

Recurso nº 55/2018**Resolución nº 52/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 23 de xullo de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por I.A.J. actuando en nome e representación de MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. contra o acordo de exclusión da súa oferta na contratación do subministración sucesiva de medicamentos parenterais para os centros hospitalarios do Servizo Galego de Saúde, expediente MI-SER-18-019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Servizo Galego de Saúde convocou a licitación do contrato contratación do subministración sucesiva de medicamentos parenterais para os seus centros hospitalarios, cun valor estimado declarado de 21.020.442,78 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE o 02.03.2018, na Plataforma de contratos públicos de Galicia o 05.03.2018, no BOE o 09.03.2018 e DOGA o 15.03.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, o contrato estivo sometido ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adelante)

Terceiro.- Impúgnase a resolución de data 08.06.2018 pola que se decide a exclusión da recorrente do procedemento de licitación do lote 8, notificada o 13.06.2018.

Cuarto.- En data 04.07.2018 a entidade MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. (MSD en adelante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra a dita resolución, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 05.07.2018 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 13.07.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 13.07.2018, recibíndose as alegacións da empresa TEVA PHARMA S.L.U. o día 19.07.2018.

Sétimo.- O 12.07.2018 adoptouse a medida cautelar solicitada de suspensión do procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A recurrente é a directamente prexudicada polo acto de exclusión polo que, de acordo co previsto no art. 48 LCSP, está lexitimada para a interposición do recurso.

Cuarto.- O acordo de exclusión foi notificado o día 13.06.2018 polo que o recurso foi interposto no prazo esixido polo artigo 50.1.c) LCSP.

Quinto.- Tanto por estar referido a un contrato de subministración de importe superior a 100.000 euros como por impugnarse un acto de exclusión, o recurso é admisible en base ao art. 44.1.a) e 2.b) LCSP.

Sexto.- A recurrente alega que a súa oferta cumpre coas esixencias previstas no PCAP e que o acordo de exclusión vulnera o principio de igualdade, o de libre competencia e que non se axusta á obriga de seleccionar a oferta máis vantaxosa.

Sétimo.- O órgano de contratación defende no seu informe a procedencia da exclusión por canto que correspondía realizar o cálculo da oferta presentada pola recurrente sen o desconto establecido no Real Decreto-Lei 8/2010 e 9/2011, de maneira que tal oferta superaba o prezo de licitación.

Oitavo.- O representante da empresa TEVA PHARMA S.L.U defende como correcta a exclusión do recurrente, por incumprir os pregos da licitación e exceder a súa oferta o tipo máximo da licitación.

Noveno.- O acordo da mesa de contratación fundamenta a exclusión en que, segundo o previsto no PCAP, a oferta da recurrente non podería incluír a dedución establecida no RDL 8/2010 e no RDL 9/2011. A este respecto, a cláusula 28.1 da folla de especificacións na que se basea o acordo establece:

“A los precios de la licitación no se les ha incluido las deducciones previstas en los artículos 9 y 10 del Real Decreto Ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas medidas extraordinarias para la reducción de déficit público, así como las modificaciones introducidas sobre este artículo 10 y recogidas en el artículo 4 del Real Decreto ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011. Las deducciones correspondientes se aplicarán en la facturación sobre el importe de adjudicación de cada lote”.

Sinala igualmente o acordo de exclusión como causa da mesma que *“si al precio ofertado se le incrementa el 15% del descuento establecido en la ley, dicho precio supera el precio de licitación en los dos sublotos en que se divide el lote 8”*.

A oferta económica de MSD, despois de indicar os prezos ofertados establece expresamente: *“Descuento del 15% del RD 8/2010, 9/2011 incluído en el precio.”*

A recorrente fundamenta o seu recurso en que a interpretación dos pregos que realiza a mesa de contratación é incorrecta, que non se sustenta nunha lectura dos mesmos e que vulnera a lexislación contractual.

A explicación que no texto do recurso faise da oferta presentada é a seguinte:

- MSD está na actualidade obrigada a aplicar a dedución fixada no RDL 8/2010 e 9/2011, que supón unha dedución do 15% sobre o prezo de compra.

- MSD prevé que unha vez se publique a orde de actualización do sistema de prezos de referencia para o ano 2018, o medicamento por ela ofertado xa non estará sometido a ese desconto obrigatorio.

- En consecuencia, MSD ao incluír esa dedución no prezo ofertado e segundo expresa no texto do recurso, pretende determinar un *“precio único para totalidad del período de duración del contrato,..., de tal modo que, fuera o no aplicable la deducción en factura, el coste de adquisición de su medicamento en cualquiera de los dos sublotos del lote 8 en ningún momento variaría”*.

En conclusión, e en palabras da recorrente, *“quedó expresada en la oferta el precio o contraprestación final y real a cargo de la Administración en cualquier circunstancia, proporcionando total certidumbre al comprador público. Si en una primera fase del contrato la deducción fuera aplicable, el precio realmente satisfecho sería el ofertado (incluyendo la aplicación de la deducción). Si luego la deducción viniera inaplicable, sería el precio ofertado (no otro mayor, al no aplicarse ya la deducción) el que seguiría pagándose por el comprador y recibíendose por MSD”*.

En defensa da súa postura, MSD argumenta que o PCAP non ampara a interpretación feita pola mesa de contratación, e cita dúas cláusulas para ela relevantes. Así, o apartado 3.2.2 establece que:

“Los precios ofertados se indicarán en euros. Tienen carácter global, por lo que se incluyen todos los factores de valoración e impuestos que se devengan por razón del contrato, excepto el impuesto sobre el valor añadido que se indicará como partida independiente”.

E a cláusula 5.4.2 sinala:

“Los precios ofertados se indicarán en euros. Se considera que en estos precios se encuentran incluidos los costes de transporte y entrega hasta el lugar asignado por el órgano de contratación, y si las características de los bienes suministrados lo requieren se entiende, así mismo, que se incluye su instalación y el adiestramiento necesario del personal que se encargará del manejo de los bienes o productos que lo precisen, en cuyo caso, los contratistas expresarán en sus ofertas las características de estos servicios y el precio que representan dentro del precio total”.

Na tese da recorrente, o feito de que estas cláusulas transcritas non fagan mención expresa á prohibición de incluír o desconto legal na oferta a presentar, avala entender que iso é posible. Ademais, advirte que calquera outra interpretación, como a que fai o órgano de contratación, supón vulnerar o principio de igualdade porque o desconto do seu prezo derivado do RDL 8/2010 e RDL 9/2011 non sería obxecto de valoración, pero se outros licitadores, non suxeitos ao previsto nesa regulación, presentasen un desconto equivalente, o mesmo si sería puntuable.

Neste momento é preciso facer referencia á regulación prevista no TRLCSP ao respecto das proposicións dos licitadores. Así, o artigo 145.1 sinala que:

“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”

Pois ben, o primeiro que procede salientar é que a oferta da recorrente é clara e precisa nos seus termos, recollendo especificamente expresión *“Descuento del 15% del RD 8/2010, 9/2011 incluido en el precio”*, como vimos anteriormente. E, a partir desa expresión concreta, tamén é indubitado, como recolle o acordo de exclusión, que sumado ese desconto incluído, a oferta excede do prezo de licitación.

Ante estas evidencias, a argumentación exposta pola recorrente ante este Tribunal non se pode acoller por diversos motivos.

En primeiro lugar, porque a súa alegación de que ofertou un *“precio único para totalidad del período de duración del contrato,..., de tal modo que, fuera o no aplicable la deducción en factura, el coste de adquisición de su medicamento en cualquiera de los dos sublotos del lote 8 en ningún momento variaría”*, non se desprende da súa oferta.

A literalidade da súa proposta mostra o contrario do exposto. Ao estar o desconto incluído no prezo, iso supón que se o mesmo sube ou baixa, o prezo final modificaríase na mesma proporción. E se o desconto desaparecese, o importe ofertado incrementaríase no importe dese desconto, como é lóxico. Calquera outra interpretación, como a que pretende alegar a recorrente ante este Tribunal, carece de amparo ante o texto da oferta presentada, non podendo admitirse que, vía presentación dun recurso ante este TACGal, o recorrente pretenda unha reinterpretación da súa oferta, que suporía entón modificar os termos en que foi formulada.

Por outro lado, a súa proposta incumpre o previsto nos pregos da licitación. A cláusula 28.1 da folla de especificacións é clara no seu contido e recolle expresamente que as deducións legais cando se aplicarán é no momento da facturación e sobre o *“importe de adxudicación de cada lote”*. E se advirte tamén que non se incluíron no prezo da licitación, polo que lóxicamente, e por coherencia, non se podían integrar na oferta dos licitadores.

Ante o específico contido desta cláusula non pode opoñer o licitador o feito de que outros apartados dos pregos non fagan unha referencia expresa a eses descontos, pois xa estaba aí exposto, non existindo neste sentido contradición no contido do PCAP. Ademais, a obriga legal de aplicación desas deducións deriva de normas dos anos 2010 e 2011, polo que o licitador é plenamente consciente da mesma e das súas consecuencias.

Hai que indicar tamén que o esquema fixado no prego derivando a aplicación desas deducións ao momento da facturación non é incoherente co esquema fixado no RD-lei 8/2010, que concretamente se refire á obriga de aplicar descontos *“sobre o prezo de compra”* dos produtos. Como sinala nas súas conclusións o Informe 7/2010 da Xunta consultiva de Canarias que interpreta o contido dese RD-lei na aplicación á contratación pública:

“El precio de compra a que se refiere el artículo 9 del Real Decreto-ley 8/2010 es el precio al que se hayan adjudicado los contratos de suministros de

medicamentos formalizados por los servicios públicos de salud. En consecuencia, sobre tal precio de adjudicación habrá de aplicarse la deducción del 7,5% prevista en dicho artículo, con independencia de que su importe incorpore ya una minoración del precio industrial máximo del medicamento, como consecuencia de la baja ofertada en el procedimiento de licitación.”

Neste sentido, non é ilóxico, senón precisamente o contrario por todo o visto con anterioridade, que a efectos do importe das ofertas este deba ser sen incluír o desconto, e que este importe, así configurado, sexa o que se valore a efectos de determinar o adxudicatario, pois como recolle este informe, a dedución opera logo sobre o prezo da adxudicación, o que nos nosos pregos se traduce na previsión de que sexa no momento da facturación.

Tampouco é aceptable a argumentación de que a exclusión vulnere os principios de igualdade e non discriminación. Así, a recorrente mestura o desconto legal obrigatorio ao que pode estar sometido o prezo dun determinado produto coa oferta nun concreto procedemento de contratación. A oferta depende da vontade do licitador, que compite con outras empresas en condicións de igualdade para resultar adxudicatario do contrato, sen outro límite que os termos nos que está fixada a licitación. E, así, MSD no momento de formular a súa proposición económica, tivo a posibilidade de ofertar o prezo que estimou oportuno. Se a ese prezo final fixado na adxudicación debe ou non aplicárselle un desconto en virtude dunha obriga establecida legalmente e, como tal, de xeral aplicación, é algo alleo ao proceso de valoración das ofertas. Aludir aquí a que a aplicación dese desconto vulnera o principio de igualdade supón argumentar que o propio RD-lei 8/2010 que o establece incumpre o dito principio, o que, evidentemente, excede deste axuízamento.

Do mesmo xeito debe rexeitarse o argumento de que a actuación do órgano de contratación é contraria á libre competencia, en base a que fixa dous tipos de licitación diferentes para MSD e para os restantes licitadores. O prezo de licitación é único e, como claramente establece o PCAP, nel non está incluído o desconto previsto no RD 8/2010. Así, polo tanto, debían formularse as ofertas de todos os licitadores, en condicións de igualdade. Se a oferta de MSD incumpre o establecido no PCAP é algo que só a ela é imputable. Lembramos que na nosa Resolución 6/2018 explicamos que:

“Como sinala a STXUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), é o licitador quen debe responsabilizarse da corrección da súa oferta: “la falta de claridad

de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.

Por último, sinala o texto do recurso que o acordo de exclusión opónse aos principios de eficiencia na utilización dos fondos públicos e selección da oferta máis vantaxosa, ao rexeitar unha oferta que, segundo a súa interpretación, é a máis baixa das proposicións admitidas.

Para chegar a esta conclusión, a recorrente novamente confunde os concretos termos nos que formulou a súa proposta coa interpretación que, da mesma, fai ante este Tribunal, tal e como expuxemos anteriormente.

Porén a súa oferta na licitación é clara e non é a máis baixa como pretende argumentar o recorrente, senón que na realidade excede do tipo da licitación, motivo polo que foi correctamente excluída do procedemento.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. contra o acordo de exclusión da súa oferta na contratación do subministración sucesiva de medicamentos parenterais para os centros hospitalarios do Servizo Galego de Saúde, expediente MI-SER-18-019.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.