Tribunal Català de Contractes del Sector Públic

Carrer del Foc, 57
08038 Barcelona

Barcelona, 30 de juny de 2021

Resolució núm.: 211/2021 (recursos N-2021-0206 i N-2021-0227)

Vistos els recursos especials en matèria de contractació presentats pels senyors R.H.C., en nom i representació de l'empresa OXIMESA, SLU, i D.A.G i J.C.A. en nom i representació de LINDE MÉDICA, SLU, ambdós contra l'admissió de l'oferta de VIVISOL IBÉRICA, SLU en la contractació basada dels lots 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 i 12 de l'acord marc de serveis sanitaris de teràpia respiratòria a domicili (TRD) en l'àmbit geogràfic de Catalunya, licitada per l'òrgan de contractació mancomunat del CONSORCI DE SALUT I D'ATENCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA i de l'INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT (expedient CSC-ICS 1/20 TRD), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 10 de març de 2021, l'òrgan de contractació mancomunat del CONSORCI DE SALUT I D'ATENCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA (CSC) i de L'INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT (ICS) va aprovar l'expedient dels contractes basats en relació amb l'acord marc dels serveis de teràpies respiratòries a domicili (TRD) del SERVEI CATALÀ DE LA SALUT (CATSALUT), i l'11 de març de 2021 es van trametre les invitacions a totes les empreses homologades a l'esmentat acord marc:

- AIR LIQUIDE HEALTHECARE ESPAÑA, SL
- ESTEVE TEJIN HEALTHECARE, SL
- LINDE MEDICA, SLU
- OXIMESA, SL
- OXIGEN SALUD, SA
- VIVISOL IBÉRICA, SLU

El valor estimat de contracte (VEC) dels lots dels contractes basats objecte de la licitació suposen un total de **202.495.856,- euros**, del qual correspon als lots afectats per la impugnació un VEC total de **69.123.964,52** euros**.**

SEGON. El 3 de maig de 2021 es va publicar al perfil de contractant la relació d'empreses admeses a la contractació basada de referència, entre les quals es troba l'empresa VIVISOL IBÉRICA, SLU (en endavant, VIVISOL). Aquesta empresa va ser emplaçada a presentar oferta a tots els lots de la licitació, si bé va ser admesa en els lots 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 i 12, que es corresponen amb aquells a què ha presentat oferta.

TERCER. En data 12 de maig de 2021, OXIMESA, SL va presentar davant del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra l'admissió de VIVISOL en els lots 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 i 12 de la contractació basada, en síntesi, per l'incompliment d'aquesta empresa de l'obligació de presentar oferta a la totalitat dels lots del contracte, en tant que n'era adjudicatària –homologada- en termes de l'acord marc i que, d'acord amb els plecs que el regeixen, la presentació d'una oferta vàlida i conforme al que s'ha requerit resulta obligatòria. Sobre aquesta base, es considera que VIVISOL ha contravingut els plecs i les previsions normatives que resulten d'aplicació.

D'acord amb això, demana l'exclusió de l'oferta de VIVISOL a la contractació basada i, mitjançant altressí, la suspensió de la tramitació de l'expedient fins a la resolució del recurs.

QUART. En data 13 de maig de 2021, data de la recepció efectiva del recurs en el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal), la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 17 de maig de 2021, va tenir entrada en el Tribunal l'expedient de contractació així com l'informe de l'òrgan de contractació amb què s'oposa al recurs i en demana la desestimació. Així mateix, s'oposa a la mesura cautelar de suspensió sol·licitada.

CINQUÈ. En data 21 de maig de 2021, LINDE MÉDICA, SLU (en endavant, LINDE) va presentar davant l'òrgan de contractació recurs especial en matèria de contractació contra l'admissió de VIVISOL en els lots 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 i 12 de la contractació basada, en síntesi, per l'incompliment d'aquesta empresa de l'obligació de presentar oferta a la totalitat dels lots del contracte, en tant que n'era adjudicatària –homologada- en termes de l'acord marc i que, d'acord amb els plecs que el regeixen, la presentació d'una oferta vàlida i conforme al que s'ha requerit resulta obligatòria. Sobre aquesta base, es considera que VIVISOL ha contravingut els plecs i les previsions normatives que resulten d'aplicació.

Per tot això, la part recurrent sol·licita que es rebutgi l'oferta de VIVISOL a la contractació basada i la corresponent exclusió del licitador. Mitjançant altressí demana el manteniment de la suspensió de l'expedient fins a la resolució del recurs.

SISÈ. En data 25 de maig de 2021, l'òrgan de contractació va trametre al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal), d'acord amb el previst pels articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015) el recurs interposat, acompanyat de l'expedient administratiu així com l'informe de l'òrgan de contractació amb que s'oposa al recurs i en demana la desestimació. Així mateix, s'oposa a la mesura cautelar de suspensió sol·licitada.

SETÈ. Oberts els períodes d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, en van fer ús les empreses VIVISOL –que s'oposa al recurs i en demana la desestimació i la condemna en costes a les recurrents- i ESTEVE TEJIN HEALTHCARE, SL, que demana l'estimació dels recursos.

VUITÈ. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal mitjançant la Resolució S-56/2021, de 19 de maig de 2021.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. Amb caràcter previ a d'altres qüestions, el Tribunal aprecia entre els recursos N-2021-0206 i N-2021-0227 una identitat substancial i una íntima connexió que, d'acord amb l'article 20 del Decret 221/2013 i 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), el faculten per procedir a la seva acumulació que, conforme estableix també l'article 13 del RD 814/2015, constitueix una potestat del Tribunal que pot acordar a iniciativa pròpia.

Ambdós recursos mantenen una idèntica fonamentació, estan referits a un mateix poder adjudicador i amb relació a un mateix acte i procediment de contractació i els interessats són també els mateixos. La relació entre els recursos s'aprecia fins al punt que la causa litis dels recursos és coincident, això és, el motiu pel qual consideren que correspon la inadmissió de l'oferta presentada per VIVISOL i la petició d'exclusió d'aquesta de la licitació de la contractació basada.

Per tant, i d'acord amb el principi d'economia procedimental, escau acumular els recursos, per resoldre'ls en un únic procediment i mitjançant una única resolució.

TERCER. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 b) de la LCSP.

QUART. El recurs es dirigeix contra la decisió de la mesa de contractació per la qual s'admet l'oferta de l'empresa VIVISOL en la licitació de la contractació basada dels lots 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 i 12.

En aquesta qüestió cal portar a col·lació les reflexions que aquest Tribunal ja ha tingut ocasió d'efectuar en ocasions anteriors –per totes, resolucions 238/2020 i 263/2018- tota vegada que, l'article 44.2 b) de la LCSP parla d'acords d'admissió i inadmissió de candidats o licitadors i d'acords d'admissió o exclusió d'ofertes i, en aquest sentit, cal tenir en compte l'accepció àmplia del terme "decisió" en la jurisprudència europea en matèria de contractes públics, com la reflectida en la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de 5 d'abril de 2017 (C-391/15, Marina del Mediterráneo, SL et al./Agencia Pública de Puertos de Andalucía), en la qual va indicar:

> *"(...) el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. (...) Esta interpretación del concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» que sean susceptibles de recurso no resulta afectada por la circunstancia de que el Tribunal de Justicia haya declarado, en el apartado 35 de la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), que no son recurribles las actuaciones que formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público. En efecto, cuando se trata de la admisión de la oferta de un licitador, decisión sobre la que versa el litigio principal, procede considerar que tal decisión, por su propia naturaleza, rebasa el ámbito de la reflexión interna de la entidad adjudicadora."*

En efecte, i a part de les discussions en relació amb el caràcter tàcit o explícit que pot adoptar dita decisió d'admissió en els procediments de contractació, la doctrina majoritària, seguint la jurisprudència europea, ha vingut analitzant el caràcter procedent dels recursos a la vista del concurrència de la resta dels requisits d'admissió i, especialment, el de la legitimació de l'empresa recurrent, la qual cosa exigeix una anàlisi cas per cas, ja que una clara manca de legitimació hauria d'abocar a la inadmissió dels recursos.

En aquest sentit ha vingut pronunciant-se casuísticament aquest Tribunal (per totes, resolucions 147/2019, 127/2019, 86/2019, 263/2018, 235/2018, 81/2018, 65/2018, 54/2018, 42/2018 i 33/2018), com també altres tribunals de recurs contractuals (com ara el Tribunal 11 Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía –TARCJA- en les resolucions 37/2018, 298/2018 i 280/2018, i el Tribunal Administrativo de Contratación Pública –TACP- de la Comunidad de Madrid en les resolucions 157/2018 i 131/2018), recollint la jurisprudència introduïda pel TJUE en l'esmentada Sentència de 5 d'abril de 2017, en la qual va indicar que:

> *"(...) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho (...)."*

Tot això comporta que s'hagi de conjuminar la possibilitat genèrica d'interposar recurs contra els actes d'admissió d'ofertes, amb la legitimació de les empreses tal i com preveu la Directiva 89/665/UE (per totes, resolucions 263/2018, 235/2018, 81/2018, 65/2018, 54/2018, 42/2018 i 33/2018).

Traslladada la normativa i tota aquesta doctrina i jurisprudència al cas examinat, cal apreciar la legitimació de les actores i la consideració del acte objecte de recurs com un de susceptible d'impugnació mitjançant el recur especial *ex* article 44.2 b) de la LCSP.

CINQUÈ. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

SISÈ. A la vista de les actuacions reflectides en els antecedents de fet, es conclou que el recurs s'ha d'entendre presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP.

També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SETÈ. Entrant a examinar les al·legacions materials del recurs, el fons de l'assumpte rau a dilucidar si la decisió d'admissió de la proposició de VIVISOL als lots als que la presenta és ajustada a dret o, per contra, no ho és.

Les empreses recurrents al·leguen les previsions dels plecs que regeixen l'acord marc en què es basa la contractació objecte de controvèrsia (clàusula 43), les quals, per remissió a les disposicions de l'article 221 de la LCSP, disposen l'obligació de les empreses part de l'acord marc de presentar una oferta vàlida en la licitació per a l'adjudicació del contracte basat. I afirmen que, igual que cal convidar a totes les empreses adjudicatàries de l'acord marc, correspon a aquestes presentar oferta per a l'adjudicació dels contractes basats a què hagin estat convidades.

En aquest cas, la invitació efectuada a VIVISOL estava referida a la totalitat dels lots i, per això, la presentació d'oferta a només els vuit lots de referència implica l'incompliment dels plecs i de la LCSP. I es porta a col·lació la consideració dels plecs com a llei del contracte i la interpretació que s'estima procedent de l'article 226.6.c) de la LCSP, amb invocació addicional del que disposa l'article 84 del Real decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (d'ara en endavant, RGLCAP).

L'òrgan de contractació defensa, per la seva part, que d'acord amb les previsions de la clàusula quaranta-tresena del PCAP de l'acord marc de referència en relació amb les del mencionat article 226.6.c) de la LCSP, es va formular invitació a les empreses per formular oferta en els lots en els quals van resultar adjudicatàries de l'acord marc.

Ara bé, ni els plecs ni la normativa estableixen les conseqüències de la manca de presentació d'oferta en la licitació d'un contracte basat per part d'una empresa homologada en l'acord marc. A parer de l'òrgan de contractació, aquesta llacuna –que hauria d'estar regulada en els

plecs de l'acord marc- impedeix hores d'ara efectuar una interpretació perjudicial per als licitadors, com seria no permetre'ls seguir en el procediment.

D'altra banda, rebutja també l'aplicació de l'article 84 del RGLCAP, invocada per la recurrent, perquè entén que la interpretació literal de les previsions dels plecs duu a apreciar que la presentació de l'oferta per part de VIVISOL –encara que només a una part dels lots- ja n'hauria donat compliment. I reitera, amb cita i reproducció de doctrina al respecte, la necessitat d'interpretar restrictivament els supòsits d'exclusió dels licitadors, sense que resulti viable una interpretació extensiva o anàloga als explícitament previstos.

Finalment, VIVISOL ha al·legat en relació amb els recursos presentats que en la tramesa de les invitacions, i en base a les especificitats dels serveis incloses en el "Pla de Necessitats" que s'hi adjuntava, va presentar oferta a una majoria dels lots en què està homologada d'acord amb els requeriments tècnics establerts, i va aportar una justificació en relació als lots en què no va formular oferta, tot i estar homologada. En definitiva, es defensa que les ofertes presentades complien tots els requeriments i considera que no existeix cap incompliment, tota vegada que la manca de presentació d'ofertes a determinats lots no podria ser considerada com a tal ni justificaria la inadmissió de les ofertes degudament presentades als lots a què fan referència els contractes basats. En aquest sentit, insisteix en la no interrelació entre els requeriments de l'acord marc i els de les contractacions basades, més encara amb una configuració de lots en els quals cadascun constitueix un contracte independent –excepte en el cas de les ofertes integradores- i on cada proposició suposa l'assumpció de diferents compromisos. I posa com a exemple que, en el cas que VIVISOL –tal i com li ha succeït a una altra empresa homologada- hagués presentat una o més ofertes fora de termini, això no podria afectar la resta de les ofertes, ni menys determinar-ne una exclusió general d'aquest operador.

Ultra tot això, afirma que la qüestió es residencia en fase d'execució de l'acord marc del CATSALUT i, per tant, no correspon ser resolta mitjançant un recurs especial contra la seva admissió a la licitació basada en els lots a què ha presentat oferta.

VUITÈ. Vistes les posicions de les parts, la qüestió central de la controvèrsia rau en determinar si, ateses les previsions específiques dels plecs de l'acord marc de referència, de la contractació basada i les disposicions normatives d'aplicació, l'actuació de VIVISOL en la contractació basada objecte de recurs ha de comportar-li l'exclusió dels lots als quals si ha presentat oferta.

En relació amb les primeres, la clàusula quaranta-tresena del PCAP de l'acord marc del CATSALUT amb núm. d'expedient TRD/18, disposa (els subratllat és nostre):

> ***Quaranta-tresena. Del procediment de licitació dels contractes basats***
>
> *43.1 Un cop adjudicat l'acord marc, l'òrgan de contractació comunicarà l'homologació a tots els hospitals prescriptors de TRD en edat adulta que hauran de procedir a realitzar els procediments de licitació dels contractes basats amb les empreses homologades del seu lot. Pel que fa al lot pediàtric, serà el CatSalut qui s'encarregarà de dur a terme el procediment de contractació basat amb les empreses que hagin resultat aptes en la fase de l'acord marc.*
> *Als respectius procediments de licitació hauran de ser convidats tots i cadascun dels adjudicataris del lot corresponent.*
>
> *43.2 El procediment d'adjudicació dels contractes basats es fixa en l'article 221 de la LCSP:*
> *La licitació per a l'adjudicació dels contractes basats en un acord marc tindrà lloc d'acord amb el procediment següent:*
> *a) Per cada contracte que s'hagi d'adjudicar es convidarà a la licitació a totes les empreses part de l'acord marc que, d'acord amb els termes de l'adjudicació del mateix, estiguessin en condicions de realitzar l'objecte del contracte basat.*
> *b) Es concedirà un termini suficient per presentar les ofertes relatives a cada contracte basat tenint en compte factors com ara la complexitat de l'objecte del contracte, la pluralitat o no de criteris de valoració, així com la seva complexitat, i el temps necessari per a l'enviament de l'oferta.*
> *c) Les ofertes es presentaran per escrit i el seu contingut serà confidencial fins al moment fixat per a la seva obertura.*
> *Les empreses part de l'acord marc convidades a la licitació de conformitat amb el que disposa la lletra a) anterior, estaran obligades a presentar oferta vàlida en la licitació per a l'adjudicació del contracte basat, en els termes fixats en el plec de l'acord marc.*
> *e) El contracte s'adjudicarà al licitador que hagi presentat la millor oferta de conformitat amb el que disposa l'article 145, valorada segons els criteris fixats en la clàusula 43.3 d'aquest Plec.*
> *f) La notificació a les empreses no adjudicatàries de l'adjudicació dels contractes basats en un acord marc, es pot substituir per una publicació en el medi determinat en els plecs reguladors de l'acord marc.*
>
> *43.3 Els criteris de valoració en els procediments de licitació dels contractes basats estaran relacionats amb els criteris de valoració automàtica pel que fa a l'oferta econòmica, amb el nombre de models d'equips i amb la disposició de l'ISO 13485/2016 o equivalents, i amb els criteris de valoració de judici de valor pel que fa a l'oferta de criteris tècnics que proposin les empreses adjudicatàries dins els àmbits definits pels hospitals prescriptors i el CatSalut.*

I la clàusula quaranta-quatrena del mateix PCAP, reitera (el subratllat és nostre):

> ***Quaranta-quatrena. Presentació de documentació***

Els adjudicataris de l'acord marc se'ls requerirà perquè presentin davant l'òrgan de contractació dels lots corresponents, tota aquella documentació que li sigui requerit d'acord amb el procediment de licitació corresponent, a excepció de la documentació acreditativa de la capacitat i solvència ja avaluada en l'adjudicació de l'acord marc.
Es concedirà un termini, per presentar les ofertes relatives a cada contracte basat, aquest termini es determinarà en el moment que es licitin els contractes basats.
Tal i com cita l'article 221.6 apartat c) "les empreses part de l'acord marc convidades a la licitació de conformitat amb el que disposa la lletra a) anterior, estaran obligades a presentar oferta vàlida en la licitació per a l'adjudicació del contracte basat, en els termes fixats en el plec de l'acord marc"

Per altra banda, el Quadre de característiques (QC) de la contractació basada, inclou una previsió de remissió a la clàusula quaranta-tresena de l'acord marc:

V. Execució del basat de l'acord marc:
D'acord amb allò estipulat en la clàusula 43 del PCAP.

I, finalment, cal portar a col·lació el que l'article 221.6, de constant referència, disposa al respecte de la presentació d'ofertes en els contractes basats per part de les empreses que són part de l'acord marc (el subratllat és nostre):

6. La licitación para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco tendrá lugar con arreglo al procedimiento siguiente:
a) Por cada contrato que haya de adjudicarse se invitará a la licitación a todas las empresas parte del acuerdo marco que, de acuerdo con los términos de la adjudicación del mismo, estuvieran en condiciones de realizar el objeto del contrato basado. La invitación se realizará por los medios que se hubieran establecido a tal efecto en el pliego regulador del acuerdo marco.
No obstante lo anterior, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no invitar a la licitación a la totalidad de las empresas, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres.
b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato basado teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato, la pluralidad o no de criterios de valoración, así como su complejidad, y el tiempo necesario para el envío de la oferta.
c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.
Las empresas parte del acuerdo marco invitadas a la licitación de conformidad con lo dispuesto en la letra a) anterior, estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación del contrato basado, en los términos fijados en el pliego del acuerdo marco.

> *d) El órgano de contratación podrá optar por celebrar la licitación para adjudicar los contratos basados en un acuerdo marco a través de una subasta electrónica para la adjudicación del contrato basado conforme a lo establecido en el artículo 143 de la presente Ley, siempre que así se hubiera previsto en los pliegos reguladores del acuerdo marco.*
> *e) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco.*
> *f) La notificación a las empresas no adjudicatarias de la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, podrá sustituirse por una publicación en el medio determinado en los pliegos reguladores del acuerdo marco.*

Així les coses, cal tenir en compte que la previsió explícita continguda en l'article 221.6.c) ha estat objecte d'inclusió a partir de la LCSP de 2017 i cal entendre que respon a la filosofia de contracte normatiu o precontracte dels acords marc a tenor de les previsions que sobre aquesta figura s'inclouen en la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE (en endavant, Directiva 2014/24/UE).

En efecte, tant els considerants 60 i 61 com l'article 33 de la Directiva 2014/24/UE configuren els acords marc com un dels sistemes de racionalització tècnica de la contractació consistent en l'establiment d'un acord entre un o més poders adjudicadors amb un o varis operadors sobre els termes que han de regir els contractes futurs durant un període determinat. Per tant, com contracte normatiu, l'acord marc –i les previsions dels seus plecs que s'escaiguin- té la condició de *lex contractus* per a les parts signatàries en relació amb les contractacions basades que es duguin a terme en el futur.

Així mateix, la configuració i la regulació dels acords marc estan estretament vinculades a l'assoliment d'una contractació pública eficient que ha de permetre, entre d'altres objectius, la satisfacció més eficient i eficaç de les necessitats públiques de què porten causa les contractacions de la forma més àgil possible, i tot això, amb absolut respecte als els principis informadors de la contractació pública i, en particular, amb interdicció de l'ús abusiu de la figura o d'un ús de l'acord marc que impliqui afectació de la competència per obstaculització, restricció o falsejament d'aquesta.

A la llum d'aquests plantejaments, la presentació de proposicions en un acord marc a un determinat nombre –o la totalitat dels lots- suposarà per a l'operador econòmic, en el seu cas, l'obtenció d'una posició, com a part de l'acord o operador "homologat", que li permetrà, si més no, participar en les ulteriors licitacions de cadascun dels lots en els termes fixats. I aquesta posició en l'acord marc té un efecte d'exclusió de la participació d'altres operadors en dites contractacions basades, tota vegada que, a diferència del que succeeix en els sistemes

dinàmics, no es permet la incorporació de nous operadors durant la vigència de l'acord marc, aspecte aquest que resulta agreujat en aquells acords marc en què s'estableix un *numerus clausus* de posicions per cada lot. Tant és així que, per exemple, l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) ja va identificar l'any 2013 la manca de presentació d'ofertes en les contractacions derivades dels acords marc com un indici de possible col·lusió entre les empreses[1]. Per tant, la introducció de la previsió de l'article 221.6.c), segon incís, de la LCSP ha d'interpretar-se com la legalització d'una previsió que tindria per objecte garantir que la licitació a una o unes determinades posicions d'un acord marc revesteixen la seriositat necessària o, dit en altres paraules, no tenen com a finalitat o com efecte la restricció de la concurrència en la licitació en les contractacions basades.

Dit això, es plantegen dues aproximacions diferents a la qüestió. D'una banda, considerar, com vindica VIVISOL en la fase d'al·legacions, que les previsions de l'acord marc només poden tenir conseqüències en relació amb l'execució d'aquell i no en relació amb les contractacions basades, respecte de les quals, en essència, no s'apreciaria cap incompliment explícit, o, per contra, entendre que l'obligació establerta en els plecs de l'Acord marc està referida a la convocatòria de contractació basada, amb independència dels lots a què estigui referida, i que el seu incompliment determina, per si sol, la contravenció de les normes de la licitació de la contractació basada que es van establir en l'acord marc.

En aquest cas, al marge de les consideracions i decisions que procedirien en relació amb les eventuals conseqüències sobre la posició de VIVISOL en l'acord marc amb motiu l'incompliment de l'obligació de presentar oferta a totes les posicions –i que correspondria determinar, en el seu cas, al CATSALUT-, l'anàlisi del Tribunal ha de referir-se a la licitació de la contractació basada, que ara és objecte d'anàlisi. I, en aquest sentit, cal advertir que, certament, ni els plecs de l'acord marc, ni la documentació de la contractació basada inclouen cap previsió explícita en relació amb la necessitat de presentar oferta a tots els lots que conformin la convocatòria de contractació basada ni tampoc respecte de les eventuals conseqüències de l'incompliment de les normes de licitació establertes per a les contractacions basades. D'altra banda, tampoc resultaria d'aplicació analògica allò establert per l'article 84 de la RGLCAP, per referir-se a un supòsit ordinari de presentació d'oferta.

[1] http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/03_guia_acord_marc_contr_publica_cat.pdf

Així, si bé és innegable que quan un operador homologat contravé l'obligació establerta en l'article 221.6.c) i en el PCAP de presentar una oferta vàlida en la contractació basada es produeix una contravenció de les normes establertes, dita obligació està referida, literalment, a cadascuna de les contractacions basades i no als diferents lots que composen cada convocatòria de contractació basada i que tenen, *ex* article 99 de la LCSP, la consideració de contractes independents. De fet, res obviaria que els plecs que regulen l'acord marc haguessin referit dita obligació a la totalitat de lots que siguin objecte de cada convocatòria de contractació basada en els que obtinguin posicions els licitadors; és més, aquesta previsió pot arribar a estar justificada en casos com el que ara s'analitza per tal de garantir el correcte funcionament de l'acord marc en termes de competència i concurrència, així com la l'establiment i regulació completa de les conseqüències per l'eventual incompliment.

Fins i tot, així sembla que ho va interpretar inicialment l'òrgan de contractació mancomunat CS-ICS, quan va trametre les invitacions en els termes següents:

Els lots als qual heu de presentar les vostres ofertes son els que es detallen a continuació:

EMPRESA	LOTS
AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, SL	Tots
ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, SL	4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12,13
LINDE MEDICA, SLU	3, 4, 5, 9, 10, 11
OXIMESA, SL	Tots
OXIGEN SALUD, SA	1, 2, 7, 13
VIVISOL IBÉRICA, SLU	Tots

De conformitat amb el previst a l'article 221.6 lletra c), al ser una de les empreses homologades a l'acord marc de referència, és obligatori la presentació d'una oferta vàlida i conforme amb el requerit a la present invitació.

En tot cas, i malgrat això, la manca de previsions específiques de la documentació que regeix la licitació de la contractació basada, incloent en aquesta el PCAP de l'acord marc, no permeten apreciar analògicament l'incompliment de la previsió relativa a l'obligació de presentar oferta als contractes basats en relació amb tots els lots que conformen la convocatòria de contractació basada.

En definitiva, procedeix la desestimació del recurs.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Desestimar els recursos especials en matèria de contractació presentats pels senyors R.H.C., en nom i representació de l'empresa OXIMESA, SLU, i D.A.G i J.C.A. en nom i representació de LINDE MÉDICA, SLU, ambdós contra l'admissió de l'oferta de VIVISOL IBÉRICA, SLU en la contractació basada dels lots 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 i 12 de l'acord marc de serveis sanitaris de teràpia respiratòria a domicili (TRD) en l'àmbit geogràfic de Catalunya, licitada per l'òrgan de contractació mancomunat del CONSORCI DE SALUT I D'ATENCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA i de l'INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT (expedient CSC-ICS 1/20 TRD).

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal mitjançant la Resolució S-56/2021.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 30 de juny de 2021.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta