



Recurso nº 482/2022

Resolución nº 797/2022

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 01 de julio de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. M.L.G-V.D., en nombre y representación de la empresa MERCK, S.L., en el procedimiento de contratación AM 2021/064, contra los pliegos del lote 6 para el establecimiento de un Acuerdo Marco que tiene por objeto el “*Suministro respetuoso con el medio ambiente de medicamentos biológicos con biosimilares, para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración General del Estado*”, llevado a cabo por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Desde la aprobación de la Orden SSI/1075/2014, de 16 de junio, de declaración de medicamentos como bienes de contratación centralizada, se han venido formalizando distintos Acuerdos Marco para la compra centralizada de medicamentos, donde se han materializado las acciones conjuntas de la Administración General del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas que han ido participando en los mismos.

En el año 2021, surgió la necesidad de llevar a cabo un nuevo Acuerdo Marco para la adquisición de diversos principios activos, que se rige por la Orden SND/682/2021, de 29 de junio, de declaración de medicamentos, productos y servicios sanitarios como bienes de contratación centralizada, que sustituye a la Orden anterior.



Segundo. La contratación se efectúa a través del mecanismo previsto en el apartado 1 de la Disposición Adicional 27ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), mediante la adopción de un Acuerdo Marco centralizado convocado por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (en adelante, INGESA). La adjudicación del mismo se llevará a cabo mediante procedimiento abierto de conformidad con el artículo 156 del precitado texto legal.

El plazo de duración es de 24 meses con posibilidad de prórroga por 12 meses más. El importe de las posibles adquisiciones de estos medicamentos en el plazo de duración inicial del Acuerdo Marco es de 243.634.504,14 € (IVA excluido), y el valor estimado de 370.763.164,25 €, teniendo en cuenta la eventual prórroga de 12 meses.

Tercero. El cálculo del número estimado de unidades recogido en los pliegos rectores del Acuerdo Marco, se configura mediante la adición de las unidades que cada servicio de salud comunica al INGESA que prevé adquirir en función de sus previsiones en cuanto a número de casos y número de pacientes a tratar (debe tenerse en cuenta que todo este expediente se materializa mediante el consenso y la concurrencia de información de todas y cada una de las Administraciones adheridas), pudiendo variar el volumen de una anualidad a otra conforme a las previsiones y necesidades transmitidas por los citados servicios de salud adheridos.

Cuarto. Contra dichos pliegos y por la misma mercantil, ahora recurrente, se interpuso el recurso especial nº 64/2022 que fue desestimado por este Tribunal mediante la Resolución nº 258/2022, de 24 de febrero. En la parte resolutive de la misma – literalmente– se afirmaba:

“Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.L.G-V-D., en nombre y representación de la empresa MERCK, S.L., en el marco del expediente AM 2021/064, contra los pliegos que rigen el establecimiento de un acuerdo marco que tiene por objeto el “Suministro respetuoso con el medio ambiente de medicamentos biológicos con biosimilares, para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración General del Estado”, en relación con el lote 6, llevado a cabo por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (en adelante, INGESA)”.



No consta hasta la fecha que, contra dicha Resolución, se haya ejercido la vía contencioso-administrativa.

Quinto. Entre los días 14 y 18 de enero de 2022, fueron interpuestos otros cuatro recursos contra idéntica actuación, a los cuales –en atención a su orden de llegada y a su estado de tramitación– les fueron asignados los números 66, 75, 77 y 79/2022, respectivamente.

Dichos recursos fueron desestimados, respectivamente, por este Tribunal mediante sus Resoluciones nºs 259/2022, 260/2022 y 262/2022, todas ellas de 24 de febrero, salvo el recurso especial nº 64/2022 que fue estimado –en parte– por este Tribunal mediante la Resolución nº 261/2022, también de 24 de febrero; en concreto, fue anulada la cláusula 17.2 del PCAP (que regulaba las casusas de resolución) por considerarla contraria al artículo 211.1.f) de la LCSP.

Sexto. Repuestas las actuaciones y depurados en el sentido recién apuntado los pliegos, éstos fueron otra vez enviados a la Plataforma de Contratación del Sector Público para abrir nueva licitación por procedimiento abierto del Acuerdo Marco con fecha 28 de marzo de 2022, la representación de MERCK, S.L.U., presentó el día 20 de abril de 2022 en sede electrónica el presente recurso especial contra los pliegos y, en lo tocante a la configuración del lote 6 “Somatotropina”, la imposibilidad de presentar oferta por mor del dispositivo para su dispensación.

Séptimo. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación suscrito por la Directora del INGESA, conforme al artículo 56.2 de la LCSP.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal –por delegación de éste– dictó resolución con fecha 4 de mayo de 2022 de denegación de la solicitud de medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación en relación con el lote 6, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.



Noveno. El presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente LCSP y en 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, concediendo un plazo común de cinco días para que las empresas concurrentes al acuerdo marco pudieran presentar alegaciones. Ha presentado alegaciones en tiempo y forma, con fecha 3 de mayo de 2022, el representante de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A., instando expresamente la estimación del recurso y adhiriéndose, por ende, a las pretensiones anulatorias ejercitadas por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 y 4 de la LCSP.

Segundo. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, el mismo deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la publicación en el correspondiente diario oficial, del acto o acuerdo que se recurra, conforme se dispone en el artículo 50.1.b) de la LCSP, de acuerdo con el artículo 44 del mismo texto legal.

En este caso consta que los pliegos rectores de la presente contratación fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Estado, el 28 de marzo de 2022 y puesto que el recurso ha sido presentado el 20 de abril del presente, se considera que se ha interpuesto dentro del plazo previsto para ello.

Tercero. En el presente caso se interpone este recurso especial contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 –letra a)– de la LCSP, donde se establece que podrán ser objeto de revisión: *"a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación"*.



Asimismo, se trata de un acuerdo marco con un valor estimado de 370.763,164,25 euros, esto es, se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada y con un importe superior a los 100.000 euros que se exige en el artículo 44 –apartado 1.a)– para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de suministro, regla también aplicable para los acuerdos marco, como es el caso, por lo que el recurso resulta admisible.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto por una persona física, representante de una persona jurídica, que ha sido licitadora en el presente acuerdo marco, cuyos derechos o intereses legítimos se ven directamente afectados o puedan resultar afectados por la Resolución que impugna, por lo tanto, *“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”* (artículo 48, de la LCSP).

La actora ha presentado oferta a la licitación con posterioridad a la interposición del recurso, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.1.b) *in fine* de la LCSP, por lo que ostenta interés legítimo para ello y, en consecuencia, legitimación.

Quinto. En el recurso ahora interpuesto, se plantean dos cuestiones –las mismas que las planteadas en el recurso nº 64/2022, según ya se ha expuesto–, por un lado, la configuración dentro del apartado 11 del cuadro de características del contrato del PCAP, que se remite a la cláusula 16 del PCAP, relativo a *“criterios de adjudicación”*, del precio como único criterio para la adjudicación de los contratos basados, lo que constituye a su juicio una infracción del artículo 145.3 –letras b) y f)– de la LCSP y, por otro lado, la falta de definición en el objeto del contrato, por no concretarse en los pliegos, de las características técnicas que debe reunir el dispositivo de administración de la somatropina, que es el compuesto objeto del lote 6 de este acuerdo marco, lote que constituye el objeto del presente recurso.

Acerca de los motivos invocados sobre el fondo contra la actuación impugnada, como cuestión previa que ha de analizarse para la admisión del recurso, debe recordarse la limitación que este Tribunal tiene sobre cuestiones ya resueltas, por aplicación de los efectos de la cosa juzgada administrativa; y ello porque sendos argumentos esgrimidos



por la mercantil recurrente fueron ya rechazados con ocasión de la tramitación del recurso especial nº 64/2022, mediante su meritada Resolución 258/2022, de 24 de febrero, el cual constituye un límite objetivo pleno para este órgano pues, en virtud del principio de seguridad jurídica consagrado al máximo nivel normativo por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 9.3 de la Constitución, resulta de aplicación la doctrina de cosa juzgada administrativa, asumida por los diferentes órganos administrativos de recursos contractuales, también por este Tribunal, en sus Resoluciones 313 y 338/2016, de 22 y 29 de abril, respectivamente; en la primera de ellas, viene a afirmarse lo siguiente:

“El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en otras resoluciones. En la Resolución 58/2016, de 29 de enero, el Tribunal acoge la cosa juzgada administrativa indicando: ‘(...) Ambos puntos deben considerarse resueltos con carácter definitivo y no pueden ser objeto de discusión en el presente recurso, por vedarlo el principio denominado, con cierta impropiedad, “cosa juzgada administrativa”, que, en último término, constituye aplicación de la doctrina de los actos firmes y consentidos (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de junio de 1997 –Roj STS 4167/1997- y 5 de abril de 1965 –Roj STS 1176/1965-; Dictámenes del Consejo de Estado de 27 de junio de 2002 –expediente 1656/2002-, 18 de julio de 2002 –expediente 1877/2002-, 5 de diciembre de 2002 –expediente 3307/2002- y 3 de marzo de 2005 –expediente 93/2005-) y que veda reproducir ante este Tribunal cuestiones que ya fueron resueltas por decisión de éste contra la que no se dedujo recurso contencioso-administrativo (cfr.: Resoluciones 110/2012, 195/2012, 413/2013, 216/2014, 535/2014 y 24/2015, entre otras)”.

De lo anterior resulta que está vedado a este Tribunal entrar a considerar los motivos que la actora postula –al ser reproducción de los ya examinados en el recurso 64/2022–, por cuanto que no es posible atacar los pliegos otra vez en vía administrativa en virtud de las mismas razones ya analizadas –y rechazadas– en su día por mor de la aludida Resolución 258/2022, al desplegar ésta efectos en el presente supuesto.

A tal conclusión coadyuva la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP, cuyos apartados 1 y 3 disponen:



“1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(...)

3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso”.

De tal suerte que, de acoger la pretensión de la actora, se estaría procediendo a revisar la decisión de este Tribunal –firme en sede administrativa– cuando la única vía para reaccionar contra la misma es la jurisdiccional (contencioso-administrativa), en virtud del precepto recién transcrito, siendo la única modalidad de revisión admisible de sus Resoluciones la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, y ninguna otra.

Procede, por tanto, inadmitir el recurso.

Sexto. A resultas de lo anterior, debe analizarse la eventual mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

El artículo 58.2 de la LCSP dispone que:

“2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.



El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos (...)”.

Ciertamente, la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justifica la imposición de la multa, si bien debe tenerse en cuenta que la misma debe ser palmaria, de tal suerte que no pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho. A juicio de este Tribunal, concurren una serie de circunstancias que ponen de manifiesto no sólo una conducta temeraria en la interposición del presente recurso sino que, además, la actora ha obrado de mala fe al ejercitar esta acción administrativa.

Ello porque, con arreglo a lo razonado por este Tribunal en Resoluciones como la nº 713/2017, de 22 de septiembre, o la nº 764/2018, de 7 de septiembre, conforme a las cuales la reiteración de pretensiones –y argumentos– en un recurso posterior que ya fueron previamente desestimadas o rechazadas íntegramente en otro anterior, sin que los parámetros legales ni jurisprudenciales hayan variado, constituye claro indicio de la interposición temeraria de aquél. Criterio recientemente mantenido en su Resolución 238/2022, de 17 de febrero, y que ya fue confirmado en su día por la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 4 de marzo de 2015 (recurso nº 26/2014).

Así las cosas, a la vista de lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, en donde se evidencia que la mercantil recurrente –en cuanto al fondo de la controversia– se limita a reiterar los mismos argumentos que los expuestos con ocasión del recurso interpuesto frente al mismo procedimiento de contratación anteriormente convocado mediante anuncio de fecha 23 de diciembre de 2021, recurso desestimado mediante Resolución nº 741/2022 de este Tribunal, sin que conste que ésta haya sido recurrida en vía contencioso-administrativa, cabe concluir la temeridad en la interposición del presente recurso.

Por otro lado, se aprecia asimismo mala fe en tal conducta al haber sido interpuesto con claro uso abusivo y desproporcionado de los medios que la ley pone a disposición de la actora, fuera de toda medida, según la doctrina jurisprudencial acerca del abuso de



Derecho que se condensa en la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil– de fecha 1 de febrero de 2006 (rec. nº 1820/2000), todo lo cual no demuestra sino la puesta en práctica de una conducta cuyo último fin no puede ser otro que el de alargar –más de lo estrictamente necesario– la presente licitación, lo cual pone de manifiesto que la recurrente ha obrado tanto de manera temeraria, al basarse en una argumentación que ya empleó en el recurso especial nº 64/2022, como con mala fe, al interponer otro recurso con una clara e inequívoca voluntad de dilatar la adjudicación del nuevo Acuerdo Marco, invocando los mismos argumentos sobre el fondo –y siendo, plena y deliberadamente, consciente de que son una mera reiteración de los esgrimidos en aquél, a tenor del escrito de recurso– sin innovar en nada tal argumentación.

Y ello, unido al perjuicio ocasionado no sólo al procedimiento sino también al interés público del Acuerdo Marco licitado, cuyo valor estimado supera los 370 millones de euros, que persigue homologar la adquisición de diversos medicamentos de uso hospitalario (los que quedan dentro del ámbito de la Orden SND/682/2021, de 29 de junio), junto con el hecho de que esta adjudicación se demore en el tiempo, merma de forma indudable la necesidad que pretende satisfacerse mediante la presente licitación y con ello, indefectiblemente, el interés general; por ello, en atención a la actuación impugnada y al modo en que se ha producido, así como a que la recurrente incluso llegó a interesar la suspensión cautelar del procedimiento licitatorio, conduce a este Tribunal a imponerle una multa cuyo importe se fija, por las razones recién apuntadas, en el quintuplo del mínimo legal; es decir, en 5.000 euros.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. M.L.G-V.D., en nombre y representación de la empresa MERCK, S.L., en el procedimiento de contratación AM 2021/064, contra los pliegos del lote 6 para el establecimiento de un Acuerdo Marco que tiene por objeto el *“Suministro respetuoso con el medio ambiente de medicamentos biológicos con biosimilares, para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración*



General del Estado”, llevado a cabo por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria; el Tribunal.

Segundo. Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso, y se impone a la mercantil actora una multa de 5.000 euros.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, conforme a 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.