



Recurso nº 466/2020 C.A. Región de Murcia nº 31/2020

Resolución nº 732/2020

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

En Madrid, a 26 de junio de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D^a. A. N. J., en representación de GLAXOSMITHKLINE, S.A., contra los pliegos del *“Contrato basado para el suministro de vacuna conjugada frente a meningococo serogrupos A, C, W e Y a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el año 2020 – Lote 19”*, con expediente 2/2020, convocado por la Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo este un contrato basado en el *“Acuerdo Marco (prorrogado) para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras para determinados órganos de la Administración General del Estado, las ciudades de Ceuta y Melilla y varias Comunidades Autónomas”*, expediente 201604AM0001, con valor estimado del contrato de 3.553.000,00 € (impuestos excluidos); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Orden de la Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 19 de febrero de 2020 se inició la tramitación de la contratación derivada de la referida prórroga del Acuerdo Marco para el *“suministro de vacunas de calendario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los años 2017 a 2019”*, mediante procedimiento de consulta, de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del anterior TRLCSP, elaborándose el Protocolo de fecha 7 de febrero de 2020 rector de la mencionada contratación, por el Jefe de Servicio de Prevención y Protección de la Salud de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia



Segundo. También por Orden del Consejero de Salud de fecha 1 de abril de 2020 se acordó el expediente para la contratación basada en la prórroga del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras para determinados órganos de la Administración del Estado, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y varias Comunidades Autónomas, en particular para los lotes 1, 4, 6, 9, 12, 13, 14, 15, 16 y 19. En la misma Orden se aprobaron los Protocolos rectores de la adjudicación de los contratos basados.

Tercero. El procedimiento de adjudicación del contrato basado para los lotes indicados se realizó por procedimiento de consulta y de conformidad con lo previsto en el artículo 198 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), relativo a la adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco.

Cuarto. En la formalización de la prórroga del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras para determinados órganos de la Administración General del Estado, las ciudades de Ceuta y Melilla y varias Comunidades Autónomas, con expediente 201604AM0001 seguido por el entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, para el lote 19 fueron seleccionados:

- GLAXOSMITHKLINE, S.A (GSK),
- MSC VACCINES, S.A. y
- PFIZER, S.A

Quinto. Debido a la vigencia del estado de alarma operada mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19, la fase de adjudicación del procedimiento de los contratos basados en el Acuerdo Marco quedó suspendida, según lo establecido en su Disposición Adicional Tercera.

Sexto. Por Orden del órgano de contratación de fecha 15 de mayo de 2020, de conformidad con la propuesta formulada por la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, se levantó la suspensión del procedimiento, atendiendo a razones de protección del interés general, por resultar indispensable poder continuar con su tramitación, para atender la



vacunación de la población y evitar los casos de enfermedades inmunoprevenibles, que incluyen las vacunas incluidas en el Calendario de Vacunaciones de la Región de Murcia, iniciándose la fase de adjudicación por procedimiento de consulta a las empresas seleccionadas por el Acuerdo Marco, incluido el Lote 19.

Séptimo. El Protocolo rector del contrato basado para las vacunas del lote nº 19 fue comunicado a las empresas seleccionadas en el Acuerdo Marco adjudicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad con fecha 18 de mayo de 2020.

Octavo. Disconforme la defensa de la mercantil GSK con el contenido de dicho Protocolo que ha de regir la contratación basada para el suministro de vacuna conjugada frente a meningococo serogrupos A, C, W e Y, -lote nº 19- para el año 2020, presentó en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda con fecha 27 de mayo del presente, recurso especial contra el referido documento instando la declaración de nulidad o subsidiariamente, su anulabilidad. Por otro lado, se suplicaba la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación del contrato basado.

Noveno. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaria dio traslado a las otras concurrentes para que, por un plazo de cinco días, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniesen. Ha presentado alegaciones la representación de PFIZER GEP, S.L.U., con entrada en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda el 12 de junio del presente. En estas alegaciones se exponen con rigor los criterios técnicos de modificación de las fichas y se defiende la actuación del órgano de contratación, al considerar que la adaptación del Protocolo está motivada y justificada en el expediente y atiende a un criterio de mayor protección de la salud acorde a las necesidades del órgano de contratación. Además, insiste en que la modificación del Protocolo se hizo siguiendo el procedimiento legalmente establecido, habiendo sido acordada por el órgano de contratación con anterioridad a la concesión a los licitadores de un plazo para la presentación de sus ofertas. En lógica, insta la desestimación del recurso presentado por GSK.

Décimo. El día 9 de junio de 2020 la Secretaria General del Tribunal por delegación de este dictó la resolución consistente en la concesión de la medida provisional consistente en



suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, en relación con el lote 19 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.

Undécimo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 4 de octubre de 2012 y publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. La recurrente, GSK, fue una de las suministradoras seleccionadas en la adjudicación del Acuerdo Marco del que trae su causa el contrato basado licitado para la adjudicación de las vacunas especificadas en el lote nº 19, por lo que de conformidad con el artículo 48 de la LCSP goza de legitimación para la impugnación del Protocolo.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato basado en Acuerdo Marco para el suministro de vacunas que, supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 €; y se contrae al acto, el de la documentación rectora de la adjudicación susceptibles de revisión en esta sede por mor



del mismo precepto, en su apartado 2, letra a), esto es, *«documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación»*.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se han dado cumplimiento a las demás exigencias procedimentales, por lo que procede su admisión.

Quinto. Constituye el objeto de la impugnación la documentación que ha de regir las actuaciones para la adjudicación del contrato basado en el Acuerdo Marco, en especial, circunscrito al lote nº 19.

La defensa de la mercantil recurrente funda su escrito de formalización del recurso en la injustificada e innecesaria modificación del Protocolo rector para la adjudicación del contrato basado en el Acuerdo Marco con el fin de seleccionar al proveedor de la vacuna del lote nº 19, esto es, la vacuna conjugada frente a meningococo serogrupos A, C, W e Y. Según la impugnante: *«En España existen dos vacunas indicadas en la inmunización activa de niños adolescentes y adultos para prevenir la enfermedad meningocócica invasiva causada por los grupos A, C, W-135 e Y, en concreto:*

- **Nimenrix®**, comercializada por **PFIZER, S.L.U.** (en adelante **PFIZER**).
- **Menveo®**, comercializada por **GLAXOSMITHKLINE, S.A.** (en adelante **GSK**)

Según se ha podido conocer con motivo del acceso al expediente que nos ocupa, el Protocolo regidor de la contratación del Lote 19 fue aprobado el 7 de febrero de 2020 (en adelante “primer Protocolo”), adjunto en Documento Nº 4, quedando ratificado por el Consejo de Gobierno en fecha 12 de marzo de 2020 (adjunto en Documento Nº 5) y en la Orden de aprobación firmada por el Consejero de Sanidad el 1 de abril de 2020 (adjunta en Documento Nº 6).

El expediente de contratación quedó en suspenso con motivo del estado de alarma generado por el coronavirus hasta el 11 de mayo de 2020, fecha en la que se emitió informe para la reactivación del expediente dada la importancia de la vacunación (adjunto en Documento nº). El expediente quedaba así listo para cursar la petición de



ofertas a las compañías homologadas.

Sin embargo, un día después de dicho informe de reactivación, esto es, el 12 de mayo de 2020, se elabora un nuevo Protocolo (en adelante también referido como “segundo Protocolo”) que modifica sustancialmente los criterios de adjudicación del anterior. Según consta en la documentación que obra en el expediente, dicha modificación obedece a “cambios en la Ficha Técnica de uno de los productos”, en concreto, de Nimenrix®, comercializada por PFIZER.

Pues bien, es importante aclarar que dichos cambios en la ficha técnica de Nimenrix® fueron autorizados por la Agencia Europea de Medicamentos el 31 de enero de 2020, tal y como aparece en la página 29 de las minutas de la reunión de enero de 2020 del Comité de Medicamentos de Uso Humano (en inglés CHMP - Committee for Medicinal Products for Human Use)».

Prosigue, su defensa afirmando que los cambios en la ficha técnica que han originado la redacción de un nuevo Protocolo y que, a su juicio, «no puede esgrimirse como la causa de la modificación sustancial del primer Protocolo. El cambio en la Ficha Técnica de Nimenrix® es, sin duda, anterior a la aprobación del primer Protocolo por las instancias correspondientes de la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia y era bien conocido y esperado por el entorno científico-técnico del ámbito de las vacunas.

El cambio en la ficha técnica de Nimenrix® relativo al criterio PERSISTENCIA DE ANTICUERPOS se refiere a la inclusión en la ficha técnica de datos de persistencia hasta 10 años. La ficha técnica anterior a este cambio contenía la siguiente información (se inserta extracto)».

De esta guisa, la defensa de la recurrente explicita que como se infiere de los extractos anteriores, la actual ficha técnica de Nimenrix® incluye datos de persistencia desde los 5 hasta los 10 años, mientras la ficha técnica anterior de este producto sólo incluía datos de persistencia hasta los 5 años, y por ello, los nuevos criterios de adjudicación incluidos en el Protocolo puntúan mejor los de persistencia de anticuerpos hasta los 10 años con 30 puntos. Por ello, considera que la modificación introducida en el segundo Protocolo produce una alteración fundamental en el sentido primitivo del acto que afecta directamente al objeto



de la licitación, incluye aspectos claves para la licitación y para la determinación de la oferta más ventajosa sin que conste para ello una justificación o motivación suficiente y adecuada en los documentos que integran el expediente, siendo tal su alcance que cabe ser calificada, en palabras de la recurrente como *«de modificación sustancial de las reglas de la licitación»*.

En tal sentido considera que, la modificación del criterio en entredicho tiene un carácter marcadamente restrictivo que juega exclusivamente a favor de una de las empresas homologadas en el Acuerdo Marco de referencia. Ello genera a la postre efectos desfavorables para su representada, quien considera vulnerados los principios rectores de la contratación, muy especialmente los de igualdad y concurrencia.

En suma, la defensa de la mercantil recurrente estima que se han alterado unilateralmente las condiciones de la contratación para el contrato basado del lote nº 19, sin motivación alguna y contraviniendo los principios esenciales de la contratación administrativa, por lo que reputa la existencia de vicios de nulidad de pleno Derecho, por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En definitiva, viene a suplicar a este Tribunal que declare la nulidad o anulación del Protocolo de contratación derivada impugnado por el que se rige la contratación (segundo Protocolo), por los motivos expuestos en el recurso, instándose a la Administración a que dé continuidad al procedimiento de contratación reactivado el 11 de mayo de 2020, que cumplía rigurosamente con los principios rectores aplicables en contratación.

Sexto. Por su parte el informe del órgano de contratación suscrito por el Secretario General de la Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia datado el 1 de junio de 2020, viene a oponerse a las pretensiones anulatorias suplicadas por GSK.

En primer lugar, el órgano de contratación se opone a la empresa recurrente al negar en el recurso que los cambios en la ficha técnica de Menveo® puedan esgrimirse como causa de la modificación del Protocolo regidor del lote 19, por cuanto dichos cambios serían anteriores a la aprobación de este último por la Consejería de Salud. Y así expresa que: *«Indica la empresa que el Protocolo se firmó el 7 de febrero de 2020 y fue aprobado mediante Orden del Consejero de Salud de 1 de abril de 2020. Por su parte, los cambios*



en la ficha técnica de Nimenrix® fueron autorizados por la Agencia Europea de Medicamentos el 31 de enero de 2020, publicándose la nueva ficha técnica de la vacuna en todos los idiomas de la Unión el 3 de marzo de 2020.

Pues bien, sobre esta primera cuestión hay que comenzar por aclarar que, al considerar que la aprobación de la nueva ficha técnica tuvo lugar el 31 de enero de 2020, la farmacéutica está pretendiendo dar validez a una conclusión del Comité de Medicamentos de Uso Humano. Por el contrario, la fecha en la que los cambios han de entenderse realmente producidos y en la que se produjo la entrada en vigor de la nueva ficha técnica fue la de su publicación en todos los idiomas de la UE, que como la propia empresa reconoce tuvo lugar el 3 de marzo de 2020.

Ciertamente, el Consejero de Salud dictó la Orden por la que aprobó el Protocolo inicial del lote 19 el 1 de abril de 2020, es decir, con posterioridad incluso a esa última fecha, y, por tanto, cuando los cambios en la ficha técnica eran ya conocidos.

Pero, en realidad, cuándo tuviese lugar la aprobación del Protocolo inicial carece de trascendencia si se tiene en cuenta que la aprobación del segundo se produjo mediante la Orden misma del Consejero de Salud, dictada el 15 de mayo de 2020, por la que se levantaba la suspensión de los plazos derivada de la declaración del estado de alarma y se iniciaba el procedimiento de adjudicación por medio de consultas, es decir, en un momento de la licitación en la que aún no se habían cursado las invitaciones a las empresas para presentar sus ofertas y, en consecuencia, los cambios operados en dicho documentos pudieron ser conocidos por los licitadores interesados antes de presentar sus ofertas».

En relación con la afirmación que hace la empresa de que los pliegos que rigen una contratación no pueden ser modificados sino por alguno de los cauces previstos en la ley (rectificación de errores, revisión de oficio o declaración de lesividad y posterior anulación ante la jurisdicción contencioso- administrativa), el órgano de contratación matiza en su informe que los Protocolos no son pliegos como tal.

En este sentido, expresa que se ha seguido el procedimiento de los PCAP rectores del Acuerdo Marco del que deriva el presente contrato basado, y así recuerda que en el



apartado 4.2.1 del referido pliego, hace referencia a como se realiza el procedimiento de consulta a las empresas seleccionadas, indica en su letra b) que se elaborará un sencillo Protocolo en el que se recogerán, además del presupuesto máximo del contrato, los criterios de adjudicación para cada lote, los plazos y lugar de entrega, etc., cumpliendo, en todo caso, lo estipulado en los Pliegos del Acuerdo marco. En opinión del órgano de contratación: *«Por tanto, los pliegos que rigen la contratación son los del Acuerdo marco y esos no se han modificado»*.

Además, el informe elevado a este Tribunal por el órgano de contratación niega la concurrencia de vicios de nulidad de pleno Derecho en las actuaciones impugnadas, centrada en la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esto es, por haberse producido su modificación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. A juicio del órgano de contratación: *«Como ha quedado expuesto, el protocolo no tiene el carácter de pliego del contrato. Los Pliegos son los del acuerdo marco, y los Protocolos se limitan a concretar una serie de aspectos, pudiendo ser modificados en ejercicio de la discrecionalidad técnica de la que dispone la Administración y siempre que los cambio estén suficientemente motivados, aspecto este último de la motivación en el que entraremos posteriormente*

Además, como también se ha indicado anteriormente, la modificación se produjo en el acto mismo en el que se inició el procedimiento de adjudicación por medio de consultas, es decir, cuando todavía no se había iniciado el plazo de presentación de ofertas y, por tanto, pudo ser conocido por todas las empresas a la hora de preparar la misma».

Por último, se opone el órgano de contratación a la alegación en torno a la falta de motivación de la decisión administrativa en el cambio de los criterios de adjudicación contemplados en el Protocolo rector del contrato basado. Expone que: *«Sin embargo, tal ausencia de motivación no existe. En la Orden del Consejero de Salud por la que se aprueba el nuevo Protocolo se indica que tal aprobación se produce <<tras haberse modificado los criterios de adjudicación por cambios en la Ficha Técnica de uno de los productos>>*



Más aún, en la Propuesta efectuada por el Director General de Salud Pública y Adicciones, en fecha 12 de mayo de 2020, a la que tuvo acceso la empresa recurrente, se pone de manifiesto que <<Se remite de nuevo Protocolo del Lote 19, tras haberse modificado los criterios de adjudicación por cambios en la valoración de los cambios en la Ficha Técnica de uno de los productos>>.

Por otra parte, respecto a los cambios introducidos en la redacción del Protocolo correspondiente al criterio <<Persistencia de anticuerpos>>, en el Protocolo inicial la redacción dada a ese criterio era la siguiente: “Persistencia de anticuerpos. Se añadirá un punto por cada año adicional de persistencia de anticuerpos a partir de los cinco años con una puntuación máxima (5 puntos)”.

En el segundo Protocolo se argumenta de forma más extensa: <<Persistencia de anticuerpos. La persistencia a largo plazo de anticuerpos se considera uno de los puntos fundamentales para conseguir una inmunidad individual y de grupo duradera en el tiempo, por lo que se añadirán seis puntos por cada año adicional de persistencia de anticuerpos a partir de los cinco años según ficha técnica con una puntuación máxima de 30 puntos>>».

El refuerzo de dicho criterio de adjudicación sobre la persistencia de anticuerpos, viene avalado además, de por el extenso informe del órgano de contratación, por otro informe técnico complementario adjunto al expediente suscrito por el Jefe de Servicio del Área de Salud de Lorca sobre la persistencia de anticuerpos (protección) en cualquier preparado vacunal como garante de la protección frente a la enfermedad vacunada; cuestión esta que, en alguna enfermedad es imprescindible, como es el caso de la Enfermedad Meningocócica Invasiva (EMI) debido a que dicha enfermedad cuenta con un corto periodo de incubación que imposibilita la protección si no hay anticuerpos circulantes.

En fin, tras la invocación de los criterios técnicos y científicos que avalan el reforzamiento del criterio de adjudicación en cuestión y con apoyo en la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación, se interesa que se desestime el recurso.

Séptimo. Expuestas así las posiciones de las partes, este Tribunal ha de entrar a conocer el fondo del asunto y, en definitiva, enjuiciar la legalidad de la actuación impugnada centrada en el Protocolo rector del contrato basado en el Acuerdo Marco, la incidencia de



su modificación para intensificar un criterio de adjudicación y, el análisis de la eventual concurrencia de un vicio de nulidad por inexistencia de procedimiento, o de anulabilidad, por falta de motivación de la decisión o por quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa, a saber: la igualdad, la no discriminación y la concurrencia competitiva.

En primer lugar, hemos de partir de la verdadera naturaleza de estos instrumentos de contratación, el Acuerdo Marco, al definirlo como aquel en el que: *«Uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada»*.

Por otra parte, los artículos 197 y 198 TRLCSP y ahora, los artículos 220 y 221 de la LCSP distinguen entre el procedimiento para la celebración del acuerdo marco y la adjudicación de contratos basados en aquel.

En este sentido hemos de traer a colación la Resolución de este Tribunal, 0025/2018, de 12 de enero:

«Los acuerdos marco no son contratos, sino un sistema de racionalización de la contratación, cuyas características esenciales han sido resumidas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal (JCCAE), así en su informe 36/2010 de 28 de octubre de 2011, por lo tanto, el acuerdo marco no es en sí mismo un contrato ni un procedimiento de contratación o adjudicación, sino un sistema por el cual las Administraciones Públicas pueden racionalizar la contratación. Ello no supone que no le resulten de aplicación las normas propias de los procedimientos de adjudicación establecidas en el TRLCSP y ello por establecerlo así expresamente el artículo 197 del TRLCSP, así si bien no es un procedimiento de adjudicación, se ha de sujetar a las mismas normas jurídicas que cualquier otra licitación.



El acuerdo marco supone la licitación de un determinado servicio, suministro u obra mediante un procedimiento que se articula en dos fases: 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 definitivamente las prestaciones a contratar y se elegirá definitivamente al adjudicatario con quien se formalizará el contrato en caso de que se hubiera celebrado con varios. A través de ambos procedimientos se irán perfilando entonces los elementos esenciales de la licitación. Así aunque en el acuerdo marco puedan no estar completamente definidas las prestaciones que van a ser objeto de contratación, sí es necesario que los términos esenciales del contrato se encuentren fijados de una forma suficientemente determinada, pues de lo contrario se vulneraría el principio de libre concurrencia, y ello porque los contratos derivados basados en el acuerdo marco se celebran en un régimen de licitación restringida y por lo tanto es fundamental que los elementos esenciales del mismo hayan quedado definidos en el acuerdo marco y no puedan sufrir modificaciones sustanciales, pues de otro modo los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia se verían comprometidos.

En fin, tanto el artículo 32.4 de la Directiva 2004/18/CE como el artículo 198.4 TRLCSP admiten implícitamente que en los acuerdos marcos celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos determinantes de la adjudicación de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio acuerdo marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes.

Ahora bien, lo cierto es que una cosa es los “términos” del contrato y otra los “criterios de adjudicación”. En este sentido, no puede obviarse que el artículo 198.4.e) TRLCSP afirma que, en la nueva licitación que en tales casos ha de convocarse para la adjudicación de los contratos derivados, el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco, y en el mismo sentido, el artículo 32.4.d) de la mentada Directiva afirma que los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco. De esta forma, parecería inferirse que, si bien en los acuerdos marco suscritos con una pluralidad de empresarios es dable diferir el concreto detalle, precisión o definición de los términos de los contratos a la nueva licitación que, para la adjudicación de los contratos



derivados, ha de convocarse, los criterios de adjudicación de éstos han de resultar debidamente detallados en los propios pliegos rectores del acuerdo marco. De cuanto antecede se deduce que el principio de transparencia y el de no discriminación exigen que en el acuerdo marco figuren detallados, según acabamos de indicar, los criterios que hayan de servir para la adjudicación de los contratos basados en él. Ahora bien, esto no puede ser interpretado en el sentido de no permitir una cierta flexibilidad a los órganos de contratación en el momento de precisar las condiciones en que deban ser adjudicados los tales contratos.»

Al amparo de la preceptividad de las cláusulas de los pliegos del Acuerdo Marco es preciso subrayar las siguientes, con el fin de dar una solución jurídica a la controversia planteada.

Nos referimos a la cláusula IV del PCAP del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras aprobado por el anterior Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. La referida cláusula IV regula el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco. El tenor literal de la cláusula expresa que:

«4.1 ÓRGANO DE CONTRATACIÓN COMPETENTE.

El órgano de contratación será el que resulte competente en cada Ciudad y Comunidad Autónoma participante en el acuerdo marco.

4.2. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN.

4.2.1 La adjudicación de los contratos derivados se efectuará por los órganos competentes de las Comunidades o Ciudades Autónomas convocando a las partes a una nueva licitación, con arreglo al procedimiento descrito en el artículo 198.4 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, de acuerdo con las siguientes prescripciones:

a) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas seleccionadas en cada lote correspondiente; no obstante, cuando los contratos no estén sujetos, por razón de su cuantía, a procedimiento armonizado, se podrá, siempre



que se justifique debidamente en el expediente, no extender la consulta a todas las empresas por lote que sean parte del acuerdo marco. En todo caso, como mínimo habrá que solicitar oferta a dos de ellos, siempre que sea posible.

b) Para dar cumplimiento al apartado anterior, se elaborará un sencillo protocolo en el que se recogerán además del presupuesto máximo del contrato, los criterios de adjudicación para cada lote, los plazos y lugar de entrega y todas aquellas condiciones que se consideren necesarios cumpliendo, en todo caso, lo estipulado en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el acuerdo marco.

c) En los criterios de adjudicación se contemplará siempre el precio y será el establecido en el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco. Adicionalmente, podrán tenerse en cuenta los criterios previstos en el ANEXO VI, eligiendo uno o varios de dichos criterios, cuya ponderación será la que considere cada órgano de contratación.

d) Se realizarán las consultas solicitando a las empresas que, en un plazo máximo de 10 días naturales, presenten ofertas para cada contrato que haya de adjudicarse, salvo que los órganos de contratación acuerden reducir dicho plazo.

e) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.

f) Los contratos derivados del acuerdo marco se formalizarán en documento administrativo en el que se recogerán expresamente los términos fijados en la oferta adjudicataria».

Pues bien, al abrigo de la preceptividad de esta cláusula, hemos de examinar si el referido Protocolo impugnado contraviene lo previsto en la misma y las reglas esenciales de la contratación del sector público: igualdad, no discriminación y concurrencia competitiva.

Octavo. Los pliegos rectores del Acuerdo Marco dejan margen de apreciación de los criterios de adjudicación que vayan a utilizar para la adjudicación de los contratos basados y así se infiere de la cláusula IV transcrita, materializados en la potestad de elaborar un “sencillo protocolo” rector de la segunda licitación.

La cuestión controvertida, se centra en la existencia a juicio de la recurrente, de dos protocolos, el segundo motivado por el cambio de la ficha técnica de la vacuna que se pretende adquirir.

Pues bien, en el expediente se advierten dos Protocolos, uno con fecha de 7 de febrero y el segundo, de 1 de abril de 2020. Las diferencias entre ambos se focalizan en el apartado 12 pues mientras que el primero al criterio de adjudicación basado en la persistencia de anticuerpos le concede una valoración máxima de cinco puntos; el segundo, debido al cambio de la ficha técnica de la vacuna, le da a este criterio una evaluación de hasta 30 puntos.

Se ha de advertir al respecto, la incidencia que provoca en este expediente de contratación la Orden del Consejero de Salud de 15 de mayo de 2020 por la que se reanuda el procedimiento de contratación y además acuerda:

«Segundo. Aprobar el nuevo protocolo elaborado por el Servicio de Prevención y Protección de la Salud para el Lote 19, que ha de regir la adjudicación de la contratación basada arriba referida tras haberse modificado los criterios de adjudicación por cambios en la en la Ficha Técnica de uno de los productos.

Tercero. Iniciar la fase de adjudicación por procedimiento de consulta a las empresas seleccionadas por el Acuerdo Marco, para que formulen sus ofertas según los criterios de adjudicación y su respectiva ponderación recogidos en los correspondientes protocolos (Lotes 1, 4, 6, 9, 12, 13, 14, 15, 16 y 19)».

Ello implica que el único Protocolo que surte eficacia jurídica a los efectos de la cláusula IV del PCAP del Acuerdo Marco es este y no el realizado el 7 de febrero, y que su modificación desde el punto de vista jurídico, está debidamente motivada y fundada en razones técnicas debidamente argumentadas, no solo en el informe elevado a este Tribunal por el órgano de contratación, sino incluso apoyado en un segundo informe técnico de la Dirección General de Salud Pública y Adiciones que viene a matizar la necesidad de apuntalar la persistencia de anticuerpos como criterio de adjudicación del contrato basado en el Acuerdo Marco para el lote nº 19.



Resulta expresivo en este sentido, un pasaje de este informe que clarifica el devenir de los hechos de la siguiente forma: *«El recurso de la empresa GSK da por hecho que el cambio de la ficha técnica de la vacuna Nimenrix se había producido el 31 de enero de 2020, esto sin embargo no es cierto. La compañía pretende dar legalidad en España a una conclusión del Comité de Medicamentos de Uso Humano (en inglés CHMP - Committee for Medicinal Products for Human Use) de la Agencia Europea del Medicamento; sin embargo, como en el mismo recurso se reconoce “la nueva Ficha Técnica de Nimenrix® fue publicada en todos los idiomas de la Unión Europea el 3 de marzo de 2020”.*

Por lo tanto, la Ficha Técnica se modifica y entra en vigor la validez de la misma en el momento en que se publica en español, algo que hace la Agencia Europea del Medicamento el 3 de marzo de 2020.

Se da la circunstancia de que el primer pliego (protocolo) se firma el 7 de febrero de 2020, en fecha claramente anterior al cambio de Ficha Técnica que se produce el 3 de marzo como hemos visto. Al reanudar el proceso de contratación observamos precisamente la necesidad de modificar el mismo por dos problemas que observamos en el pliego original:

-La ausencia de justificación de la puntuación del criterio de la persistencia de anticuerpos. En el primer pliego se dice: “Persistencia de anticuerpos. Se añadirá un punto por cada año adicional de persistencia de anticuerpos a partir de los cinco años con una puntuación máxima (5 puntos)”, mientras que en el segundo pliego se argumenta de forma más extensa: “Persistencia de anticuerpos. La persistencia a largo plazo de anticuerpos se considera uno de los puntos fundamentales para conseguir una inmunidad individual y de grupo duradera en el tiempo, por lo que se añadirán seis puntos por cada año adicional de persistencia de anticuerpos a partir de los cinco años según ficha técnica con una puntuación máxima de 30 puntos”.

-Aunque más adelante argumentaremos técnicamente la necesidad de la persistencia de anticuerpos con la bibliografía correspondiente queremos hacer notar aquí que, aunque en el recurso se argumenta sobre la “ausencia de motivación”, queda claro que el criterio de persistencia de anticuerpos presenta mayor motivación en el segundo pliego en el que se



apunta, aunque de forma sucinta la importancia de la misma que en el primero en el que no se da ningún argumento.

-Es claro pues que según le hubiera beneficiado o perjudicado hubiera interpuesto o no recurso según su conveniencia al primero o al segundo pliego.

En segundo lugar al reanudar el proceso de contratación observamos que en el primer pliego habíamos cometido un error puesto que estábamos puntuando un criterio que en el momento en el que se firmó el pliego todavía no se podía puntuar; de hecho como la compañía GSK argumenta correctamente en el recurso, los criterios de inmunogenicidad y persistencia de la inmunogenicidad (anticuerpos) según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del Acuerdo Marco sólo se pueden valorar de acuerdo a la información contenida en las fichas técnicas correspondientes.

Como hemos comentado anteriormente la Ficha Técnica se modificó el 3 de marzo por lo que en un pliego firmado el 7 de febrero no podía valorarse porque la limitación de la misma sólo se puede producir cuando figura en la Ficha Técnica por lo que debido a la gran importancia de este cambio en la Ficha Técnica y al error (que podría ser causa de recurso) cometido en el primer pliego se tuvo que modificar el mismo. Queda claro también que en el primer pliego no se hace referencia para la valoración a la Ficha Técnica mientras que sí que esta referencia sí que se hace en el segundo.

Estos fueron los motivos principales que llevaron a modificar el protocolo de contratación».

Dado que nos hallamos ante razones científico-técnicas en torno a la conveniencia de reforzar la persistencia de anticuerpos, y puesto que, el órgano de contratación ha motivado con rigor y de forma extensa el cambio de dicho criterio, en cuyas fundamentaciones técnicas, este Tribunal no puede entrar a revisar ni a enjuiciar, por carecer de dicho sustrato científico, difícilmente podemos compartir los vicios de nulidad o de anulabilidad invocados por la defensa de la impugnante. En todo caso, el documento rector de la segunda licitación guarda estrecha conexión y respeto con las cláusulas fijadas desde el Acuerdo Marco del que nace esta segunda licitación.

Por lo tanto, bajo la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación se han dado razones que fundamentan la persistencia a diez años como un requisito indispensable para dar cumplimiento al objeto del contrato, que es conseguir la protección individual durante todo el periodo de máximo riesgo de EMI (enfermedad meningocócica invasiva), y una protección comunitaria duradera en el tiempo. Esta característica tan importante sólo se pudo valorar de acuerdo al Acuerdo Marco a partir de la introducción de la misma en la Ficha Técnica, cuestión que sólo se produjo a partir del 3 de marzo de 2020, por lo que la redacción del segundo Protocolo resultaba para el órgano de contratación un acto debido y ajustado a las prescripciones del Acuerdo Marco.

Por ende, la documentación rectora de la segunda licitación ahora impugnada responde a dichas necesidades, no contraviene las cláusulas de los pliegos del Acuerdo Marco ni implica una transgresión de los principios rectores de la contratación del sector público, en particular, los de concurrencia competitiva, igualdad y no discriminación; por lo que procede la desestimación del recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. A. N. J., en representación de GLAXOSMITHKLINE, S.A., contra los pliegos del *“Contrato basado para el suministro de vacuna conjugada frente a meningococo serogrupos A, C, W e Y a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el año 2020 – Lote 19”*, con expediente 2/2020, convocado por la Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por considerarlo en todos sus términos ajustado a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión de conformidad con lo dispuesto 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.