítimos intereses colectivos de las empresas asociadas.

Debe, pues, reconocerse legitimación a la asociación recurrente al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.



El recurso se dirige contra el anuncio y los pliegos que rigen un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 a) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 apartados a) y b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.*

*b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”.*

El anuncio de licitación fue publicado el 7 de agosto de 2020 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, facilitándose a través del mismo el acceso a los pliegos y demás documentación objeto del presente recurso. Así pues, aun cuando se publicaron rectificaciones de los pliegos con posterioridad, computando el plazo desde la publicación inicial del anuncio el 7 de agosto el recurso presentado en el Registro electrónico de este Tribunal el 28 de agosto se ha interpuesto dentro del plazo legal.

**QUINTO.** Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de sus motivos. FARMAINDUSTRIA solicita la anulación de la licitación y de los pliegos o bien su modificación en los términos que apunta en su escrito de recurso y funda esta pretensión en los motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

La recurrente dirige los tres primeros motivos de su escrito contra el objeto del contrato. Analizaremos los tres alegatos en este fundamento, exponiendo previamente los argumentos de la recurrente y del órgano de contratación.



En primer lugar, FARMAINDUSTRIA alega discrepancias respecto al objeto del contrato en el anuncio, los pliegos y las respuestas del órgano de contratación a las aclaraciones planteadas.

Esgrime que, según el anuncio de licitación y pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el objeto de la licitación es el acuerdo marco con varias empresas para el suministro de medicamentos biosimilares, si bien el pliego de prescripciones técnicas (PPT) se refiere a la adquisición de medicamentos tanto biosimilares como biológicos (originales).

Señala que, aunque el PCAP dispone que en caso de discrepancias entre este y el PPT prevalece lo dispuesto en aquel, en respuesta publicada en el perfil por el órgano de contratación a una consulta formulada en tal sentido se señaló que *“son admisibles las ofertas de los medicamentos originales, como se justifica en la memoria”*.

Concluye, pues, que estas discrepancias en los documentos de la licitación suponen una infracción del artículo 99 de la LCSP conforme al cual el objeto del contrato debe ser determinado, provocándose incertidumbre entre las empresas interesadas en participar en la licitación.

En su informe al recurso, el órgano de contratación alega que no existe tal discrepancia y que, conforme al apartado 2.1.1 del PCAP, el objeto del acuerdo marco es establecer la homologación de las condiciones de adquisición de los medicamentos seleccionados con el mismo grado de eficiencia, lo que no supone restricción a medicamentos originales ni a biosimilares. Concluye, pues, que *“Los medicamentos originales cuentan por definición con el mismo grado de eficiencia, por lo que contando con la misma esencia, con lógica inmediata se deduce que se encuentran incluidos, cuestión que incluso ha sido objeto de aclaración por parte del órgano de contratación ante la cuestión planteada”*.

Al respecto, hemos de indicar que el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante se refieren al *“acuerdo marco con varias empresas para el suministro de medicamentos biosimilares (...)”* y que el PCAP y el PPT llevan en su título la indicación de *“acuerdo marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de medicamentos biosimilares (...)”*.

Asimismo, la cláusula 2.1.1 del PCAP señala que *“El objeto de este acuerdo marco con varias empresas es establecer la homologación, de forma armonizada y homogénea en todos los centros del Servicio Andaluz de Salud*



*(SAS) y Agencias Públicas Empresariales Sanitarias (APES) andaluzas, de las condiciones de adquisición de los medicamentos seleccionados, con el mismo grado de eficiencia” y la cláusula 1 del PPT, coincidiendo con el tenor literal de la memoria justificativa publicada en el perfil, indica que “El objeto de este acuerdo marco es el de fijar las condiciones para el suministro de tracto sucesivo y precio unitario, de forma armonizada y homogénea en todos los centros del Servicio Andaluz de Salud (SAS) y Agencias Públicas Empresariales Sanitarias (APES), las condiciones de adquisición de los medicamentos seleccionados (biológicos con biosimilares), con el mismo grado de eficiencia”.*

Por último, ante las dudas suscitadas acerca de la inclusión o no de los medicamentos biológicos, se efectuó consulta que fue respondida por el órgano de contratación y publicada en el perfil de contratante en el sentido de que *“Son admisibles las ofertas de los medicamentos originales, como se justifica en la memoria”.*

Pues bien, ciertamente el artículo 138.3 segundo párrafo de la LCSP dispone que *“En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”.*

De este modo, a la luz del citado precepto legal, *prima facie* podría concluirse que, en efecto, a través de la respuesta vinculante del órgano de contratación publicada en el perfil se ha aclarado la cuestión dudosa sobre la inclusión en el objeto del contrato de los medicamentos biológicos. Ahora bien, la citada aclaración no se refiere a una cláusula concreta de los pliegos, sino que se proyecta sobre todo el contenido de estos y resulta de enorme trascendencia en la medida que afecta a un elemento esencial del acuerdo marco como es su objeto.

Asimismo, el anuncio de licitación y la denominación de ambos pliegos solo se refieren a los medicamentos biosimilares. En este punto, no debemos olvidar que el anuncio tiene una función primordial de ilustrar a cualquier interesado sobre los aspectos básicos de la licitación convocada, siendo el objeto del contrato uno de los primeros elementos sobre el que recae esa información obligatoria de los anuncios conforme al Anexo III de la LCSP, dado su carácter esencial.



Así las cosas, esa información insuficiente sobre el objeto que arroja el anuncio de licitación publicado en el perfil y en el Diario Oficial de la Unión Europea, podría haber impedido que potenciales licitadores de medicamentos biológicos presentasen su oferta al acuerdo marco con el evidente perjuicio que ello les supondría, tratándose de la selección de medicamentos a través de esta técnica de racionalización de la contratación.

Por ello, este Tribunal considera que la respuesta publicada en el perfil que dio el órgano de contratación a la aclaración solicitada no fue suficiente y que, estando aún abierto el plazo de presentación de ofertas, debió acudir a la vía prevista en el artículo 136.2 de la LCSP ampliando el plazo inicial y publicando en el perfil y en el Diario oficial de la Unión Europea las modificaciones llevadas a cabo en el anuncio y pliegos para incluir de modo expreso en el acuerdo marco, sin género de duda, los medicamentos biológicos además de los biosimilares.

Procede, pues, estimar este alegato de la recurrente en el sentido de que el objeto del contrato no se encuentra claramente determinado en el conjunto de documentos de la licitación pudiendo generar confusión, si bien las consecuencias de esta estimación se expondrán tras abordar los restantes motivos de impugnación.

Otra de las cuestiones planteadas en el recurso que afectan al objeto del acuerdo marco es la relativa a la configuración de los lotes por principio activo.

FARMAINDUSTRIA esgrime, en síntesis, que, al describirse los lotes del acuerdo marco por principio activo, se infringe la normativa de aplicación a los medicamentos biológicos ya que estos son productos singularizados que no pueden considerarse intercambiables ni sustituibles sin la autorización expresa del médico prescriptor; por tanto, sostiene que deberían haberse formado lotes independientes para cada uno de ellos identificados por su denominación comercial. Aduce que, además, tampoco se incluye una cautela en los pliegos que permita asegurar la continuidad de los tratamientos ya iniciados con medicamentos biológicos, salvo que a criterio del médico se decida su sustitución.

Frente al alegato opone el órgano de contratación que el acuerdo marco tiene la finalidad de facilitar la gestión de compras a los hospitales del sistema sanitario público de Andalucía, homogeneizando las condiciones y que dicho acuerdo marco no pretende entrar en temas que son de competencia del ámbito



clínico, como protocolizar o determinar cómo deben usarse los medicamentos. Pese a ello, señala el órgano de contratación que se ha incluido la cláusula de cautela que solicita la recurrente en el apartado 10.2.1 del PCAP.

Pues bien el alegato expuesto no puede prosperar. La cuestión que aquí plantea FARMAINDUSTRIA ya ha sido abordada ampliamente por este Tribunal. Por todas, citamos la Resolución 346/2019, de 24 de octubre, en la que indicábamos:

*«(…) no es la primera vez que este Tribunal aborda la cuestión aquí suscitada. Sirvan de ejemplo, las Resoluciones 394/2015, de 17 de noviembre, 34/2016, de 11 de febrero, 42/2018, de 15 de febrero, 144/2019, de 7 de mayo y 146/2019, de 14 de mayo, entre otras. En esta última, ya señalábamos en respuesta a un alegato similar que:*

*«(…) sin entrar en el debate acerca de si los medicamentos biológicos son o no sustituibles cuando su dispensación se produce en el ámbito hospitalario y no en las oficinas de farmacia, lo cierto es que la propia Orden SCO 2847/2007 deja a salvo la posibilidad de sustitución cuando el médico prescriptor así lo autorice. Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha abordado tal cuestión y así en su Resolución 214/2013, de 12 de junio, ya señaló que la prohibición de sustitución que afecta a estos medicamentos solo se refiere a las oficinas de farmacia.*

*Como ya indicábamos en nuestra Resolución 394/2015, de 17 de noviembre, “el carácter sustituible o no de los medicamentos biológicos en el ámbito hospitalario es una cuestión de carácter eminentemente clínico y asistencial que no tiene por qué afectar a la configuración del objeto del contrato por principio activo. Como señala el órgano de contratación, tras la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, la prescripción médica se realizará indicando el principio activo y en su caso, la denominación comercial que presente el adjudicatario en su oferta, pero ello no implica que obligatoriamente y en todo caso el médico tenga que prescribir aquella denominación comercial, puesto que en el supuesto clínicamente justificado de que fuese necesario prescribir otra denominación comercial, el facultativo podrá hacerlo, ya que prevalece ante todo la seguridad del paciente.*

*En definitiva, el suministro por principio activo no lleva inexorablemente a la consecuencia que, desde el punto de vista clínico o asistencial, pretende extraer la recurrente cuando*





*esgrime que, tras la adjudicación, no podrá prescribirse por el facultativo otro medicamento distinto al seleccionado en la licitación que contenga ese principio activo .*

*La única conclusión que puede extraerse es que se administrará el medicamento adjudicado, pero obviamente ello no tiene por qué englobar todos los supuestos clínicos que puedan darse en la práctica, sin que la licitación denunciada constituya per se un obstáculo a que pueda prescribirse otra denominación comercial cuando médicamente esté justificado, como así manifiesta el órgano de contratación. Para estos casos, habrá que habilitar otras vías legales de adquisición (...)».*

*De conformidad con lo expuesto, el alegato de ABBVIE no puede prosperar. Los pliegos impugnados, al configurar un procedimiento abierto para la adjudicación del suministro del principio activo ADALIMUMAB 40 mg, no están sustituyendo de facto al medicamento biológico del que es titular la recurrente, ni vulnerando la legislación farmacéutica. Solo están previendo la adquisición mediante pública concurrencia de un determinado principio activo, sin impedir otras vías de adquisición del fármaco biológico a que se refiere la recurrente.*

*ABBVIE parte de la premisa de que la licitación impugnada va a impedir la adquisición del medicamento biológico Humira®, pero no es esto lo que se desprende del tenor de los pliegos recurridos. El hecho de que, tras la tramitación del procedimiento abierto regulado en los mismos, pueda adjudicarse el suministro del principio activo ADALIMUMAB 40 mg a un licitador distinto de la recurrente, en nada obsta a que pueda seguir adquiriéndose por otros cauces legales el medicamento biológico con dicho principio activo del que ABBVIE es titular. El propio órgano de contratación lo reconoce cuando señala en su informe al recurso que, si a juicio del médico prescriptor procediera la continuidad del tratamiento con el fármaco biológico original para aquellos pacientes que ya lo hubieran iniciado, se habilitarían los mecanismos necesarios para que así fuera.*

*En definitiva, no existe impedimento legal ni clínico a una licitación por principio activo como la aquí impugnada. Como señalábamos en nuestra Resolución 146/2019, de 14 de mayo, ante un supuesto similar de licitación de medicamentos por principio activo, «desde una óptica puramente contractual, ningún reproche de legalidad puede hacerse a la definición del objeto contractual en el pliego, el cual encaja plenamente en las previsiones del artículo 99 de la LCSP y viene configurado atendiendo al principio*



*activo, lo que favorecerá la concurrencia permitiendo la participación de medicamentos biológicos y biosimilares, en consonancia con los principios básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 del citado texto legal.*

*Además, esta definición del suministro atendiendo al principio activo se encuadra en el ámbito de discrecionalidad que ostenta el órgano de contratación para determinar el objeto contractual de acuerdo con sus necesidades y forma parte de la libertad configuradora reconocida a dicho órgano que tiene amparo en el artículo 99.1 de la LCSP “El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única”».>>*

A la luz de esta doctrina del Tribunal, la configuración de los lotes del acuerdo marco por principio activo no infringe, como esgrime la recurrente, la normativa de aplicación a los medicamentos biológicos, sin que existan razones legales ni clínicas para la configuración de estos últimos en lotes independientes; no obstante, el PCAP salvaguarda la posibilidad de su dispensación al paciente cuando ello fuera necesario. En tal sentido, la cláusula 10.2.1 del PCAP establece que *“Excepcionalmente, se podrá formalizar la compra a una oferta diferente de entre las incluidas en el acuerdo marco por motivos clínicos, asistenciales o de índole sanitaria, que deben quedar debidamente justificados en el expediente”*.

Debe, pues, desestimarse el alegato analizado.

Por último, en este primer grupo de motivos relacionados con el objeto del acuerdo marco, FARMAINDUSTRIA denuncia la inclusión en el mismo lote y para un mismo principio activo de dos vías de administración distintas, en la medida que también se valora como criterio de adjudicación el mayor número de presentaciones ofertadas a cada lote, incluida la presentación en formato vial tal y como ha manifestado el órgano de contratación en respuesta a una consulta formulada.

A juicio de la recurrente, si la Administración considera valorar la presentación en vial en los lotes en los que no se haya incluido la vía de administración intravenosa, carece de justificación que esta no haya sido recogida en determinados lotes pero sí se tenga en cuenta en la valoración de los criterios. Se trataría, según la asociación recurrente, de una mejora encubierta. Aduce que si el pliego solicita un principio activo con vía de administración subcutánea y en la valoración se tiene en cuenta la presentación en vial (vía de



administración intravenosa), ello supone una modificación sustancial de las propiedades de aquel que es un límite establecido en el PCAP para la admisión de una variante.

Concluye, pues, que la inclusión en el mismo lote y para el mismo principio activo de dos vías de administración distintas (intravenosa y subcutánea), sin ponderar necesidades ni criterios de valoración, genera inseguridad jurídica ante la falta de criterios de interpretación y puntuación.

Frente a este alegato opone el órgano de contratación que hay una cierta confusión por parte de la recurrente porque está interpretando como lo mismo dos conceptos técnicos diferentes: forma farmacéutica y vía de administración, ya que un vial no es sinónimo de administración intravenosa. Una cosa es la denominada “forma farmacéutica”, es decir, el formato (contenedor) en que se presenta el medicamento inyectable (contenido) que puede ser vial, ampolla o jeringa precargada y otra diferente es la forma de administración del medicamento (vía de administración), que, entre otras, puede ser intravenosa (IV) o subcutánea (SC).

Continúa señalando que el hecho de que un medicamento se presente en formato (forma farmacéutica) de vial no quiere decir que tenga que administrarse única y necesariamente por vía intravenosa, pues existen ejemplos de medicamentos que se presentan en viales y se pueden administrar por vía subcutánea (desde los más clásicos como analgésicos, antibióticos, tranquilizantes o vacunas, hasta fármacos de última generación como anticuerpos monoclonales).

Y añade *“En la configuración de cada lote se establece su “vía de administración” y así se designa expresamente en los títulos descriptores de la columna donde aparecen.*

*Por tanto, el caso que presenta la recurrente no sería posible: un medicamento en formato vial, cuya única vía de administración (autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) fuese la IV, nunca podría presentarse a un lote que tenga definido en el PCAP la vía de administración SC, por razones obvias, de carácter técnico y legal.*

*En cambio, sí es posible y, por tanto, valorable, que una presentación en formato (forma farmacéutica) vial, que tenga autorizada por la citada Agencia su administración por vía SC, pueda con todos los derechos presentarse a un lote que tenga definida en el PCAP dicha vía de administración SC.*



*Es decir, que lo que se está indicando en el PCAP es que el medicamento que presente su oferta a un lote, tenga autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) la administración por la vía o vías que se licitan (porque esa es la necesidad que debe satisfacer el organismo con esta contratación). Pero no se exige que la presentación del principio activo sea en forma de vial o como jeringa precargada, eso no se cita, ni se exige en ningún lugar del PCAP, ni, por supuesto, se ponen cortapisas u obstáculos a ninguna de estas presentaciones.*

*(...) la conformación de los lotes responde a la necesidad que tiene que satisfacer el órgano contratante, puesto que en los hospitales, los principios activos denominados como lotes 2 y 4 se administran tanto por vía IV, como por vía SC (ambas autorizadas por la AEMPS).*

*(...) Está claro que, por ejemplo, una oferta que presente dos formatos del mismo medicamento, vial y en jeringa precargada, permitirá una mayor ductilidad en su manejo, puesto que una jeringa precargada es mucho más fácil de administrar por vía subcutánea que un vial (del cual hay que extraer la dosis prescrita manipulando el contenido).*

*Por tanto la posibilidad de utilizar una forma farmacéutica u otra, según los casos, resultará una ventaja técnica indiscutible para quien realiza la administración.*

*Esta característica técnica está incluida como criterio de adjudicación, se indica la ponderación y se describe claramente la forma, automática, que se utilizará para efectuar la valoración.*

*No estamos, por tanto, de acuerdo con la indeterminación o inseguridad aludida en el recurso (...)*

Pues bien, el apartado 2.1.1 del PCAP, dentro de la cláusula 2.1 relativa al objeto del acuerdo marco, establece que “De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 99 de la LCSP, los lotes se han establecido en base a la Denominación Oficial Española (DOE) del principio activo. Son los siguientes:

N.º LOTE	DENOMINACIÓN DEL LOTE	Vía de administración (*)
----------	-----------------------	---------------------------



1	<i>Adalimumab (D.O.E.) parenteral</i>	SC
2	<i>Epoetina alfa (D.O.E.) parenteral</i>	SC, IV
3	<i>Etanercept (D.O.E.) parenteral</i>	SC
4	<i>Filgrastim (D.O.E.) parenteral</i>	SC, IV
5	<i>Infliximab (D.O.E.) parenteral</i>	IV
6	<i>PEG-filgrastim (D.O.E.) parenteral</i>	SC
7	<i>Rituximab (D.O.E.) parenteral</i>	IV
8	<i>Somatropina (D.O.E.) parenteral</i>	SC
9	<i>Trastuzumab (D.O.E.) parenteral</i>	IV

*(\*) SC: subcutánea, IV: intravenosa*

Dentro, pues, del ámbito de discrecionalidad reconocido a los órganos de contratación para la configuración del objeto de los contratos en función de sus necesidades (v.g. Resoluciones 105/2020, de 12 de mayo y 111/2020, de 14 de mayo, entre otras muchas), el presente acuerdo marco se divide en 9 lotes de principios activos diferentes, previéndose para cada lote la vía de administración del medicamento requerida; así, en unos lotes solo cabe presentar medicamentos con vía de administración subcutánea (lotes 1, 3, 6 y 8), en otros solo con vía de administración intravenosa (lotes 5, 7 y 9) y en los restantes (lotes 2 y 4) se admiten medicamentos con cualquiera de las dos vías de administración, porque, como señala el órgano de contratación, los principios activos de estos dos lotes se administran en los hospitales por las dos vías, ambas autorizadas por la AEMPS.

Asimismo, la cláusula 7.3.1 del PCAP establece, dentro del criterio de adjudicación *“características de la presentación y el envasado y contenido informativo”*, el subcriterio *“número de presentaciones ofertadas”* en el que *“Por cada presentación ofertada al lote, se asignará 1 punto, hasta un máximo de 4 puntos”*

La controversia suscitada por FARMAINDUSTRIA surge al ser susceptible de valoración en el subcriterio de adjudicación la presentación en formato vial -según manifestó el órgano de contratación en respuesta a consulta formulada-, pues, a su juicio, en aquellos lotes que no hayan incluido la vía de administración intravenosa, la presentación en vial supondría una mejora encubierta, pues carecería de sentido que la vía intravenosa no se recogiera en las indicaciones del lote y sí se tuviera en cuenta como criterio de valoración.



Expuesto de este modo el alegato y vistos los argumentos de oposición del órgano de contratación, el motivo no puede prosperar. En el informe al recurso, se indica que los conceptos “vial” y “vía de administración intravenosa” son diferentes. El medicamento inyectable puede presentarse en distintas formas farmacéuticas (vial, ampolla o jeringa precargada), existiendo medicamentos en formato vial que se pueden administrar por vía subcutánea como sucede, según manifiesta el órgano de contratación, con medicamentos que van desde los más clásicos (analgésicos, antibióticos, tranquilizantes o vacunas) hasta fármacos de última generación como los anticuerpos monoclonales.

Así las cosas, se entiende que, en lotes donde solo se haya indicado la vía de administración subcutánea, una presentación en formato vial que tenga autorizada por la AEMPS aquella vía de administración puede perfectamente licitar a dichos lotes porque el requerimiento del PCAP para atender la necesidad administrativa es la vía de administración y no la forma farmacéutica. Por la misma razón, si en los citados lotes un licitador presenta dos formatos del mismo medicamento (por ejemplo, vial y jeringa precargada) ello sería valorable con arreglo al subcriterio del pliego pues, como afirma el órgano de contratación, la posibilidad de utilizar una u otra forma farmacéutica, según los casos, es una ventaja técnica indiscutible para quien realiza la administración del medicamento.

No existe, pues, la inseguridad jurídica denunciada en el recurso, debiendo desestimarse el motivo analizado.

**SEXTO.** En el siguiente alegato, FARMAINDUSTRIA impugna el establecimiento del umbral de 50 puntos previsto en la cláusula 2.1.2 del PCAP cuyo tenor es *“Cada lote del presente acuerdo marco se adjudicará a las empresas que obtengan una puntuación igual o superior a 50 puntos, por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el presente pliego para cada lote. En caso de que ninguna de las empresas alcance dicha puntuación, será adjudicataria la que obtenga la mayor puntuación. No obstante, en este caso, el SAS se reserva el derecho de declarar desierto el lote”*.

Frente al contenido de esta cláusula esgrime que el artículo 146.3 de la LCSP señala la posibilidad de establecer un umbral mínimo del 50% cuando en el proceso existan criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y criterios de carácter automático, asegurando de este modo que solo pasan a la fase de valoración con arreglo a estos últimos aquellas ofertas que hayan superado el umbral técnico y que, por tanto, gozan de calidad suficiente. Por eso, combate la cláusula transcrita con dos argumentos fundamentales que se exponen a continuación: :



1. En primer lugar, manifiesta que el establecimiento de un umbral mínimo de 50 puntos para poder continuar en el proceso cumple la finalidad de asegurar un mínimo de calidad en las ofertas. Por eso, contradice dicho objetivo la previsión del PCAP de que, si ninguna oferta alcanza dicha puntuación, será adjudicataria la que mayor puntuación obtenga, ya que de este modo no queda asegurado que la proposición seleccionada tenga una calidad suficiente, debiendo quedar desierto el lote.

2. En segundo lugar, tras afirmar que en esta licitación todos los criterios son de carácter automático, concluye que si el proceso no se articula en varias fases, carece de justificación y atenta contra la seguridad jurídica establecer este umbral, cuyo fin debe ser asegurar la calidad técnica de las ofertas dentro del proceso de selección.

Frente al motivo expuesto, el órgano de contratación esgrime que debe descartarse la presencia de dos fases en la licitación y cita en apoyo de esta afirmación la Resolución 191/2019 de este Tribunal (por error se indica la 2169/2019). Señala que si ninguna de las empresas alcanzara los 50 puntos con arreglo a los criterios de adjudicación, aun cuando el órgano de contratación se reserva el derecho de declarar desierto el lote, se prevé la adjudicación a la oferta con mayor puntuación como mejor opción disponible (que no la óptima) con el objetivo de no dejar desierto el lote, y ello porque resulta indiscutible que la AEMPS, al autorizar su comercialización, ha garantizado que ese medicamento cumple con los necesarios requisitos para su uso clínico, lo que lleva implícito una previa valoración de su calidad, eficacia y seguridad, quedando por tanto soslayada la inquietud manifestada en el recurso sobre la calidad técnica de las ofertas dentro del proceso de selección.

Concluye, asimismo, que este inciso final de la cláusula impugnada tiene como objetivo el aseguramiento del suministro por parte del Servicio Andaluz de Salud.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Sobre los umbrales mínimos de puntuación en el procedimiento abierto cuando existen criterios sujetos a juicio de valor y criterios de evaluación automática ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en tres ocasiones (Resoluciones 191/2019 y 192/2019, ambas de 13 de junio y 216/2020, de 26 de junio). En la última de las resoluciones citadas -recogiendo el criterio de las dos anteriores y ampliándolo con el análisis relativo a si cabe el establecimiento



de fases en el procedimiento abierto en el sentido que regula el artículo 146.3 de la LCSP y si en tal caso resulta obligado el umbral mínimo del 50% en los criterios cualitativos- señalábamos lo siguiente:

*<<Hemos de concluir, pues, a la vista de la citada sentencia [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018 (Montte, C-546/16)], que no es obligatorio pero sí posible el establecimiento de fases en el procedimiento abierto, de modo que las proposiciones que no alcancen un umbral mínimo en la evaluación de los criterios técnicos queden excluidas de la licitación y por ende, de evaluación posterior. Llegados a este punto, el umbral mínimo conforme a la legislación actual es el recogido en el artículo 146.3 de la LCSP “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”.>>*

Sobre la base de este criterio sostenido por el Tribunal con relación a los umbrales mínimos de puntuación en el procedimiento abierto, hemos de analizar la cláusula 2.1.2 del PCAP del presente acuerdo marco. En ella se indica lo siguiente: *“Cada lote del presente acuerdo marco se adjudicará a las empresas que obtengan una puntuación igual o superior a 50 puntos, por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el presente pliego para cada lote. En caso de que ninguna de las empresas alcance dicha puntuación, será adjudicataria la que obtenga la mayor puntuación. No obstante, en este caso, el SAS se reserva el derecho de declarar desierto el lote”.*

Asimismo, la cláusula 7.3 del PCAP solo establece criterios de evaluación automática, por lo que no existen dos momentos diferenciados en la valoración de las ofertas: primero con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor y posteriormente, conforme a los criterios de evaluación automática. Los citados criterios de la cláusula 7.3 son:

1. Oferta económica: 50 puntos.
2. Características de la presentación y el envasado y contenido informativo: 20 puntos distribuidos en los siguientes subcriterios:
  - 2.1 Número de presentaciones ofertadas : 4 puntos.
  - 2.2 Contenido informativo acerca de la composición del medicamento, que contiene el acondicionamiento primario de la Dosis Unitaria: 4 puntos.
  - 2.3 Aportar identificador de seguridad en el acondicionamiento primario: 3 puntos.





- 2.4 Aportar códigos de colores o código de identificación diferencial, en el caso de existir varias presentaciones con diferentes dosificaciones de un mismo principio activo: 3 puntos.
  - 2.5 Aportar dispositivo de seguridad: 3 puntos.
  - 2.6 Envases cuyo contenido se ajuste a la dispensación mensual del medicamento (destinados a pacientes externos): 3 puntos
3. Bonificaciones en dosis sin cargo del medicamento objeto del lote: 10 puntos.
4. Características farmacotécnicas y galénicas de la forma farmacéutica: 9 puntos distribuidos en los siguientes subcriterios:
- 4.1 Presentación del medicamento en forma farmacéutica predisuelta, respecto a formas farmacéuticas que se presenten en forma de polvo y requieran ser reconstituidas: 3 puntos
  - 4.2 Condiciones y tiempo de estabilidad del medicamento, que sean fácilmente asegurables: 3 puntos.
  - 4.3 Ausencia de látex: 3 puntos.
- 5 Descuento de un determinado porcentaje en el precio unitario: 5 puntos.
- 6 Criterio de trazabilidad: SEVEM AGREGADO: 3 puntos.
- 7 Criterio de servicio. Servicio urgente: 3 puntos.

Se aprecia, pues, que aun cuando solo hay criterios de evaluación automática, no todos ellos son criterios económicos. De los siete criterios de adjudicación, cuatro son de carácter cualitativo y tres de carácter económico. Por tanto, la aplicación del umbral mínimo del 50% previsto en la cláusula del PCAP impugnada es posible pero, conforme al artículo 146.3 de la LCSP y a la doctrina de este Tribunal expuesta en las resoluciones antes citadas, dicho umbral tendría que haberse circunscrito al conjunto de los criterios automáticos de carácter cualitativo; a saber, características de la presentación y el envasado y contenido informativo (20 puntos), características farmacotécnicas y galénicas de la forma farmacéutica (9 puntos), criterio de trazabilidad (3 puntos) y criterio de servicio (3 puntos), exceptuando los tres criterios de carácter económico.

Por tanto, como quiera que la cláusula 2.1.2 recurrida aplica el umbral mínimo del 50% sobre el conjunto de criterios de adjudicación, sin distinción entre cualitativos y económicos, vulnera lo dispuesto en el artículo 146.3 de la LCSP, sin que el órgano de contratación esté facultado para fijar fases y umbrales en el procedimiento abierto con desconocimiento de los requisitos y límites fijados en el citado precepto legal.



Por ello, aunque sobre la base de un razonamiento jurídico diferente al de la recurrente, ha de acogerse su alegato de que el umbral fijado en el pliego carece de justificación en la medida que su finalidad solo debe ser asegurar la calidad técnica de las ofertas dentro del proceso de licitación. Asimismo, por igual razón, no resultaría posible prever la adjudicación de los lotes del acuerdo marco a la oferta con mayor puntuación, en caso de que ninguna alcanzase en la valoración de los criterios de carácter cualitativo el umbral mínimo fijado conforme al citado artículo 146.3 de la LCSP, pues dados los términos taxativos del precepto ello supondría una clara vulneración del mismo.

En este punto, no debe olvidarse que, pese a las singularidades que pueda presentar la adjudicación del acuerdo marco como sistema de racionalización de la contratación, las normas por las que se rige son las generales de los contratos del sector público. Así, el artículo 220.1 de la LCSP dispone que *“Para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley”*, entre las cuales se encuentra el mencionado artículo 146.

Procede estimar el motivo y anular la cláusula impugnada al haber fijado erróneamente el umbral mínimo de puntuación en los criterios y vulnerar lo dispuesto en el artículo 146.3 de la LCSP.

**SÉPTIMO.** En el siguiente motivo, FARMAINDUSTRIA impugna determinados extremos del PCAP relativos a la adjudicación de los contratos basados. En el examen de los distintos motivos, primero se expondrán las alegaciones del recurrente y órgano de contratación para posteriormente abordar su estudio.

Son tres las cuestiones planteadas:

En primer lugar, respecto a la posibilidad prevista en el pliego de acudir a una nueva licitación o no en función de lo que consideren los órganos provinciales, FARMAINDUSTRIA manifiesta que resulta totalmente contradictorio afirmar que el mismo acuerdo marco, de un lado, tiene todos los términos fijados para poder celebrar contratos basados sin nueva licitación y, de otro, no tiene todos los términos fijados para así formalizar contratos basados con nueva licitación.

Considera infringido el artículo 221.4 a) de la LCSP en la medida que el PCAP no establece los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, quedando ello a la decisión discrecional de los órganos



provinciales e impidiendo que las empresas puedan conocer de antemano en qué casos procederá una nueva licitación, lo que afecta totalmente a la preparación de las ofertas desde su presentación en la fase de licitación al acuerdo marco y vulnera los principios de transparencia y libre acceso.

Opone el órgano de contratación que en la cláusula 10.1 del PCAP se contemplan los *“contratos basados en el acuerdo marco con varias empresas, con todos los términos fijados”* y se establecen dos procedimientos de adjudicación de los contratos basados: sin nueva licitación (procedimiento previsto en la cláusula 10.2.1) y con nueva licitación en los términos de la cláusula 10.2.2 *“si así lo considera el órgano provincial con competencias delegadas del Servicio Andaluz de Salud o las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias (APES) andaluzas, por entender que pueden mejorarse las condiciones de la oferta seleccionada, en alguno de los criterios de valoración que se detallan en el siguiente apartado(...)”*.

Por tanto, a juicio del órgano de contratación, no existe arbitrariedad en la decisión de acudir o no a una nueva licitación porque el PCAP determina claramente el supuesto en el que es posible acudir a la misma, esto es para mejorar las condiciones de la oferta en cuanto a criterios concretos como son la oferta económica, las bonificaciones en dosis del medicamento objeto del lote y los descuentos de un determinado porcentaje en el precio unitario.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen si bien manifestamos de inicio que el alegato no puede prosperar y ello por las siguientes razones:

1. La afirmación de la recurrente de que es contradictorio que el mismo acuerdo marco, de un lado, tenga todos los términos fijados para poder celebrar contratos basados sin nueva licitación y, de otro, no tenga todos los términos fijados para así formalizar contratos basados con nueva licitación, no se compadece con las previsiones legales. El artículo 221.4 a) de la LCSP dispone que *“Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con varias empresas, la adjudicación de los contratos en él basados se realizará:*

*a) Cuando el acuerdo marco establezca todos los términos, bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación(...)”*. Por tanto, también cuando todos los términos están fijados en el acuerdo marco es posible la adjudicación de los contratos basados con nueva licitación, como de hecho sucede en la licitación examinada donde la cláusula 10.1 *in fine* del PCAP establece que *“Puesto que el acuerdo marco se celebra con varias personas empresarias, y en él se encuentran fijados todos los términos, los contratos basados se*



*realizarán conforme al procedimiento establecido en el artículo 221.4 de la LCSP y en los términos que se indican en la presente cláusula del Pliego del acuerdo marco”. (El subrayado es nuestro).*

2. Tampoco puede prosperar el alegato de que el PCAP infrinja el artículo 221.4 a) de la LCSP al no establecer los supuestos en que se acudirá o no a una nueva licitación, dejando tal elección a la decisión discrecional de los órganos provinciales.

La cláusula 10.2.2 del PCAP señala en este punto que *“La adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco se podrá efectuar convocando a las partes a una nueva licitación, si así lo considera el órgano provincial con competencias delegadas del Servicio Andaluz de Salud o las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias (APES) andaluzas, por entender que pueden mejorarse las condiciones de la oferta seleccionada, en alguno de los criterios de valoración que se detallan en el siguiente apartado(...)”*.

Al respecto, hemos de indicar que el artículo 221.4 a) de la LCSP es rotundo y claro al señalar que cuando el acuerdo marco establezca todos los términos, la adjudicación de los contratos basados se podrá realizar bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación y que *“La posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinar los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable”*.

En el supuesto analizado, la posibilidad de aplicar los dos sistemas (con y sin licitación) está prevista en el PCAP. La controversia surge porque, a juicio de la recurrente, se deja al arbitrio de los órganos de contratación de ámbito provincial la decisión de acudir o no a una nueva licitación, extremo que niega el órgano de contratación para quien el PCAP sí ha previsto el supuesto en que es posible convocar una nueva licitación, a saber, la mejora de las condiciones de la oferta en cuanto a criterios concretos.

Pues bien en el extremo expuesto, una lectura detenida de la cláusula impugnada permite dar la razón al órgano de contratación. La cláusula 10.2.2 del PCAP sí prevé los supuestos en que se acudirá o no a la nueva licitación; así, la mejora en los contratos basados de la oferta realizada en el acuerdo marco respecto a determinados criterios de adjudicación especificados en la cláusula es el supuesto descrito en el pliego para acudir a la nueva licitación. De este modo, si se delimita con claridad desde el principio cuando se podrá utilizar uno u otro sistema de adjudicación de los contratos basados. El hecho de que la decisión de acudir a uno u otro quede a criterio del órgano provincial no contradice el precepto legal, que solo obliga a



una definición previa de los supuestos con la finalidad de que las reglas de adjudicación estén establecidas a priori de un modo claro y sepan los licitadores cuándo y cómo van a utilizarse, pero sin que dicho precepto impida que la concreción o aplicación del supuesto legal quede diferida a un momento posterior, a fin de que sean los órganos de ámbito provincial quienes, cuando tengan necesidad de adjudicar contratos basados, decidan si es posible mejorar las condiciones de la oferta en los criterios de adjudicación específicos que prevé el PCAP.

Procede, pues, la desestimación del motivo analizado.

En segundo lugar, respecto a la adjudicación de contratos basados sin nueva licitación, FARMAINDUSTRIA señala que *“al tratarse de un supuesto en el que no se realiza una nueva licitación por haber quedado todos los términos fijados en la fase de AM (acuerdo marco), se debería respetar la clasificación establecida adjudicando los contratos basados a la mejor oferta según la puntuación obtenida. Sin embargo, el pliego recoge una clasificación distinta a la establecida en el AM”* y que *“a pesar de cambiar las reglas de adjudicación (debiendo emitirse por lo tanto una nueva adjudicación, ya que se puede obtener en el derivado un adjudicatario distinto que en el AM) se indica en el pliego que no es necesaria para la adjudicación la intervención preceptiva de la mesa de contratación”*.

Pues bien, el artículo 221.4 a) de la LCSP señala, en lo que aquí interesa, que *“Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación”*.

El precepto legal prevé, pues, que en el pliego se indiquen las condiciones objetivas para determinar la entidad adjudicataria del contrato basado de entre las seleccionadas en el acuerdo marco, pero no obliga a que la adjudicación del contrato basado sin nueva licitación deba recaer necesariamente en quien realizó la mejor oferta y obtuvo la mejor puntuación en el acuerdo marco. De ser así, perdería virtualidad la figura del acuerdo marco con varios empresarios para confundirse con la del acuerdo marco con un único empresario, pues siempre resultaría adjudicataria de los contratos basados la misma empresa.

Así pues, la cláusula 10.2.1 del PCAP, en cuanto determina la adjudicación de los contratos basados sin nueva licitación conforme a un orden de prelación objetivo que precisamente toma en consideración la



puntuación obtenida por las ofertas en distintos criterios del adjudicación del acuerdo marco, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 221.4 a) de la LCSP, sin perjuicio de lo que posteriormente se analizará.

Dice así la cláusula “(...) Para la adjudicación de los contratos basados, de entre las empresas que hayan sido seleccionadas en el Acuerdo Marco, se establecerá el siguiente orden de prelación:

1°. Por orden decreciente de menor a mayor coste final por Dosis Unitaria.

*Este precio final se calculará algebraicamente, teniendo en consideración los siguientes apartados: la oferta económica, las bonificaciones en dosis sin cargo del medicamento objeto del lote y el abono contable a realizar en las facturas de pedidos emitidos con cargo a los contratos basados.*

2°. A igualdad de coste final por Dosis Unitaria entre dos o más proveedores, se seleccionará según el resultado de sumar la puntuación obtenida en los apartados siguientes de los criterios de valoración del Acuerdo Marco:

- Criterio nº 2. Características de la presentación y el envasado y contenido informativo

- Criterio nº 4. Características farmacotécnicas y galénicas de la forma farmacéutica

3°. A igualdad de puntuación en todos los criterios anteriores, se seleccionará por el criterio nº 6 Criterio de Trazabilidad: SEVEM AGREGADO y, finalmente, si continuara el empate, por el criterio nº 7 Criterio de servicio. SERVICIO URGENTE”.

Por último, la recurrente cuestiona que no se haya previsto la intervención de la mesa, sin que tampoco pueda dársele la razón en este extremo porque, al estar fijados en el pliego del acuerdo marco las condiciones objetivas que determinarán la adjudicación del contrato basado sin licitación, no resulta preceptiva la intervención de la mesa. El artículo 221.4 a) no exige dicha intervención, pues, reiteramos, en principio, no hay que valorar ninguna oferta -función primordial de la mesa de contratación conforme al artículo 5 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados-, sino solamente aplicar las condiciones objetivas del pliego a las ofertas seleccionadas en el acuerdo marco. Además, debe recordarse que en el acuerdo marco existen dos fases hasta llegar a la adjudicación del contrato basado, habiendo ya intervenido preceptivamente la mesa en la fase previa de adjudicación del acuerdo marco.

Con base en las consideraciones anteriores, el motivo debe ser desestimado.

En tercer lugar, en cuanto a la adjudicación de contratos basados con nueva licitación, la recurrente alega que se establecen criterios para la valoración de las ofertas dejando claro el pliego que ninguno de ellos puede referirse a las descripciones técnicas de los productos. De este modo, afirma que “la calidad se



*evalúa en la adjudicación del AM pero no se tiene en cuenta en el derivado con nueva licitación y en el derivado sin nueva licitación solo se tendrá en cuenta para el caso de empate de los criterios económicos (precio, bonificaciones, abono)” y concluye que “la celebración de una nueva licitación a nivel provincial, hospitalario o de plataformas logísticas desvirtúa la eficacia del AM y genera inseguridad jurídica (no hay criterios para esta segunda vuelta) además de poder dar lugar a una nueva bajada de precio”.*

El órgano de contratación esgrime que los criterios de tipo técnico han sido tenidos en consideración en la fase de adjudicación del acuerdo marco, no siendo necesario que se vuelvan a valorar cada vez que se requieran contratos basados, en aras no solo de una armonización de criterios en todos los centros sanitarios públicos, sino también de conseguir una simplificación que facilite a dichos centros la racionalización de su gestión administrativa, que es otro de los objetivos de un acuerdo marco. A juicio del órgano de contratación, ello no es contrario a la normativa contractual siendo la elección de los criterios de adjudicación vinculados al objeto del contrato una elección del órgano de contratación en base a sus necesidades, que no puede ser soslayada por la recurrente.

Pues bien, no procede acoger el motivo esgrimido por FARMAINDUSTRIA. El acuerdo marco, como sistema de racionalización técnica de la contratación, implica la licitación de un determinado suministro, servicio u obra en dos fases sucesivas: una primera en la que se elegirán uno o varios licitadores y se definirán los elementos esenciales del contrato y una segunda fase donde se concretarán las prestaciones a contratar y se elegirá definitivamente al adjudicatario con quien se formalizará el contrato basado. A través de ambas fases se van perfilando los elementos esenciales de la licitación que -si bien definidos desde el principio en el pliego en aras de la transparencia del proceso y de la seguridad jurídica de los licitadores quienes deben conocer desde el momento de preparar sus ofertas en el acuerdo marco cómo se adjudicarán los contratos basados- permitirán como objetivo último la selección de la oferta que mejor satisface las necesidades concretas del órgano de contratación. Quiere decirse, pues, que esta oferta última es el resultado de ese proceso complejo con dos fases en el que se habrán ido superando los requisitos y criterios de selección/adjudicación establecidos para las mismas. No cabe ver dicha oferta como el resultado único del proceso de adjudicación de los contratos basados, pues aquella ya habrá sido seleccionada previamente en la primera fase de adjudicación del acuerdo marco.

Es en este contexto en el que debe examinarse la denuncia que efectúa la recurrente de que no se tenga en cuenta la calidad, ni en los criterios de adjudicación de los contratos basados con nueva licitación, ni en la



adjudicación sin licitación de dichos contratos más que en caso de empate en los criterios económicos. De este modo, el mandato del artículo 145.1 de la LCSP en cuanto a la mejor relación calidad precio como objetivo en la adjudicación de los contratos tiene que contemplarse en el conjunto de las dos fases antes expuestas y no de modo desagregado para una sola de ellas, pues para llegar a la oferta adjudicataria del contrato basado, previamente se ha tenido que evaluar la misma en el acuerdo marco con arreglo a criterios no exclusivamente económicos, como ya hemos visto en la cláusula 7.3 del PCAP donde se establecen hasta cuatro criterios cualitativos frente a solo tres de carácter económico. Debe darse, pues, la razón al órgano de contratación cuando esgrime en su informe al recurso que los criterios técnicos ya han sido tenidos en consideración en la fase de valoración de las ofertas para la adjudicación del acuerdo marco.

Además, el artículo 221.4 a) de la LCSP solo obliga a que el pliego del acuerdo marco defina los términos que serán objeto de la nueva licitación, así como las condiciones objetivas para determinar la adjudicación del contrato basado sin licitación. Es decir, el precepto pretende que queden fijados de antemano los términos y condiciones de la adjudicación de los contratos basados, pero no indica el legislador cuáles deban ser estos, pues lo que interesa es solo su precisión y detalle en los pliegos del acuerdo marco.

Procede, pues, desestimar el motivo analizado.

**OCTAVO.** Por último, FARMAINDUSTRIA esgrime dos motivos con relación al precio de licitación/adjudicación.

En primer lugar, señala que el PPT establece que el precio unitario de licitación (en adelante PUL) y los precios ofertados, estarán referidos a la unidad de medida definida como dosis unitaria y que todos los principios activos del expediente se encuentran incluidos en el sistema de precios de referencia (SPR) si bien su precio máximo de licitación es bastante inferior al precio de referencia.

Manifiesta que *“la publicación de que «España compra centralizadamente» a un precio más bajo y publicado arrastra los precios en otros países( ...). Esto genera una fuerte penalización para las ventas mundiales de las compañías participantes y supone un fuerte desincentivo para las empresas a participar en las licitaciones.*





*Para incentivar las compras centralizadas, la Administración debería comprometerse a no modificar el precio intervenido una vez establecido el precio de adjudicación mientras dure el acuerdo marco (...)*”.

Por su parte, opone el órgano de contratación que este alegato de la recurrente sobre el entorpecimiento de la política comercial de las empresas, al desvelarse que pueden suministrar el producto a un precio más bajo, no es más que una muestra de lo acertado del acuerdo marco como elemento que ayuda a la sostenibilidad de las arcas públicas. Además, concluye que FARMAINDUSTRIA solo muestra su desacuerdo pero no justifica una acción reprochable de la Administración.

Pues bien, lo primero que se observa es que, en efecto, la recurrente solo manifiesta su desaprobación con que el precio de adjudicación del acuerdo marco pueda ser modificado a la baja en los contratos basados, pero al realizar tal afirmación no invoca ni acredita infracción legal alguna.

Asimismo, hemos de tener en cuenta que el objetivo del legislador (artículo 219 y siguientes) es que las reglas de adjudicación estén claras para los licitadores que deseen participar en el acuerdo marco, pero alcanzado este objetivo no hay cortapisa legal a que en la segunda licitación el precio pueda ser también criterio de adjudicación. Si no hay nueva licitación, el precio de la oferta en el acuerdo marco será el mismo que en el contrato basado, pero si hay nueva licitación para mejorar algunas condiciones de la oferta seleccionada, nada impide que esta mejora pueda recaer sobre el precio si así se prevé en el PCAP.

Como señala la Resolución 1042/2018, de 16 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“En los contratos basados en el acuerdo marco, a los adjudicatarios se les ha aplicado por una parte, los criterios para la adjudicación del contrato marco y por otra, los propios de este procedimiento o segunda fase (precio o precio y mejoras, a decidir por las entidades que lo convocan). Esto es, de acuerdo con la doctrina previamente señalada con ambas fases o procedimientos se van perfilando los elementos esenciales de la licitación, siendo lo principal que se evite cualquier tipo de desigualdad o discriminación. En definitiva que los licitadores estén suficientemente orientados a la hora de realizar sus ofertas. La necesidad de no discriminar a los licitadores ya desde la fase del acuerdo marco hace que los pliegos deban redactarse en términos que vinculen a los órganos de contratación que deben adjudicar los contratos derivados, en cuanto a los criterios de adjudicación a seleccionar y a la ponderación que debe corresponder a cada uno de ellos, de forma que resulte suficientemente orientativa para los posibles licitadores a la hora de formular sus ofertas”*.



En segundo lugar, la recurrente plantea otra cuestión enlazada con lo anterior relativa a la condición especial de ejecución establecida en la cláusula 9.1.12 del PCAP *“La empresa adjudicataria se compromete a adaptar el precio a la baja del contrato y a abonar la diferencia económica, tomando como referencia el menor precio ofertado por dicha empresa al procedimiento de acuerdo marco centralizado del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, de selección de suministradores de medicamentos Biosimilares para determinados órganos de contratación del Sistema Nacional de Salud, para el periodo que dure el acuerdo marco y sus contratos basados”*.

Esgrime que esta cláusula incumple el artículo 202 de la LCSP obligando al adjudicatario a bajar su precio de adjudicación en función del obtenido en otro proceso de licitación totalmente distinto, no teniendo tampoco ninguna relación con el objeto del contrato.

Frente al motivo se alza el órgano de contratación en su informe al recurso señalando que:

- 1) Existe una manifiesta vinculación con el objeto del contrato, ya que se trata del mismo medicamento objeto de licitación.
- 2) Se trata de una condición especial de ejecución de carácter económico de las mencionadas en el artículo 202 de la LCSP.
- 3) En caso de incumplimiento de la condición especial de ejecución, que no es considerada como obligación esencial a efectos del artículo 211 f) de la LCSP, la consecuencia no es la resolución del contrato sino la imposición de una penalidad.
- 4) La presente condición de carácter económico es adecuada a la finalidad de la ley para conseguir una verdadera adecuación al precio de mercado y favorecer la transparencia.

Pues bien, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, en su considerando 104, señala que *“El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas”*. Asimismo, en su artículo 70 “Condiciones de ejecución del contrato” dispone que *“Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir*



*consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo”.*

Y en sentido muy similar al de la Directiva, el artículo 202 de la LCSP establece que “ *1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.*

*(...)*

*2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.”*

Al respecto, una interpretación literal de los preceptos expuestos nos lleva a estimar que las consideraciones económicas constituyen en sí mismas una de las materias sobre las que pueden versar las condiciones especiales de ejecución, además de la innovación y los aspectos sociales o medioambientales.

La cuestión es que la ley no define cuáles puedan ser esas consideraciones económicas o qué finalidades puedan perseguir, como sí lo hace respecto a las consideraciones medioambientales y sociales. Ello obliga a analizar caso a caso, pues la casuística puede ser amplia en atención al objeto y peculiaridades de cada contrato. Así en el supuesto analizado, la condición especial establecida en el pliego se refiere al compromiso de adaptación del precio a la baja del contrato, con abono de la diferencia económica, tomando como referencia el menor precio ofertado por la empresa al procedimiento de acuerdo marco centralizado del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, de selección de suministradores de medicamentos biosimilares para el Sistema Nacional de Salud durante el periodo que dure el acuerdo marco y sus contratos basados.

Tal previsión afecta al precio que es uno de los elementos esenciales del contrato e impone su modificación a la baja cuando se dé la circunstancia anteriormente descrita, lo que, a juicio de este Tribunal, excede del ámbito propio de las condiciones de ejecución que, al fin y al cabo, no dejan de ser obligaciones derivadas del contrato que, como tales, han de respetar los elementos esenciales del mismo, y entre ellos el precio adjudicado y pactado.



De este modo, cualquier variación prevista en el mismo no puede sustentarse en el artículo 202 de la LCSP configurándose como condición especial de ejecución, pudiendo ampararse a lo sumo, como ya ha manifestado este Tribunal con ocasión de otro recurso especial interpuesto contra los mismos pliegos, en los preceptos legales que regulan la modificación de los contratos y en particular, en el artículo 204 de la LCSP *“Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

La Resolución 282/2020, de 27 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aborda una cuestión similar a la aquí resuelta señalando que *«El siguiente motivo del recurso se refiere a las modificaciones contractuales previstas en el apartado V) del cuadro resumen, según el cual “si durante la vigencia del contrato o contratos resultantes de este procedimiento, el adjudicatario viniera a ofertar unas condiciones económicas más ventajosas a las incluidas en el contrato en vigor, por razones de interés público se procederá a modificar el contrato de acuerdo a las mismas”*.

*Alega la recurrente que con esta previsión se pretende que todos aquellos licitadores cuya oferta cumpla con los requisitos técnicos podrán realizar mejoras de precio en sus productos a lo largo del contrato, lo que supondría, dice, una variación constante de una de las puntuaciones que se deben de tener en cuenta a la hora de identificar cuál es la mejor oferta de cada lote en los contratos basados.*

*Frente a ello, el OC pone de manifiesto que no se trata de mejoras en el precio de todos los licitadores, sino de que, si una empresa ya es adjudicataria de un contrato basado y decide aplicar precios más bajos, favorece el interés público, el ahorro económico de la Administración y no quebranta los pliegos.*

*Como hemos dicho en nuestra reciente Resolución del Recurso 1479/2019, relativa a este mismo procedimiento de contratación, esta cláusula no es sino la aplicación al presente Acuerdo Marco de lo que establece el artículo 193.5.e) del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual el órgano de contratación determinará en el PCAP, en particular, los siguientes aspectos específicos:*

*“e) Obligación de los adjudicatarios de aplicar a los bienes durante la vigencia del contrato de adopción del tipo, los precios y condiciones con que concurren en el mercado si mejoran los de adjudicación, siempre que las circunstancias de la oferta sean similares. Los adjudicatarios vendrán obligados a comunicar al citado centro directivo los nuevos precios y condiciones para su aplicación generalizada a los sucesivos suministros del tipo”.*



*Las condiciones económicas más ventajosas podrán realizarse, tanto por los ya adjudicatarios de los contratos basados, como lo que no lo sean, y, en consecuencia, podrían influir en la adjudicación de los contratos basados, si el precio es uno de los criterios de adjudicación.*

*Todo lo cual se considera conforme a Derecho, por lo que el presente motivo debe ser rechazado>>.*

Procede, pues, estimar el motivo analizado y anular la condición especial de ejecución establecida en la cláusula del PCAP impugnada.

Con base en las consideraciones realizadas a lo largo de la presente resolución, procede la estimación parcial del recurso interpuesto con anulación de las cláusulas del PCAP que este Tribunal ha considerado no ajustadas a derecho, lo que conlleva la propia anulación de los pliegos impugnados, incluidos los demás actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de aquellos, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

Asimismo, en caso de elaborarse nuevos pliegos que sustituyan a los aquí anulados, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, de modo que quede claramente determinado en el anuncio, pliegos y demás documentos del expediente la inclusión de los medicamentos biológicos en el objeto del acuerdo marco si esta es la voluntad efectiva del órgano de contratación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **FARMAINDUSTRIA-ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA (FARMAINDUSTRIA)** contra el anuncio y los pliegos que rigen el “Acuerdo marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de medicamentos biosimilares utilizados en los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud y las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias”, convocado por la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de



Salud (Expte. 2203/2020), y en consecuencia, anular los citados actos en los términos indicados en el fundamento de derecho último de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 17 de septiembre de 2020.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.





**Recurso nº 1178 y 1183/2020 C.A. Región de Murcia 85 y 87/2020**

**Resolución nº 60/2021**

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

En Madrid, a 22 de enero de 2021.

**VISTOS** los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. E. A. S., en representación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y D. I. M. C. G., en representación de ELSAMEX, S.A.U., contra su exclusión de la licitación del contrato de “*servicio mantenimiento, auxiliares de pista y salas, control de accesos y limpieza en instalaciones deportivas*”, con expediente n.º 0156/2019, convocada por el Ayuntamiento de Murcia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El 24 de diciembre de 2019, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 23 de diciembre de 2019, a las 09:32 horas, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), se publican los anuncios de la licitación del contrato de servicio mantenimiento, auxiliares de pista y salas, control de accesos y limpieza en instalaciones deportivas, expediente 0156/2019, licitado por el Ayuntamiento de Murcia.

El contrato, calificado como servicios, clasificación CPV 77320000, servicios de mantenimiento de campos deportivos, 90911200, servicios de limpieza de edificios, tiene un valor estimado de 9.887.768,97 euros, IVA excluido, licitándose por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, y con presentación de ofertas electrónica, y dividido en tres lotes.

**Segundo.** Llegado el término de presentación de ofertas, entre los licitadores presentados se encuentran FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX, S.A.U., ambas a los tres lotes.

El 28 de enero de 2020 la mesa de contratación procede a la apertura sucesiva de los archivos electrónicos que contienen la documentación acreditativa de la capacidad y



solvencia, admitiendo a todos los licitadores, y seguidamente de la parte de la oferta dependiente de juicio de valor.

El 25 de febrero la mesa procede al examen del informe de valoración de las ofertas relativas a criterios dependientes de juicio de valor, manifestando su conformidad con él.

El mismo día 25 de febrero las 9:40 horas, vuelve a reunirse la mesa constando en acta lo siguiente.

*“La Secretaria de la Mesa comunica al resto de miembros que tras la recepción de un correo electrónico por parte del Presidente de la misma en el que alertaba sobre la posible existencia de indicios sobre prácticas colusorias entre los licitadores, desde el Servicio de Contratación se procedió al estudio de la documentación presentada por todos los licitadores y de los datos públicos que hasta ese momento obraban en el ROLECE.*

*A la vista de la documentación analizada, de la que se entrega en este momento copia de la misma a todos los miembros de la Mesa, se observa lo siguiente:*

- *UTE ACTÚA–REGENERA: con la presentación de la oferta se incorpora declaración responsable de ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L. con C.I.F. B-73727349, en la que manifiesta que ‘forma parte del grupo de empresas ASISTENCIA TÉCNICA EN RECURSOS S.L., de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, y que se presenta a esta licitación NO concurriendo con otras empresas pertenecientes al mismo grupo’. Del mismo modo, REGENERA LEVANTE, S.L., con C.I.F. B-73.492.423, incorpora declaración responsable en la que manifiesta que ‘no pertenece a ningún grupo empresarial, ni se encuentra en ninguno de los supuestos definidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio’.*

*En este orden se analiza el documento incorporado como “compromiso de constitución de la UTE” en el cual ambas mercantiles declaran comprometerse en caso de ser adjudicatarias del contrato a constituirse formalmente en UTE con una participación del 50% para cada una de ellas.*





*A continuación se analiza el certificado del ROLECE de ambas mercantiles observándose que ACTÚA reúne todos los requisitos de capacidad y solvencia requeridos. Por su parte, REGENERA no tiene registrado el objeto social y está clasificada en la letra O, 01, 1.*

- *UTE URDECÓN–TSI: con la presentación de la oferta se incorpora declaración responsable de CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A. con C.I.F A-30032205 y de TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., con C.I.F B-30563415 en la que manifiestan que ‘no pertenecen a ningún grupo empresarial’. Observado el documento presentado por CONSTRUCCIONES URDECÓN se aprecia que tiene un formato y tipología similar al presentado por REGENERA LEVANTE, S.L., además se observa en la esquina superior derecha que ambas mercantiles comparten domicilio social en Polígono Industrial Camposol, calle Mayor, 55. Puente Tocinos (30006), Murcia.*

*En este orden se analiza el documento incorporado como ‘compromiso de UTE’ en el que ambas mercantiles declaran comprometerse en caso de ser adjudicatarias del contrato a constituirse formalmente en UTE con una participación del 90% para URDECÓN y del 10% para TSI.*

*A continuación se analiza el certificado del ROLECE de ambas mercantiles observándose que URDECÓN tiene en su objeto social el objeto del contrato y no teniendo en su clasificación la requerida. Por su parte, TSI tiene por objeto social los servicios de limpieza en general que constituye parte del objeto del contrato y tiene clasificación suficiente respecto de la solicitada para desarrollar dicha parte.*

- *Respecto de ambas UTE’s, analizado el informe de valoración de las ofertas técnicas, se observa en la página 48 del mismo que: ‘la propuesta presentada por CONSTRUCCIONES URDECÓN, S. A. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES, S. L. con el compromiso de constituirse en UTE, así como ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S. L. y REGENERA LEVANTE, S. L. con el compromiso de constituirse en UTE teniendo en cuenta las consideraciones previas, resulta insuficiente y con falta de concreción respecto de la especificidad y con falta de concreción respecto de la especificidad requerida a las acciones y actuaciones a tener en cuenta en la licitación, por lo que se considera una valoración de 3 puntos’.*



*A la vista de los posibles indicios expuestos, la Mesa de Contratación acuerda, por unanimidad, de una parte, para poder completar el análisis de la posible práctica colusoria, analizando las concretas ofertas y el comportamiento de las referidas empresas en el seno de la licitación, continuar con la tramitación normal del expediente y proceder a la apertura de las ofertas económicas; y de otra, una vez efectuado el referido análisis, e independientemente del resultado del mismo, elevar propuesta al órgano de contratación en los términos del art. 132 de la LCSP, trasladando los indicios de presuntas prácticas colusorias detectadas en este expediente al Servicio Regional de Defensa de la Competencia con el fin de que emita un pronunciamiento sobre las consecuencias que de dichas prácticas pudieran derivarse y las actuaciones a seguir en el referido expediente”.*

El 3 de marzo de 2020 se abren los archivos electrónicos contenido la parte de las ofertas relativas a los criterios de valoración automática o mediante fórmula, haciendo públicas las ofertas producidas y solicitando de los licitadores cuyas ofertas están incursas en presunción de anormalidad su justificación.

El 5 de mayo de 2020, la mesa examina el informe sobre las justificaciones presentadas por los licitadores con ofertas en presunción de anormalidad, seguidamente, clasifica las ofertas y propone a las empresas adjudicatarias.

La clasificación de las ofertas, por lo que respecta a las empresas recurrentes es la siguiente: FERROVIAL SERVICIOS, S.A., es la tercera clasificada en el lote 1, la primera clasificada en los lotes 2, y 3, por su parte ESAMEX, S.A.U., es la primera clasificada en el lote 1, la tercera en el lote 2, y la segunda en el lote 3.

Así mismo acuerda elevar propuesta al órgano de contratación en los términos del artículo 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), trasladando los indicios de presuntas prácticas colusorias detectadas en este expediente al Servicio Regional de Defensa de la Competencia.

El 12 de junio se remite al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el expediente.



En la comunicación remitida, además de examinar las ofertas de las UTE que originaron la consulta se señala que, de forma paralela se han estado tramitando una serie de procedimientos de contratación en la modalidad abierta simplificada reducida con el mismo objeto que el expediente 156/2019, con la finalidad de dar cobertura al servicio a satisfacer hasta que pudiera estar finalizado el procedimiento del expediente analizado, en los que también se ha observado un posible indicio de práctica colusoria, pues las empresas FERROVIAL SERVICIOS, S.L. y ELSAMEX, S.L. no han competido entre ellas al no coincidir en ninguna licitación, y examinados los contratos anteriores con el mismo objeto celebrados en 2015, se observa que FERROVIAL no ha presentado ofertas donde ELSAMEX resultó adjudicataria en 2015 y viceversa.

El 29 de septiembre de 2020 el Servicio Regional de Defensa de la Competencia remite su informe.

En él se hace diversas consideraciones concluyendo lo siguiente.

#### *“IV. CONCLUSIÓN*

*(18) En relación con el procedimiento de contratación del SERVICIO DE MANTENIMIENTO, AUXILIARES DE PISTA Y SALAS, RECAUDACIÓN, CONTROL DE ACCESOS Y LIMPIEZA EN INSTALACIONES DEPORTIVAS MUNICIPALES, 3 LOTES (Expte. 0156/2019), tramitado por el Ayuntamiento de Murcia, y los procedimientos de contratación en su modalidad abierta simplificada reducida con el mismo objeto que el anterior, con la finalidad de dar cobertura al servicio a satisfacer hasta que pudiera estar finalizado el procedimiento del expediente analizado (Expte. 0156/2019) este Servicio Regional de Defensa de la Competencia considera que existen claros indicios de colusión basada en una coordinación de comportamientos, bien mediante la presentación de ofertas por entidades controladas por los mismos administradores, bien mediante la constitución de UTE sin justificación aparente, bien absteniéndose de participar en licitaciones de forma coordinada con la finalidad de evitar competir entre ellos aumentando así las posibilidades de resultar adjudicatario de contratos públicos, todo ello en claro perjuicio de la Administración contratante (el Ayuntamiento de Murcia), que de esta forma ven encarecido*



*el precio de los contratos a adjudicar, por lo que por parte de este órgano se procede a iniciar la correspondiente investigación de los hechos y conductas producidos.*

*(19) Este informe no prejuzga en ningún caso la decisión o medidas que pueda tomar el órgano o la Mesa de contratación dentro de su plena autonomía respecto a la continuación o no de la licitación en curso, la posible exclusión de licitadores o la valoración de las ofertas. (20) Cabe recordar que el artículo 150.1 de la LCSP establece la suspensión del procedimiento de contratación, tal como indicaba la Mesa de contratación en su Acta, por el motivo de encontrar indicios de conductas colusorias, hasta que las autoridades de defensa de la competencia se pronuncien sobre los mismos, si bien no se concretan cuáles son los efectos de este informe en el procedimiento. No obstante, la entrada en vigor de este apartado ha sido diferida por la disposición final 16ª de la LCSP hasta el desarrollo reglamentario al que se refiere el mismo.*

*(21) En cualquier caso, con independencia de la posible incoación y del futuro resultado de un expediente sancionador a las empresas afectadas por una infracción de la LDC, las conductas observadas contravienen la finalidad y el objeto de los procedimientos de contratación pública, como se ha explicado, en particular en lo referente a sus principios de igualdad de trato entre los candidatos, eficiente utilización de los fondos públicos y salvaguarda de la libre competencia, por lo que, a juicio del SRDC, no deberían ser aceptadas por la Administración contratante.”*

A la vista del informe la mesa en sesiones consecutivas de 29 de septiembre de 2020 y 6 de octubre de 2020, acuerda proponer la exclusión de CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A., REGENERA LEVANTE, S.L, ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L, TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX S.A.U.

En consecuencia, suprime a las recurrentes y a las otras empresas de la que se propone su exclusión de la clasificación y consiguiente propuesta de adjudicación de los lotes.

El 9 de octubre, por el Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana y Gestión Económica se dicta Decreto, por el que se excluye del procedimiento de licitación a CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A., REGENERA LEVANTE S.L., ACTÚA, SERVICIOS



Y MEDIO AMBIENTE, S.L. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX, S.A.U. El decreto no contiene pie de recurso ante este Tribunal.

El 14 de octubre de 2020 se notifica electrónicamente a los licitadores su exclusión.

**Tercero.** El 4 de noviembre de 2020, a las 11:38 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión, por FERROVIAL SERVICIOS, S.A., solicitando en el *petitum* que se “dicte resolución por la que: I) Se anule el acuerdo recurrido. II) Se ordene la retroacción de las actuaciones para que, previa readmisión de la oferta presentada a la licitación por mi representada, se proceda a la adjudicación de la licitación de conformidad con el orden de clasificación de las ofertas anterior a dicha exclusión de la que necesariamente mi representada debe resultar adjudicataria de su Lote 3 por haber manifestado su preferencia en ese sentido”. Solicita así mismo la suspensión del procedimiento.

El mismo 4 de noviembre de 2020, a las 14:53 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión, por ELSAMEX, S.A.U. solicitando en el *petitum* “(i) que declare la nulidad de pleno derecho (o, subsidiariamente, que proceda a la anulación) del Decreto de Exclusión en lo relativo a ELSAMEX; (ii) la retroacción del procedimiento de licitación 0156/2019 al momento anterior a la exclusión de ELSAMEX en virtud del Decreto de Exclusión, para que, la Mesa de Contratación proceda nuevamente a la clasificación de las ofertas en orden decreciente con inclusión de la oferta de ELSAMEX; y (iii) acuerde la adjudicación del Contrato de Servicio de Mantenimiento de conformidad con lo dispuesto en la LCSP y el PCAP: en particular, adjudicando el lote nº 1 a mi representada, y los lotes nº 2 y 3, según proceda”, solicitando también la suspensión del procedimiento.

Ambos procedimientos se han tramitado como Recursos números 1178/2020 C.A. de la Región de Murcia 85/2020, y 1183/2020 C.A. de la Región de Murcia 87/2020, respectivamente.

**Cuarto.** En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real



Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

**Quinto.** En ambos procedimientos de recurso el órgano de contratación remite a este Tribunal el expediente de contratación y sus informes.

**Sexto.** La Secretaría del Tribunal, el 11 de noviembre de 2020, en cuanto al recurso 1178/2020 C.A. de la Región de Murcia 85/2020, dio traslado del recurso a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, haciendo uso de tal derecho SALZILLO SERVICIOS INTEGRALES, S.L., y el 11 de noviembre de 2020, en cuanto al recurso 1183/2020 C.A. de la Región de Murcia 87/2020, dio traslado del recurso a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, haciendo uso de tal derecho SALZILLO SERVICIOS INTEGRALES, S.L.

**Séptimo.** La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, el 20 de noviembre de 2020, acuerda concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con los lotes 1, 2 y 3, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Los recursos interpuestos se refieren a un mismo acto administrativo de exclusión, se dirigen contra el mismo órgano de contratación y se fundan en idéntica causa de pedir, por lo que, en aplicación del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), se acuerda su acumulación por guardar identidad sustancial o íntima conexión.

**Segundo.** Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente, de concurrir los demás requisitos de procedibilidad, para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en los artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del RPERMC, y la cláusula tercera del Convenio



de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 13 de noviembre de 2020, y publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2020, al ser el contratante un Ayuntamiento enclavado en el territorio de dicha Comunidad Autónoma.

Esto no obstante existe un límite a nuestra competencia, como hemos dicho reiteradamente este órgano tiene una función exclusivamente revisora, que se extiende sólo a la declaración de la existencia o no de un vicio que invalide el acto impugnado, pero no supone la sustitución de las competencias del órgano de contratación, de modo que, declarado el vicio del acto impugnado, nos limitamos a ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, siendo por tanto al órgano de contratación al que compete dictar los nuevos actos de adjudicación que procedan y no a este Tribunal. Hemos pues de inadmitir las pretensiones de que adjudiquemos los lotes del contrato a las recurrentes, admitiéndose los recursos en todo lo demás.

**Tercero.** El artículo 48 de la LCSP establece *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Es por ello preciso distinguir entre la capacidad procesal, *“legitimatio ad processum”*, que tienen quienes pueden acudir al proceso por estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y la legitimación propiamente dicha, *“legitimación ad causam”*, que es la aptitud específica para intervenir en un proceso concreto.

Pues bien, para tener legitimación para interponer el recurso, no basta con poder acudir a él por tener capacidad procesal, sino que es preciso, además, ser titular de un derecho subjetivo o tener un interés legítimo que resulten afectados por la decisión recurrida.

Ello nos lleva a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de



1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Las recurrentes han sido licitadoras en el procedimiento por lo que tienen *legitimatio ad procesum*, ahora bien, es necesario determinar si tienen *legitimatio ad causam*.

Hemos de analizar los de cada recurrente por separado.

FERROVIAL SERVICIOS, S.A., es la tercera clasificada en el lote 1, y la primera clasificada en los lotes 2, y 3, por lo que de prosperar su recurso sería adjudicataria de los lotes 2 y 3, si bien que, como consecuencia de lo establecido en el PCAP solo podría ser adjudicataria de un lote, en este caso el 3, adjudicación a la que dirige, de acuerdo al *petitum* de su recurso, exclusivamente la acción, por lo que está legitimada para recurrir.

Por su parte ELSAMEX, S.A.U., es la primera clasificada en el lote 1, la tercera en el lote 2, y la segunda en el lote 3. En este caso el *petitum* de su recurso no se dirige solo a la adjudicación del lote 1, para lo que está legitimado, sino que deja abierta tal posibilidad al referirse a la adjudicación de los lotes 2 y 3, "*según proceda*". Teniendo en cuenta que el acto impugnado también excluye a la UTE CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., la UTE REGENERA LEVANTE, S.L., ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y que





FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX S.A.U. las referidas UTE han interpuesto también recursos, así como FERROVIAL SERVICIOS S.A. cuyo recurso aquí también resolvemos, sino prosperan dichos recursos y prospera el suyo, podría ser adjudicataria de alguno de aquellos lotes. En consecuencia, tiene legitimación para interponer el recurso también respecto de los lotes en que no es la primera clasificada.

**Cuarto.** Se recurre el acto de exclusión de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado excede de 100.000 euros.

Tanto el contrato como el acto son expresamente recurribles conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

**Quinto.** La remisión de la notificación del acto se produjo el 14 de octubre de 2020 y los recursos se interpusieron el 4 de noviembre de 2020. El acto notificado y su notificación no contienen pie de recurso ante este Tribunal.

El artículo 50.1.c) de la LCSP establece.

*“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*(...) c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.*

Por su parte el artículo 59.5, segundo párrafo del RPERMC dispone.

*“(...) Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso”.*



La referencia al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha de entenderse hecha al vigente artículo 40.2 de la LPACAP.

En consecuencia, faltando en las notificaciones la expresión de los recursos que procedían en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que habían de presentarse y el plazo para interponerlos, la sola presentación de los recursos determina su interposición en tiempo y forma.

**Sexto.** En cuanto a los argumentos de las recurrentes, estos son los siguientes.

En el recurso 1178/2020 los sucesivos.

Que conforme a los artículos 69.2 y 150.1 de la LCSP, los indicios de colusión deben ser “fundados”, lo que requiere una actividad probatoria y motivada por pequeña que esta sea, que además el procedimiento a que se refiere el artículo 150 de la LCSP no se ha aprobado reglamentariamente, pero que en todo caso respectos de las Uniones Temporales de Empresas el artículo 69 de la LCSP prevé un procedimiento contradictorio en el que se da la oportunidad a las empresas para que expliquen su actuación de modo similar al procedimiento seguido con las ofertas incursas en presunción de temeridad, lo mismo debería haber ocurrido en el caso recurrido por identidad de razón, siendo así que no ha ocurrido con su exclusión.

Que la exclusión de la recurrente se ha producido a partir de un único hecho acontecido en el seno de un procedimiento de licitación diferente y de plano, sin que se haya concedido trámite alguno de aclaración ni de audiencia en el que podría haber explicado perfectamente lo acontecido, y sin que ni el Servicio Regional de defensa de la competencia ni el Ayuntamiento le hayan permitido acceder a la información contenida en los expedientes y que fue solicitada en tiempo y forma, lo que le ha causado indefensión.

Que el único hecho esgrimido como indicio de un comportamiento coordinado entre la recurrente y ELSAMEX es que ambas no hayan competido entre sí en ninguno de los procedimientos abiertos simplificados celebrados para dar continuidad al servicio mientras se finalizaba la tramitación del expediente de contratación al que se refiere el siendo así



que ambas empresas han presentado ofertas en cada uno de los tres lotes del expediente de contratación, sin más explicaciones ni motivación alguna de en qué medida ese hecho ha tenido influencia en el devenir y resultado de la presente licitación.

Que la licitación de la que ha sido excluida es exclusivamente la relativa al expediente 0156/2019, expediente de contratación iniciado para la renovación de los contratos adjudicados con el mismo objeto y duración inicial en los expedientes 352/2015, 353/2015, 466/2015, 106/2016 y 441/2016, siendo la recurrente adjudicataria de los lotes 1, 3, 8 y 9 del expediente núm. 353/2015 y del expediente 442/2016. Que ELSAMEX, S.A.U. resultó adjudicataria del expediente 352/2015, de los lotes 2, 4, 6 y 11 del expediente 353/2015, del expediente 466/2015, del expediente 106/2016 y del expediente 441/2016.

Que a las referidas licitaciones como a la licitación actual ha concurrido la recurrente con una muy nutrida competencia, por lo que, de haber existido coordinación entre empresas para no competir entre ellas y teniendo en cuenta que un licitador sólo puede ser adjudicatario de un único lote, lo consecuente sería no haber licitado al lote o lotes a los que concurriese la otra, siendo así que ambas empresas licitaron a todos los lotes compitiendo entre sí y con el resto de licitadores.

Que si observamos las ofertas relativas a los criterios automáticos, que ponderan con 60 puntos sobre 100 posibles, las ofertas por el precio/hora ofertado por todos los licitadores (25 puntos) y el % de baja sobre los precios unitarios de mantenimiento correctivo (5 puntos) no se ajustan a patrón de comportamiento concertado alguno.

Que es inverosímil una acción concertada en la licitación, dado que los tres lotes en que se divide la licitación no tiene correlación con los lotes de los anteriores contratos de los que la recurrente y ELSAMEX eran adjudicatarias pues aparecen entremezclados en la actual licitación.

En fin que de haber acontecido indicios de actuación concertada entre las empresas en aquellos contratos distintos debería haber proyectado sus efectos, en este caso la exclusión, sobre los procedimientos de contratación simplificados reducidos en que supuestamente según la Administración se produjo esa actuación bajo sospecha, y sin embargo la recurrente resultó adjudicataria en algunas de aquellas licitaciones, habiendo



extendido los efectos de esos supuestos indicios a otra licitación distintas, la actual, en que ni existe ni se ha puesto de manifiesto por el Ayuntamiento indicio de conducta colusoria alguna.

Por ultimo justifica las razones por las que únicamente concurrió a las licitaciones convocadas mediante procedimientos simplificados reducidos de aquellos centros de los que era adjudicataria a su finalización y no al resto.

En cuanto al recurso 1183/2020, los siguientes.

Que el acto impugnado es nulo de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pues el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 LCSP no está en la actualidad en vigor, y la mesa de contratación y el Servicio Regional de Defensa de la Competencia han dado por cumplido mediante la emisión del Informe de dicho Servicio el procedimiento sumarísimo que prevé el art. 150.1 LCSP, eso sí vulnerado las normas más básicas del procedimiento administrativo común por cuanto la recurrente no ha tenido oportunidad alguna de formular alegaciones en relación con los indicios de colusión que son la justificación invocada para dictar el Decreto de Exclusión.

Que se ha infringido la normativa de contratación pública y el PCAP en cuanto a las causas de exclusión de los licitadores, pues no se prevé que los indicios de prácticas colusorias puedan constituir motivo suficiente que autorice a los órganos de contratación, por su propia autoridad, a excluir a aquellos licitadores respecto de los cuales se aprecien tales “indicios”, porque lo que está previsto no es un procedimiento de exclusión sino un sistema de colaboración del órgano de contratación comunica con las autoridades de competencia, comunicándose por aquel a éstas la existencia de hechos que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia o los indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, y es el pronunciamiento de dichas autoridad el que puede culminar en un procedimiento en que, con todas las garantías, el Ministerio de Hacienda acuerde la correspondiente prohibición de contratar.

Der contrario el órgano de contratación señala en sus informes lo siguiente.



Tras una prolija y detallada exposición de los indicios de prácticas colusorias observadas en las ofertas presentadas y en la documentación aportada, expresamente asume los indicios informados al Servicio Regional de Defensa de la Competencia y constatados por este en su informe, emitido a su requerimiento, y afirma que el órgano de contratación actuó de buena fe y conforme a la LCSP sin entrar a rebatir las concretas alegaciones formuladas por las recurrentes.

Por último, la alegante no aporta nuevos argumentos respecto de los formulados por las recurrentes y por el órgano de contratación que sean reseñables.

**Séptimo.** Una vez fijados los términos de la controversia, hemos de comenzar por examinar el marco normativo aplicable, para entrar luego en las actuaciones realizadas.

De conformidad con los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) las Directivas de contratación atienden a que en la adjudicación de los contratos públicos se respeten los principios, que derivan de aquellas libertades, de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, asegurando que tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.

Es por ello que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante la Directiva), a lo largo de su articulado y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establece medidas cuyo fin se dirige a garantizar la libre competencia.

Entre ellas está la establecida en su artículo 57.4.d), que incluye entre las causas de posible exclusión de los operadores económicos en la participación en un procedimiento de contratación, *“cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”*.



También establece el apartado 6 del citado artículo 57 de la Directiva que *“todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación”*.

En trasposición de la Directiva, varios son los preceptos de la LCSP que, en esta controversia, hemos de tener en cuenta.

En primer lugar, el artículo 69.2 LCSP referido a las Uniones de empresarios.

*“Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.*

*Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos”*.

Seguidamente, el artículo 132.1 y 3, que bajo la rúbrica *“principios de igualdad, transparencia y libre competencia”*, que establece:

*“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.*



*En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.*

*(...) 3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.*

El artículo 139.3 de la LCSP, que preceptúa.

*“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.*

El artículo 150,1, párrafo tercero, de la LCSP que establece lo siguiente. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato.

*“(…) Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la*



*autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.*

Es de señalar que, conforme a lo previsto en la disposición final decimosexta de la LCSP, el tercer párrafo, transcrito, del citado artículo 150.1 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria que en él se refiere, disposición reglamentaria que, a día de hoy, aun no se ha dictado, por lo que el citado precepto no está vigente.

En fin, el artículo 167.e) de la LCSP, que, al referirse como supuesto de aplicación del procedimiento de licitación con negociación, el de los casos en que en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables, señala expresamente que se considerarán irregulares en dichos procedimientos, en particular, las ofertas *“que muestren indicios de colusión”*.

En el mismo sentido el artículo 96.4 LCSP, que en la adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, califica expresamente de irregulares las ofertas que muestren indicios de colusión.

También ha de estarse, a la hora de calificar una oferta como colusoria, lo establecida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), y sus normas de aplicación y desarrollo, que aunque no son normas de contratación permiten integrar a efectos interpretativas la LCSP y sus normas de desarrollo.

Hemos de hacer asimismo referencia a nuestra doctrina.

Así en relación al artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) precedente del actual 139.3 de la vigente LCSP, en relación con ofertas concertadas, hemos dicho en diversas resoluciones, recogidas en la Resolución nº 1278/2019, de 11 de noviembre, lo siguiente.





*“(…) El recurrente afirma en su recurso que la existencia de vinculación entre dos licitadores en los que uno concurre individualmente y, a su vez, como administrador solidario de una mercantil, es indicio suficiente para concluir que son un mismo operador económico con la consiguiente vulneración del artículo 139.3 de la LCSP.*

*A este respecto este Tribunal ha señalado en su reciente resolución nº 659/2019, de 20 de junio (nº recurso 414/2019) lo siguiente: «El artículo 145.3 de la LCSP se aplica a todos los licitadores, pertenezcan o no a un grupo de empresas. La pertenencia a un grupo no sirve como excepción que permite la presentación concertada de varias empresas a una misma licitación sirviéndose del grupo para incrementar las posibilidades de que una misma oferta técnica resulte seleccionada, lo que técnicamente se oferta es lo mismo, pero se presentan precios diferentes para que esa misma oferta técnica tenga más oportunidades de ser la mejor valorada. La ya citada Resolución nº 950/2015, de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; señaló: «[ ..] La doctrina de este Tribunal sobre el artículo 145.3 y la disposición adicional 23 a del TRLCSP [...] (Se resume así):*

*- El enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control, ex disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP (...)*

*- Ahora bien, sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado el artículo 145.3 TRLCSP, de modo que podría apreciarse, procediendo al “levantamiento del velo”, si bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa (...) Este Tribunal (admite) “la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo” en los casos en los que, pese a concurrir entidades formalmente distintas entre sí, la existencia de las mismas sea meramente aparente, a modo de pantalla para disimular una realidad unitaria subyacente y conseguir un propósito fraudulento. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar la apariencia de personalidad independiente, para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, lo que, en supuesto como en el analizado, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador»*



*En este caso, entendemos que el mero hecho de que concurren dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación no puede identificarse con la vulneración del principio de proposición única, ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación. Cuestión distinta es que concorra el supuesto previsto en la STJU recaída en el Asunto (-538/07) citada en nuestra Resolución 659/2019 (Recurso nº 414/2019) reseñada más arriba, sobre que: «La mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos [...] (Sin embargo) La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión»(...).*

*Pues bien, efectivamente, el conjunto de los indicios que resultan del expediente administrativo (...) son suficientes para apreciar dicha constatación de la relación entre ambas empresas "...ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento...", y por ello para, aplicando la doctrina del levantamiento del velo, concluir que bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación".*

Estas normas nacionales, en aplicación e interpretación conjunta con el artículo 57 de la Directiva, y conforme a la jurisprudencia comunitaria y nuestra doctrina, determinan el siguiente mínimo común en lo que a los recursos importa.

En primer lugar, que tanto la Directiva como la LCSP califican de irregular o inaceptable la oferta que muestre indicios de colusión, siendo éste motivo de su exclusión. En cuanto a la calificación de una conducta como colusoria ha de estarse a lo establecido en el artículo 1 de la LDC.



En segundo lugar, tan solo es exigible la existencia de indicios suficientemente plausibles de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, pero en modo alguno se exige la declaración de su existencia mediante una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo.

En tercer lugar que, si bien como hemos dicho, la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación, sino que es competencia propia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CMC) o, en su caso, los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de competencia, las decisiones del órgano de contratación en el procedimiento de licitación son independientes de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia que regula la LDC, de modo que, si bien las opiniones y valoraciones que puedan hacer aquellos órganos de defensa de la competencia a solicitud de los órganos de contratación son un elemento esencial a la hora de calificar las conductas, las decisiones del órgano de contratación son autónomas.

Además esta autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y el que ejerce la defensa de la competencia, supone que el órgano de contratación no puede sustituir y, muchos menos, asumir las competencias de persecución de prácticas colusorias, pues tal función no le es competente, solo puede examinar si en el concreto procedimiento de licitación, y no en otro procedimiento de contratación distinto, se han conculcado o no la libre competencia, sin que tenga facultad para excluir a un licitador por conductas ajenas al procedimiento concreto de licitación.

Por último, que de acuerdo con el 57.6 de la Directiva, pero también conforme a los artículos 105.a) y c) de la Constitución Española, y 53.1.e), 76, 77 y 82 de la LPACAP, y se recoge expresamente, como vimos, para el supuesto de indicios de prácticas colusorias en el artículo 69.2 para las Uniones Temporales de Empresa, los licitadores incurso en esos indicios tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas.



**Octavo.** Entrando ya en el caso que nos ocupa, la sucesión de hechos es la siguiente.

La mesa de contratación aprecia indicios de prácticas colusorias en varios licitadores, dos UTE y las dos empresas recurrentes, expuestos en los antecedentes de esta resolución, y acuerda analizar sus ofertas y su comportamiento en la licitación, continuar con la tramitación del expediente y una vez efectuado el referido análisis, elevar propuesta al órgano de contratación trasladando los indicios de prácticas colusorias al Servicio Regional de Defensa de la Competencia para que se pronuncie sobre las consecuencias de dichas prácticas y las actuaciones a seguir en el expediente.

Es de señalar que respecto de las empresas recurrentes tales indicios se imputan no al concreto procedimiento de licitación sino a procedimientos de contratación distintos, por más que tengan relación con las prestaciones objeto de la nueva licitación.

Culminado el procedimiento de licitación, eleva propuesta al órgano de contratación para que traslade los referidos indicios al Servicio Regional de Defensa de la Competencia, lo que así se hace.

El 29 de septiembre el Servicio Regional de Defensa de la Competencia emite informe con las conclusiones expuestas en antecedentes, considerando que existen claros indicios de colusión basada en una coordinación de comportamientos, mediante la presentación de ofertas por entidades controladas por los mismos administradores, o mediante la constitución de UTE sin justificación aparente, o absteniéndose de participar en licitaciones de forma coordinada con la finalidad de evitar competir entre ellos aumentando las posibilidades de resultar adjudicatario de contratos públicos.

Si bien el Servicio en su informe no prejuzga la decisión o medidas que pueda tomar el órgano o la mesa de contratación en la licitación señala que las conductas observadas contravienen la finalidad y el objeto de los procedimientos de contratación pública, en lo referente a sus principios de igualdad de trato entre los candidatos, eficiente utilización de los fondos públicos y salvaguarda de la libre competencia, por lo que, a su juicio, *“no deberían ser aceptadas por la Administración contratante”*.



Los indicios de prácticas colusorias, la solicitud de informe de la autoridad de defensa de la competencia, y el informe emitido no se ponen en conocimiento de las recurrentes, a los que no se da trámite de alegaciones, prueba o audiencia.

La mesa acuerda proponer la exclusión de las recurrentes, y el 9 de octubre el órgano de contratación lo acuerda.

Si bien se ha iniciado una información reservada por el Servicio de defensa de la competencia contra las recurrentes, hasta el momento no consta que se haya iniciado procedimiento sancionador alguno contra ellas.

Resulta pues que la mesa de contratación, a la vista de indicios de actuaciones colusorias, sin suspender el procedimiento ni dar a los licitadores en que se habían apreciado la posibilidad de alegar y probar que no existían prácticas colusorias, solicitó informe a la autoridad competente en materia de defensa de la competencia, y a la vista de su informe propuso la exclusión de las recurrentes, lo que acordó el órgano de contratación.

Es lo cierto que, como señala uno de los recursos, el tercer párrafo, del artículo 150.1 LCSP, de acuerdo con la disposición final decimosexta de la LCSP, no ha entrado en vigor, pues no se ha regulado reglamentariamente el procedimiento ante la autoridad de defensa de la competencia que prevé, pero no es cierto, contrariamente a lo que afirman las recurrentes, que se haya seguido por la mesa tal procedimiento.

Ello es así porque, en primer lugar, tal procedimiento no está regulado –precisamente por ello el precepto legal no está en vigor- y mal puede seguirse lo que no está determinado, y además el efecto esencial que la LCSP prevé para ese futuro procedimiento, la suspensión del procedimiento de licitación, no se ha producido.

El procedimiento seguido por la mesa de contratación -sin duda *sui generis*-, encuentra parcialmente amparo en el artículo 132.3 LCSP, si bien que en su primer inciso, el que establece que “los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia”, que habilita a adoptar las medidas necesarias en la licitación a tal fin, siguiendo para ello los trámites pertinentes del procedimiento administrativo común, pero no así por completo en la segunda parte del



precepto, que ordena notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, los indicios de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación, que si bien ampara la notificación y no así que ella conlleve una solicitud de informe.

Ahora bien, nada impide al órgano de contratación que, para resolver lo procedente con el fin de velar en la adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, solicite un informe facultativo –que no preceptivo, como el exigido por el todavía no vigente artículo 150.1 de la LCSP- del órgano competente en materia de defensa de la competencia, además de notificarle los indicios de actuación colusoria, conforme previene el artículo 132.3 LCSP, notificación, esta sí, obligada. Ello es así porque el artículo 79.1 de la LPACAP permite, a efectos de la resolución del procedimiento, solicitar no solo aquellos informes que sean preceptivos sino también los que se juzguen necesarios para resolver.

Tampoco, como dijimos es necesario acreditar la práctica colusoria, bastando de acuerdo con la Directiva con la existencia de indicios fundados, para acordar la exclusión de la oferta.

Ahora bien, para ello es imprescindible la concurrencia de dos requisitos esenciales, uno formal y otro material.

En cuanto al formal, de acuerdo con el artículo 57.6 de la Directiva, y con las normas que rigen el procedimiento administrativo, y que, el artículo 69.2 LCSP, en cuanto a las UTE, recoge cuando se aprecien posibles indicios de colusión, es dar un trámite a las empresas a la que se imputan las prácticas para que, en su defensa, puedan alegar y probar, justificando su actuación.

Este requisito es inexcusable, pues responde al derecho de defensa, que forma parte del acervo constitucional común de todos los Estados miembros de la Unión Europea en tanto Estados de Derecho, y que recoge y ampara expresamente nuestra Constitución en su artículo 24, pues de otro modo se produce a los licitadores una patente indefensión.



En cuanto al fondo, porque la actuación de la mesa y del órgano de contratación ha de ceñirse exclusivamente a lo que es su competencia, el desarrollo del procedimiento de licitación con arreglo a la LCSP y el PCAP, y en modo alguno puede extenderse a hechos ajenos a aquella licitación, aun cuando pudieran tener conexión con ella desde la perspectiva de la defensa de la competencia, pues el deber de velar por su defensa que pesa sobre el órgano de contratación se ciñe exclusivamente al procedimiento de licitación.

Ambos requisitos han sido aquí vulnerados por la mesa de contratación y, después, por el órgano de contratación, pues se ha condenado a las recurrentes a su exclusión sin haber sido oídas y darles la oportunidad de contradecir los indicios, y por otro ambos órganos se han excedido en su competencia yendo en la defensa de la competencia mucho más allá de lo que la LCSP les permite, que se ciñe al concreto procedimiento de licitación, erigiéndose en competentes para resolver sobre la vulneración de la LDC cuando manifiestamente no lo son.

En definitiva, el acto impugnado es nulo de pleno derecho y, en consecuencia, se estiman los recursos interpuestos.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. E. A. S., en representación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y D. I. M. C. G., en representación de ELSAMEX, S.A.U., contra su exclusión de la licitación del contrato de “*servicio mantenimiento, auxiliares de pista y salas, control de accesos y limpieza en instalaciones deportivas*”, con expediente n.º 0156/2019, convocada por el Ayuntamiento de Murcia, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la producción del acto declarado nulo.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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