



**Recurso nº 1182/2021**

**Resolución nº 1442/2021**

**Sección 2ª**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de octubre de 2021.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A.C.R., en representación de PFIZER, SLU., contra los pliegos del procedimiento de “*Suministro, respetuoso con el medio ambiente, de medicamentos de Factor VIII de coagulación recombinante*”, con nº Expediente AM 2021/063 y convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** Con fecha 7 de mayo de 2021, se emite por el Coordinador de la Unidad de Estrategias de Aprovisionamiento del Sistema Nacional de Salud (en adelante, “SNS”) informe justificativo de la necesidad de la celebración de un acuerdo marco que dé continuidad al anterior acuerdo marco para la adquisición de medicamentos de Factor VIII de coagulación recombinante, indicados para el tratamiento y profilaxis de las hemorragias en pacientes con hemofilia (AM 2018/136).

**Segundo.** Mediante resolución de la Directora del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (en adelante, INGESA o el órgano de contratación (OC)) publicada en el perfil del contratante del Sector Público con fecha 6 de julio de 2021, se acuerda la tramitación del expediente para la celebración del Acuerdo Marco de referencia, por un valor estimado de 75.596.989,45 euros (4% IVA incluido) (113.666.459,00 euros, prórroga incluida) y un plazo de ejecución de 24 meses, disponiendo la apertura del procedimiento de licitación mediante procedimiento negociado sin publicidad, al concurrir las circunstancias descritas en el art. 168.a.2 LCSP e invitando a presentar sus ofertas a BAYER HISPANIA, S.L., CSL Behring, S.A., Novo Nordisk Pharma, S.A., Octapharma, S.A., Pfizer, S.L. Swedish



Orphan Biovitrum, S.L. (SOBI) y Takeda Farmacéutica España, S.A. Se aprueban, asimismo, el PCAP y el PPT del Acuerdo Marco.

**Tercero.** Con fecha 26 de julio de 2021, se interpone por D. A.C.R., en representación de PFIZER, SLU., contra los pliegos del procedimiento de Suministro, respetuoso con el medio ambiente, de medicamentos de Factor VIII de coagulación recombinante, expediente AM 2021/063 convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

En dicho recurso, se solicita la anulación de las cláusulas 17.3, 10.4 y 14.2.6 del PCAP que ha de regir el Acuerdo Marco ordenando, en consecuencia, la retroacción de actuaciones al momento anterior a la aprobación del expediente a fin de que se elaboren unos nuevos pliegos en los que no se incluyan las cláusulas anuladas.

**Cuarto.** El órgano de contratación ha emitido el informe al que se refiere el artículo 56 de la LCSP sosteniendo que procede desestimar el recurso presentado dado que no existen infracciones del ordenamiento que puedan dar lugar a la anulación de las cláusulas citadas con la consiguiente retroacción de actuaciones.

**Quinto.** Con fecha 2 de agosto de 2021, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

**Sexto.** Mediante Resolución de 12 de agosto de 2021 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, 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.** Resulta de aplicación al presente recurso la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), así como el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

**Segundo.** El presente recurso tiene por objeto la impugnación de las cláusulas 17.3, 10.4 y 14.2.6 del PCAP que ha de regir la contratación del Acuerdo Marco 2021/070 para el “*Suministro, respetuoso con el medio ambiente, de medicamentos de Factor VIII de coagulación recombinante*”, expediente AM 2021/063 convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

**Tercero.** El recurso ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50 LCSP, debiendo computarse desde el siguiente a aquél a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados por tratarse de un procedimiento negociado sin publicidad (artículo 50.1.b) de la LCSP), constando la remisión de la citada invitación en la fecha de 6 de julio de 2021, por lo que el último día del plazo expiraba el 27 de julio, siendo así que el recurso se entiende interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto.

**Cuarto.** Los pliegos son susceptibles de recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 44.2.a) de la LCSP siendo así que se ha aprobado en el seno de una Acuerdo Marco de un contrato de suministro por importe superior a cien mil euros, conforme al artículo 44.1.b) de la LCSP.

**Quinto.** La entidad reclamante se encuentra legitimada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, que dispone: “*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 tanto que ha sido invitada a la licitación del procedimiento negociado sin publicidad.

**Sexto.** Son objeto del presente recurso las cláusulas 17.3, 10.4 y 14.2.6 del PCAP que ha de regir la contratación del Acuerdo Marco 2021/070 para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de medicamentos de Factor VIII de coagulación recombinante, con expediente AM 2021/063.

En particular, la recurrente considera que la cláusula 17.3 es ilegal al prever una causa de resolución distinta a las causas de resolución legalmente tasadas recogidas en los artículos 211 y 306 LCSP, contraviniendo así tales disposiciones e incurriendo en fraude de ley al tratar de eludirse mediante una causa de resolución lo que, en realidad, es un desistimiento del contrato que conlleva la oportuna una indemnización, con el propósito de evitar la aplicación de este último régimen en el que se exige indemnizar al contratista.

Afirma, asimismo, la recurrente la ilegalidad de la cláusula 10.4 del PCAP al condicionar la celebración del contrato a la obtención, en la fase de negociación, de una rebaja de la oferta inicialmente presentada, obviando así que las necesidades de contratación en modo alguno se ven alteradas haya o no tal acuerdo y que el valor estimado del contrato, partiendo del precio unitario, ha sido previamente calculado por la propia administración.

En este sentido, considera que dicha cláusula es contraria al interés público al dejar de adjudicar un contrato cuya necesidad ha sido debidamente declarada vulnerando con ello lo dispuesto en el art. 34.1 LCSP (*“En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*) y que, asimismo, vulnera el principio de transparencia al desvincularse del valor estimado del contrato establecido conforme a criterios que deben figurar en los pliegos (art. 101.5 LCSP) y habilitar un criterio de viabilidad de la oferta desconocido, secreto y que la Administración podrá aplicar discrecionalmente sin explicación ni motivación alguna.

Por último, sostiene el recurso que también es ilegal la cláusula 14.2.6 del PCAP toda vez que contraviene el principio de precio cierto recogido por los arts. 35.f y 102.1 LCSP en relación con los arts. 103 (al fijar un supuesto de revisión de precios que no se ajusta a



las exigencias de la propia ley) y 204 LCSP (al contemplar un supuesto de modificación del contrato que no se ajusta a los requisitos que exige la LCSP) impidiendo conocer al contratista cuál será finalmente el precio que finalmente se le abonará durante la ejecución del contrato.

**Séptimo.** La primera de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso invoca la ilegalidad del apartado 3 de la cláusula 17 (*“Extinción del Acuerdo Marco y contratos basados”*) del PCAP, que aparece redactada en los siguientes términos:

*“Este Acuerdo Marco y sus contratos basados están sujetos a condición resolutoria expresa cuando en el plazo de vigencia del Acuerdo Marco o sus prórrogas, se proceda a la comercialización efectiva de un nuevo medicamento genérico o biosimilar. La efectividad de esta condición resolutoria, en relación al lote que resulte afectado, requerirá la resolución del órgano de contratación previsto en la cláusula 2 de este pliego, a instancia del titular de la citada autorización de comercialización. La materialización de la condición resolutoria en los términos señalados, afectará a los contratos basados formalizados por las entidades participantes, que en virtud del cual dictarán al efecto las resoluciones pertinentes”.*

Dicha cláusula permite a la Administración poder resolver el contrato del lote de que se trate para el caso de que se produzca la comercialización de un nuevo medicamento genérico o biosimilar.

Considera la recurrente que dicha cláusula 17.3 es ilegal al prever una causa de resolución distinta a las causas de resolución legalmente tasadas en los arts. 211 y 306 LCSP.

Frente a ello, el OC alude al contexto de eficiencia del gasto público desde el cual entiende que, en la cláusula 17.3 del PCAP, no se recoge una causa de resolución distinta a las legalmente establecidas en los artículos 211 y 306 de la LCSP sino una condición resolutoria establecida en aras de la consecución del principio de eficiencia que debe presidir la actuación de la Administración y que encuentra una de sus manifestaciones más importantes en lograr el objetivo de la eficiencia en el gasto público.



No obstante, la importancia indiscutible del referido principio de eficiencia no ampara la inclusión de una causa distinta de resolución como es la que incorpora la citada cláusula 17.3.

En este sentido, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la legalidad de unos pliegos con una redacción similar (en su resolución núm. 282/2020, de 27 de febrero, citada por la recurrente) indicando expresamente:

*[...] para poder analizar la conformidad a Derecho de esta cláusula, debemos partir de que la LCSP no establece las mismas causas para la resolución del contrato que las que se establecían en el TRLCP. Así, el artículo 223 TRLCSP establecía una cláusula residual que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al órgano de contratación para fijar las causas de resolución que considerase oportunas, al señalar que “Son causas de resolución del contrato: (...) h) Las establecidas expresamente en el contrato”. Dicha remisión a las causas que establezca el contrato no se contempla, sin embargo, en el actual artículo 211 de la LCSP...*

*... por lo que procede estimar el motivo, simplemente para que se suprima esa causa especial de resolución”.*

Efectivamente, tal y como está redactada la cláusula 17.3 del PCAP, introduce una causa nueva especial de resolución del acuerdo marco y de los contratos basados distinta a las establecidas en el artículo 306.b) de la LCSP (no es una causa de desistimiento del contrato en ejecución unilateral de la entidad contratante sujeta al régimen de efectos del artículo 307).

Procede, por consiguiente, estimar el motivo para que se suprima esa causa especial de resolución, sin perjuicio de que, si se quiere configurar como una causa específica de desistimiento, se redacte correctamente y con la debida precisión.

**Octavo.** La segunda alegación del recurso invoca la ilegalidad de la cláusula 10.4 del PCAP por condicionar la celebración del contrato a la obtención, en la fase de negociación, de una rebaja de la oferta inicialmente presentada obviando así que las necesidades de contratación en modo alguno se ven alteradas haya o no tal acuerdo y



que el valor estimado del contrato, partiendo del precio unitario, ha sido previamente calculado por la propia administración.

En este sentido, considera la recurrente que dicha cláusula es contraria al interés público al dejar de adjudicar un contrato cuya necesidad ha sido debidamente declarada vulnerando con ello lo dispuesto en el art. 34.1 LCSP (*“En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*) y que, asimismo, vulnera el principio de transparencia al desvincularse del valor estimado del contrato establecido conforme a criterios que deben figurar en los pliegos (art. 101.5 LCSP) y habilitar un criterio de viabilidad de la oferta desconocido, secreto y que la Administración podrá aplicar discrecionalmente sin explicación ni motivación alguna.

Por el contrario, el informe del OC afirma que dicha cláusula 10.4 se basa directamente en el artículo 152.3 de la LCSP cuando señala que *“sólo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión”*.

En este sentido, sostiene que la propia cláusula 10, en su segundo párrafo, recoge las razones de interés público que pueden llevar a la decisión de no adjudicar el contrato, que no son otras que la consecución de los objetivos fundamentales de las compras centralizadas de potenciar la eficiencia del SNS en sus adquisiciones, favoreciendo sus ahorros.

Así, considera que la propuesta de no adjudicar que el servicio técnico encargado de la negociación pudiera realizar el órgano de contratación, en el supuesto planteado en la cláusula 10.4, debería, en todo caso, estar justificada, tal y como exige el art. 152.3 precitado.

No podemos estar de acuerdo con el razonamiento del órgano de contratación.



Habiéndose fijado en el apartado 7.5 del cuadro de características del PCAP, como criterio de adjudicación el precio (el único criterio, por cierto) éste no puede ser objeto de negociación ni en los términos de la cláusula 10.4 impugnada, así como tampoco en otros distintos. Así lo prohíbe taxativamente el artículo 169.5:

*“No se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato, ni tampoco los criterios de adjudicación”.*

Por lo tanto, la cláusula 10.4 impugnada, así como por extensión el apartado 11 del cuadro de características del PCAP que señala que la negociación se referirá a las condiciones económicas, han de declararse nulas y estimarse el recurso, en este extremo.

**Noveno.** Sostiene, por último, el recurso que también es ilegal la cláusula 14.2.6 del PCAP toda vez que contraviene el principio de precio cierto recogido por los arts. 35.f y 102.1 LCSP en relación con los arts. 103 (al fijar un supuesto de revisión de precios que no se ajusta a las exigencias de la propia ley) y 204 LCSP (al contemplar un supuesto de modificación del contrato que no se ajusta a los requisitos que exige la LCSP) impidiendo conocer al contratista cuál será finalmente el precio que finalmente se le abonará durante la ejecución del contrato.

Dicha cláusula 14.2.6 (bajo la rúbrica “Modificaciones del Acuerdo Marco”) del PCAP indica expresamente:

*“Si durante la vigencia del Acuerdo Marco el adjudicatario viniera a ofertar unas condiciones económicas más ventajosas a las incluidas en el Acuerdo Marco en vigor, como consecuencia de situaciones sobrevenidas que no pudieron preverse en el momento de presentar las ofertas, se procederá a modificar el contrato de acuerdo a las mismas por razones de interés público.*

*La solicitud de modificación del precio adjudicado únicamente se podrá realizar en los 7 días siguientes a cumplirse 6, 12 y 18 meses desde la entrada en vigor del Acuerdo Marco. Esta solicitud de modificación no podrá ser inferior al 10% del precio adjudicado.*



*Asimismo, en el caso de que se prorrogue el Acuerdo Marco por el plazo de 12 meses previsto en el apartado 6.3 del Cuadro de Características, así como en la cláusula 6 del presente pliego, la solicitud de modificación del precio adjudicado únicamente se podrá realizar en los 7 días siguientes a cumplirse 24 y 30 meses desde la entrada en vigor del Acuerdo Marco”.*

Considera la recurrente que dicha cláusula establece la posibilidad de modificar el contrato en el caso de que el adjudicatario ofertase unas condiciones económicas más ventajosas a las incluidas en el Acuerdo Marco como consecuencia de “*situaciones sobrevenidas*” implicando dicha modificación una revisión del precio de manera semestral en caso de darse las mismas.

En este sentido señala que, dada la inseguridad y el carácter genérico y abstracto de la cláusula 14.2.6 (“como consecuencia de situaciones sobrevenidas”), permite que el precio del contrato sea susceptible de variación al margen de los supuestos en los que legalmente está prevista su variación, al no establecer qué circunstancias sobrevenidas son a las que alude la cláusula, lo que vulnera los arts. 35 y 102 LCSP. Tampoco, afirma, se da cumplimiento a los requisitos que establece el art. 204 (“Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares”) para los casos de inclusión de supuestos de modificación del contrato en los pliegos.

Por el contrario, en este punto, asiste la razón al OC que cita la Resolución 282/2020 de 27 de febrero de 2020, de este Tribunal que, con ocasión del análisis de una cláusula prácticamente idéntica a ésta, señala expresamente que “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 os 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.

En los mismos términos debe pronunciarse la presente resolución y, en consecuencia, debe desestimarse esta alegación confirmando la cláusula 14.2.6 del PCAP por ser conforme a Derecho.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.C.R., en representación de PFIZER, SLU., contra los pliegos del procedimiento de *“Suministro, respetuoso con el medio ambiente, de medicamentos de Factor VIII de coagulación recombinante”*, con nº Expediente AM 2021/063 y convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), acordando la anulación de las cláusulas 17.3 y 10.4 del PCAP y ordenando, en consecuencia, la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

**Segundo.** Desestimar el recurso en cuanto a la impugnación de la cláusula 14.2.6 del PCAP.

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



**Cuarto.** 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 multa prevista en el artículo 58 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.