

Recurso nº 55/2018**Resolución nº 52/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por I.A.J. actuando en nombre y representación de MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. contra el acuerdo de exclusión de su oferta en la contratación del suministro sucesivo de medicamentos parenterales para los centros hospitalarios del Servicio Gallego de Salud, expediente MI-SER-18-019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Servicio Gallego de Salud convocó la licitación del contrato contratación del suministro sucesivo de medicamentos parenterales para sus centros hospitalarios, con un valor estimado declarado de 21.020.442,78 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 02.03.2018, en la Plataforma de contratos públicos de Galicia el 05.03.2018, en el BOE el 09.03.2018 y DOGA el 15.03.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, el contrato estuvo sometido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante)

Tercero.- Se impugna la resolución de fecha 08.06.2018 por la que se decide la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación del lote 8, notificada el 13.06.2018.

Cuarto.- En fecha 04.07.2018 la entidad MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. (MSD en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 05.07.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 13.07.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 13.07.2018, recibéndose las alegaciones de la empresa TEVA PHARMA S.L.U. el día 19.07.2018.

Séptimo.- El 12.07.2018 se adoptó la medida cautelar solicitada de suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, 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.

Tercero.- La recurrente es la directamente perjudicada por el acto de exclusión por lo que, de acuerdo con el previsto en el art. 48 LCSP, está legitimada para la interposición del recurso.

Cuarto.- El acuerdo de exclusión fue notificado el día 13.06.2018 por lo que el recurso fue interpuesto en el plazo exigido por el artículo 50.1.c) LCSP.

Quinto.- Tanto por estar referido a un contrato de suministro de importe superior a 100.000 euros como por impugnarse un acto de exclusión, el recurso es admisible en base al art. 44.1.a) y 2.b) LCSP.

Sexto.- La recurrente alega que su oferta cumple con las exigencias previstas en el PCAP y que el acuerdo de exclusión vulnera el principio de igualdad, el de libre competencia y que no se ajusta al deber de seleccionar la oferta más ventajosa.

Séptimo.- El órgano de contratación defiende en su informe la procedencia de la exclusión por cuanto que correspondía realizar el cálculo de la oferta presentada por la recurrente sin el descuento establecido en el Real Decreto-Ley 8/2010 y 9/2011, de manera que tal oferta superaba el precio de licitación.

Octavo.- El representante de la empresa TEVA PHARMA S.L.U defiende cómo correcta la exclusión del recurrente, por incumplir los pliegos de la licitación y exceder su oferta el tipo máximo de la licitación.

Noveno.- El acuerdo de la mesa de contratación fundamenta la exclusión en que, según lo previsto en el PCAP, la oferta de la recurrente no podría incluir la deducción establecida en el RDL 8/2010 y en el RDL 9/2011. A este respecto, la cláusula 28.1 de la hoja de especificaciones en la que se basa el acuerdo 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 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”.

Señala igualmente el acuerdo de exclusión como causa de la misma que *“sí al precio ofertado se le incrementa el 15% del descuento establecido en la ley, dicho precio supera el precio de licitación en los dos sublotes en que se divide el lote 8”.*

La oferta económica de MSD, después de indicar los precios ofertados establece expresamente: *“Descuento del 15% del RD 8/2010, 9/2011 incluido en el precio.”*

La recurrente fundamenta su recurso en que la interpretación de los pliegos que realiza la mesa de contratación es incorrecta, que no se sustenta en una lectura de los mismos y que vulnera la legislación contractual.

La explicación que en el texto del recurso se hace de la oferta presentada es la siguiente:

- MSD está en la actualidad obligada a aplicar la deducción fijada en el RDL 8/2010 y 9/2011, que supone una deducción del 15% sobre el precio de compra.

- MSD prevé que una vez se publique la orden de actualización del sistema de precios de referencia para el año 2018, el medicamento por ella ofertado ya no estará sometido a ese descuento obligatorio.

- En consecuencia, MSD al incluir esa deducción en el precio ofertado y según expresa en el texto del 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, y en palabras de la recurrente, *“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 de su postura, MSD argumenta que el PCAP no ampara la interpretación hecha por la mesa de contratación, y cita dos cláusulas para ella relevantes. Así, el 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”.

Y la cláusula 5.4.2 señala:

“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”.

En la tesis de la recurrente, el hecho de que estas cláusulas transcritas no hagan mención expresa a la prohibición de incluir el descuento legal en la oferta a presentar, avala entender que eso es posible. Además, advierte que cualquier otra interpretación, como la que hace el órgano de contratación, supone vulnerar el principio de igualdad porque el descuento de su precio derivado del RDL 8/2010 y RDL 9/2011 no sería objeto de valoración, pero si otros licitadores, no sujetos al previsto en esa regulación, presentaran un descuento equivalente, lo mismo sí sería puntuable.

En este momento es preciso hacer referencia a la regulación prevista en el TRLCSP al respeto de las proposiciones de los licitadores. Así, el artículo 145.1 señala 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”

Pues bien, lo primero que procede destacar es que la oferta de la recurrente es clara y precisa en sus términos, recogiendo específicamente expresión *“Descuento del 15% del RD 8/2010, 9/2011 incluido en el precio”*, como vimos anteriormente. Y, a partir de esa expresión concreta, también es indubitado, como recoge el acuerdo de exclusión, que sumado ese descuento incluido, la oferta excede del precio de licitación.

Ante estas evidencias, la argumentación expuesta por la recurrente ante este Tribunal no se puede acoger por diversos motivos.

En primer lugar, porque su alegación de que ofertó 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 sublotes del lote 8 en ningún momento variaría”*, no se desprende de su oferta.

La literalidad de su propuesta muestra lo contrario de lo expuesto. Al estar el descuento incluido en el precio, eso supone que si el mismo sube o baja, el precio final se modificaría en la misma proporción. Y si el descuento desapareciera, el importe ofertado se incrementaría en el importe de ese descuento, como es lógico. Cualquier otra interpretación, como la que pretende alegar la recurrente ante este Tribunal, carece de amparo ante el texto de la oferta presentada, no pudiendo admitirse que, vía presentación de un recurso ante este TACGal, el recurrente pretenda una reinterpretación de su oferta, que supondría entonces modificar los términos en que fue formulada.

Por otro lado, su propuesta incumple lo previsto en los pliegos de la licitación. La cláusula 28.1 de la hoja de especificaciones es clara en su contenido y recoge expresamente que las deducciones legales cuando se aplicarán es en el momento de la facturación y sobre el *“importe de adjudicación de cada lote”*. Y se advierte también que no se incluyeron en el precio de la licitación, por lo que lógicamente, y por coherencia, no se podían integrar en la oferta de los licitadores.

Ante el específico contenido de esta cláusula no puede oponer el licitador el hecho de que otros apartados de los pliegos no hagan una referencia expresa a esos descuentos, pues ya estaba ahí expuesto, no existiendo en este sentido contradicción en el contenido del PCAP. Además, el deber legal de aplicación de esas deducciones deriva de normas de los años 2010 y 2011, por lo que el licitador es plenamente consciente de la misma y de sus consecuencias.

Hay que indicar también que el esquema fijado en el pliego derivando la aplicación de esas deducciones al punto de la facturación no es incoherente con el esquema fijado en el RD-ley 8/2010, que concretamente se refiere al deber de aplicar descuentos *“sobre el precio de compra”* de los productos. Como señala en sus conclusiones el Informe 7/2010 de la Junta consultiva de Canarias que interpreta el contenido de ese RD-ley en la aplicación a la 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.”

En este sentido, no es ilógico, sino precisamente lo contrario por todo el visto con anterioridad, que a efectos del importe de las ofertas este deba ser sin incluir el descuento, y que este importe, así configurado, sea lo que se valore a efectos de determinar el adjudicatario, pues como recoge este informe, la deducción opera luego sobre el precio de la adjudicación, lo que en nuestros pliegos se traduce en la previsión de que sea en el momento de la facturación.

Tampoco es aceptable la argumentación de que la exclusión vulnere los principios de igualdad y no discriminación. Así, la recurrente mezcla el descuento legal obligatorio al que puede estar sometido el precio de un determinado producto con la oferta en un concreto procedimiento de contratación. La oferta depende de la voluntad del licitador, que compite con otras empresas en condiciones de igualdad para resultar adjudicatario del contrato, sin otro límite que los términos en los que está fijada la

licitación. Y, así, MSD en el momento de formular su proposición económica, tuvo la posibilidad de ofertar el precio que estimó oportuno. Si a ese precio final fijado en la adjudicación debe o no aplicársele un descuento en virtud de un deber establecido legalmente y, como tal, de general aplicación, es algo ajeno al proceso de valoración de las ofertas. Aludir aquí a que la aplicación de ese descuento vulnera el principio de igualdad supone argumentar que el propio RD-ley 8/2010 que lo establece incumple dicho principio, lo que, evidentemente, excede de este enjuiciamiento.

Del mismo modo debe rechazarse el argumento de que la actuación del órgano de contratación es contraria a la libre competencia, en base a que fija dos tipos de licitación diferentes para MSD y para los restantes licitadores. El precio de licitación es único y, como claramente establece el PCAP, en él no está incluido el descuento previsto en el RD 8/2010. Así, por lo tanto, debían formularse las ofertas de todos los licitadores, en condiciones de igualdad. Si la oferta de MSD incumple lo establecido en el PCAP es algo que sólo a ella es imputable. Recordamos que en nuestra Resolución 6/2018 explicamos que:

“Como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), es el licitador quien debe responsabilizarse de la corrección de su 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, señala el texto del recurso que el acuerdo de exclusión se opone a los principios de eficiencia en la utilización de los fondos públicos y selección de la oferta más ventajosa, al rechazar una oferta que, según su interpretación, es la más baja de las proposiciones admitidas.

Para llegar a esta conclusión, la recurrente nuevamente confunde los concretos términos en los que formuló su propuesta con la interpretación que, de la misma, hace ante este Tribunal, tal y como expusimos anteriormente.

Sin embargo su oferta en la licitación es clara y no es la más baja como pretende argumentar el recurrente, sino que en la realidad excede del tipo de la licitación, motivo por lo que fue correctamente excluida del procedimiento.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. contra el acuerdo de exclusión de su oferta en la contratación del

suministro sucesivo de medicamentos parenterales para los centros hospitalarios del Servicio Gallego de Salud, expediente MI-SER-18-019.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.