



G CONSELLERIA
O HISENDA
I I ADMINISTRACIONS
B PÚBLIQUES
/ JUNTA CONSULTIVA
CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 20/2018

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de suministro para el año 2018 de la vacuna contra el tétanos y la difteria (Td), apta para primovacunación y dosis de recuerdo CONTR 2018/1105

Órgano de contratación: Consejería de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Kreidy Pharma, SL

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 9 de enero de 2020

Dado el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Kreidy Pharma, SL, contra la Resolución de la secretaria general de la Consejería de Salud de las Illes Balears, de 27 de noviembre de 2018, por la que se devuelven las facturas núm. 1801391, 1801393, 1801392, 1801755, 1801844 y 1802189, se reconoce la obligación y se dispone el gasto a favor de Kreidy Pharma, SL, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 9 de enero de 2020, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 29 de junio de 2018, la secretaria general de la Consejería de Salud y el representante de la empresa Kreidy Pharma, SL, firmaron el contrato de suministro para el año 2018 de la vacuna contra el tétanos y la difteria (Td), apta para primovacunación y dosis de recuerdo.

Según las cláusulas del contrato, Kreidy Pharma, SL, se comprometió a realizar el objeto del contrato con estricta sujeción a su oferta y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) aprobados; de acuerdo con la oferta que presentó, el precio unitario de la dosis quedó establecido en 7,72 €, sin IVA, más 0,30 € en concepto de IVA al 4 %, lo que hace un total de 8,02 €.

2. El 27 de noviembre de 2018, la secretaria general de la Consejería de Salud de las Illes Balears dictó, por delegación, la Resolución por la que se acordó devolver las facturas núm. 1801391, 1801393, 1801392, 1801755, 1801844 y 1802189, que había presentado la contratista por importe total de 202.305,22 € (IVA incluido); en las facturas, el contratista no había aplicado el descuento del 7,5 % para la compra de medicamentos destinados a los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud, previsto en el Real decreto ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Según la Resolución mencionada, el importe a pagar una vez aplicado correctamente el descuento debía ser de 187.151,33 € (IVA incluido), importe por el que se reconoce la obligación de pago.
3. El 27 de diciembre de 2018, el representante de la contratista interpuso, ante la Junta Consultiva de Contratación, un recurso especial en materia de contratación contra aquella Resolución, que se fundamenta en los siguientes argumentos:
 - La Administración infringe el principio antiformalista que ha de regir la contratación pública cuando, a pesar de las aclaraciones, se niega a rectificar el precio unitario que consta en el contrato. La contratista es la única proveedora de la vacuna en España y ha firmado contratos con otras comunidades autónomas, las cuales no han puesto inconveniente alguno a la hora de considerar ya aplicado el descuento.
 - El enriquecimiento injusto de la Administración a expensas de la contratista.

Con estos argumentos la recurrente solicita que se rectifiquen las condiciones económicas del contrato relativas al precio unitario, dejando sin efecto la doble imposición del descuento del 7,5%.

4. El 1 de enero de 2019, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente y del informe jurídico correspondiente, quien lo remitió el 31 de enero, oponiéndose a las alegaciones formuladas por la empresa recurrente.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución de la secretaria general de la Consejería de Salud de las Illes Balears de 27 de noviembre de 2018 por la que se devuelven las facturas del contrato de suministro, para el año 2018, de la vacuna contra el tétanos y la difteria (Td), apta para primovacunación y dosis de recuerdo tramitado por la Consejería de Salud de las Illes Balears.

El procedimiento de adjudicación del contrato se rigió por el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y las normas que lo despliegan, que también regirán los efectos, cumplimiento y extinción del contrato, incluidas sus posibles modificaciones, duración y el régimen de prórrogas.

Dado que el acto impugnado, que pone fin a la vía administrativa, no es susceptible del recurso especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP, puede interponerse en contra el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante LRJ-CAIB), cuya resolución corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del Texto consolidado del Decreto por el cual se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. La recurrente, la empresa Kreidy Pharma, SL, (en adelante, la recurrente o Kreidy), se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro del plazo adecuado.
3. La resolución impugnada se fundamenta en el informe justificativo de 8 de noviembre de 2018 de la coordinadora de vacunas de la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud. Según este informe, la contratista, en el importe de las facturas presentadas no había aplicado el descuento establecido en el Real decreto ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que en el artículo 9 prevé que:

En las compras de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente formalizadas con cargo a fondos públicos del Sistema Nacional de Salud a través de los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria, se debe aplicar una deducción del 7,5% sobre el precio de compra.

Según el informe, dado el número de dosis de vacunas efectivamente suministradas, el precio de adjudicación del contrato (7,72 €), el descuento del 7,5 % aplicable sobre el precio de compra de acuerdo con el Real decreto ley mencionado y el IVA correspondiente (4%), el importe a abonar al contratista

no coincide con el importe facturado por Kreidy, tal como se detalla a continuación:

Factura Núm.	Núm. Dosis Vacunas	Precio € unitario adjudicación (IVA excluido)	Importe € (IVA excluido)	Importe € con 7,5 % dto. (Rd-I 8/2010)	€ 4 % IVA	Importe total € (IVA incluido)	Importe € Facturado (IVA incluido)	Diferencia € importe total/ importe facturado
1801391	3.000	7,72	23.160,00	21.423,00	856,92	22.279,92	24.083,96	1.804,04
1801393	500	7,72	3.860,00	3.570,50	142,82	3.713,32	4.013,99	300,67
1801392	2.000	7,72	15.440,00	14.282,00	571,28	14.853,28	16.055,97	1.202,69
1801755	2.000	7,72	15.440,00	14.282,00	571,28	14.853,28	16.055,97	1.202,69
1801844	500	7,72	3.860,00	3.570,50	142,82	3.713,32	4.013,99	300,67
1802189	17.200	7,72	132.784,00	122.825,20	4.913,01	127.738,21	138.081,34	10.343,13
Total	25.200	7,72	194.544,00	179.953,20	7.198,13	187.151,33	202.305,22	15.153,89

Por este motivo, mediante la Resolución impugnada se acordó devolver las facturas núm. 1801391, 1801393, 1801392, 1801755, 1801844 y 1802189 y se reconoció la obligación y el pago de las dosis de vacunas suministradas únicamente por los importes calculados una vez deducido el descuento por importe total de 187.151,33 €.

Tal como ha hecho constar la recurrente en el escrito de recurso, a pesar de la discrepancia, pero a los únicos efectos de evitar perjuicios económicos, accedió a emitir las nuevas facturas por los importes considerados correctos según la Administración (en total, 187.151,33 €), no obstante, sin renunciar a los derechos que le pudieran corresponder para reclamar los importes que a su parecer le corresponderían (en total 202.305,22 €). En relación a esto, se ha podido comprobar, que a día de hoy el órgano de contratación ha tramitado y pagado al contratista la totalidad de las facturas por importe de 187.151,22 €, quedando pendiente la liquidación del contrato y la devolución de la fianza, si fuera el caso.

- El régimen jurídico de los medicamentos se encuentra actualmente regulado en el Texto refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios aprobado por Real decreto legislativo 1/2015, de 24 de julio, que se desarrolla reglamentariamente, entre otros, en el Real decreto 177/2014, de 11 de marzo, en el que se regula, entre otros, el sistema de precios de referencia de los medicamentos, que se van actualizando con periodicidad anual y que condiciona la compra pública de medicamentos del Sistema Nacional de Salud.

La licitación del suministro de medicamentos no es una cuestión exenta de debate en la actualidad, no obstante, centrando la cuestión en el objeto del

recurso que nos ocupa, se trata únicamente de una disconformidad relativa al precio unitario de adjudicación de las dosis de vacuna. En consecuencia, antes de entrar a analizar las alegaciones de los recurrentes, deberán tenerse en cuenta las condiciones económicas del contrato, de acuerdo con lo previsto en el PCAP y con la oferta presentada entonces por el recurrente actual.

Concretamente, en el cuadro A.2 de características del PCAP se estableció que el sistema de determinación del precio sería el siguiente:

Precio unitario: 8,35 €/dosis
 IVA: 0,334 €/dosis
 Total: 8,684 €/dosis
 [...]

En relación con el pago del precio, en el cuadro P del PCAP se hizo constar que:

El precio del contrato se paga previa presentación de factura mensual emitida de conformidad con la normativa vigente que incluye el número de dosis suministradas y el precio unitario de cada dosis. Al precio del contrato se le aplicarán los descuentos que legalmente correspondan de conformidad con lo establecido en el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público o cualquier otro que legalmente corresponda.
 La factura debe ser previamente conformada por el responsable del contrato, una vez que se ha verificado que ese cumplen los requisitos establecidos en el PPT.
 [...]

En el cuadro A de criterios de adjudicación del PCAP, se fijó que el precio se valoraría como criterio de adjudicación con una ponderación del 50 por ciento de la puntuación y se puso a disposición de los licitadores un modelo de oferta económica en el anexo II del PCAP. Este modelo es el que usó la empresa Kredy Pharma, que presentó la siguiente oferta económica:

ANEXO II

MODELO DE OFERTA ECONÓMICA

[...]

DECLARO:

1. Que estoy informado/da de las condiciones y requisitos que se exigen para poder ser adjudicatario del contrato de SUMINISTRO de la vacuna contra el tétanos y la difteria (Td) para 2018 (CONTR 2018/1105).
2. Que me comprometo en número propio o en número y representación de la empresa..., a ejecutarlo con sujeción estricta a los requisitos y condiciones estipulados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato, por los importes siguientes:

Precio unitario dosis (sin IVA), en euros	IVA 4% en euros	Total precio unitario (IVA incluido), en euros

7,72 €	0,3088	8,028 €
--------	--------	---------

PRECIO UNITARIO DOSIFIQUES MÁXIMO: 8.35 € (SIN IVA).

Madrid, 6 de abril de 2018
(Firmado)

Una vez licitado, y de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación, el 4 de junio de 2018 se dictó la Resolución de adjudicación a favor de la empresa Kreidy Pharma, quedando formalizado el contrato en fecha 29 de junio de 2018, con las siguientes condiciones económicas:

Cláusulas

[...]

2. La empresa contratista, KREIDY PHARMA SL, con CIF B83905539, se compromete a realizar el objeto del contrato con sujeción estricta a su oferta y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) aprobados por el órgano de contratación.

3. El precio unitario sin IVA de la dosis se de 7,72 € y el gasto máximo de este contrato es de 334.000,00 €, más 13.360,00 € en concepto de IVA, por tanto un gasto máximo total de 347.360,00 €, con cargo a la partida (...). Dicho importe máximo viene motivado por la baja en el precio unitario de la vacuna a suministrar que ha ofertado el adjudicatario, que ha producido un ahorro respecto del presupuesto de licitación que el órgano de contratación dispone destinar a incrementar el número de unidades a suministrar, hasta igualar el presupuesto máximo de licitación, según se establece en la resolución de adjudicación del contrato.

4. El gasto máximo efectivo está condicionado por las necesidades reales de la Administración, que no queda obligada a llevar a efecto una determinada cuantía de unidades ni a gastar la totalidad del importe indicado.

[...]

10. La empresa contratista expresa su conformidad al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) que rigen este contrato, los cuales se anexan y forman parte integrante de este contrato. También forma parte del contrato una copia de la oferta económica presentada por la empresa.

[...]

El contrato consta firmado por ambas partes contratantes, la Administración y la empresa Kreidy Pharma.

5. Dicho esto, el contenido de las alegaciones de la recurrente deben rechazarse de acuerdo con los siguientes argumentos:

— En la primera alegación, el recurrente invoca el incumplimiento por parte de la Administración del principio antiformalista de la contratación pública puesto que, a pesar de las aclaraciones que ha hecho en relación con el importe de las facturas, la Administración se niega a rectificar el precio

unitario que consta en el contrato; el recurrente insiste en que en el precio de 7,72 € ya estaba incluido el descuento del 7,5 %.

Según el artículo 145.1 del TRLCSP, las proposiciones de las personas interesadas deben ajustarse a lo que prevé el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin excepción o reserva alguna. En consecuencia, tanto el órgano convocador como los participantes en la licitación deben someterse a las reglas que constan en los pliegos, ya que estos constituyen la ley *del concurso*. En este sentido, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otros, las Sentencias del TS de 19 de marzo de 2001, de 3 de abril de 1990, 26 de diciembre de 2007) y la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (entre otros, las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACR) 410/2014, de 23 de mayo, 47/2012, de 3 de febrero o 1131/2018, de 7 de diciembre de 2018), que han establecido lo siguiente:

[...] Es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo "pacta sunt servanda" con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación se posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato". No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas. En este sentido, la presentación de proposiciones por parte de los licitadores supone por su parte, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En este sentido, según el parecer de esta Junta Consultiva, la letra P de los cuadros del PCAP, — que dice que al precio del contrato se le aplicarán los descuentos que legalmente correspondan (...) —, resulta bastante clara y tajante en cuanto a la necesidad de su cumplimiento; así mismo, de una lectura detallada del contrato formalizado entre las partes, puede afirmarse que las cláusulas que contiene también son claras y no dejan lugar a dudas

sobre la intención de los contratantes: la recurrente se comprometió a suministrar la vacuna contra el tétanos y la difteria, con sujeción estricta a su oferta, esto es, al precio unitario de 7,72 € (sin el IVA) cada dosis, y de acuerdo con el PPT y PCAP aprobados por el órgano de contratación, en el que se hizo constar expresamente que al precio del contrato debían aplicársele los descuentos previstos en el RD ley 8/2010.

La recurrente invoca erróneamente el principio antiformalista, el cual según la doctrina y jurisprudencia (entre otros, la Resolución núm. 1152/2018, del TACRC), solo puede entenderse como posibilidad de enmendar los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores siempre y cuando solo se trate de defectos puramente formales, es decir, errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta sin que en ningún momento puedan suponer una modificación de la oferta. En el supuesto que nos ocupa no nos encontramos ante ninguno de estos supuestos, sino ante la improcedente solicitud de rectificación de un precio adjudicado y formalizado de acuerdo con las condiciones establecidas en el PCAP de la licitación de un contrato público, que contó con la conformidad expresa de la ahora recurrente. Ciertamente, la Administración se niega a rectificar porque no hay nada que rectificar. Quizás, quién debería haber rectificado en el momento oportuno, si es que efectivamente se equivocó en el precio ofrecido, debería haber sido la recurrente.

Por otro lado, la recurrente también argumenta que su empresa es la única proveedora de la vacuna en España y ha firmado contratos con otras comunidades autónomas (entre otras, Asturias, Castilla y León, Extremadura o Navarra), que ya han considerado aplicado el descuento. La recurrente presenta varios certificados en los que consta que el precio de adjudicación, fijado también en 7,72 €, ya incluía el descuento del 7,5%. De la literalidad de estos certificados, se desprende que en aquellas licitaciones, la oferta de precio de los licitadores ya debía incluir el descuento; en cambio, en el PCAP del contrato de suministro de la vacuna contra el tétanos y la difteria (Td) de la Consejería de Salud de las Illes Balears, el precio de licitación a ofrecer no debía incluir tal descuento, puesto que estaba previsto que se aplicara, posteriormente, a la factura correspondiente.

En el caso en que procediera entrar en la manera en que se deben aplicar los descuentos en la compra pública de medicamentos, lo cual — se debe decir—, no resulta necesario dado el objeto del recurso interpuesto, podría mencionarse, la opinión de la jurisprudencia, tal como se ha hecho constar en el informe jurídico del órgano de contratación emitido con motivo de la interposición del recurso. En concreto, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 vitoriano-Gasteiz (en las Sentencias núm. 99/2012, de 30 de marzo y 162/2012, de 12 de junio), basándose en el Informe de Junta Consultiva de Contratación del País Vasco, núm. 7/2010, considera que:

[...] el descuento del 7,5% sobre el precio de compra que establece el artículo 9 – del [Real Decreto-Ley 8/2010 de 20 de mayo \(RCL 2010, 1396 \)](#) – para las compras que realicen los servicios públicos de salud, habrá de aplicarse sobre el precio ofertado por el adjudicatario del contrato de que se trate, con independencia de que su importe ya se hubiera minorado por la baja ofertada en el procedimiento de licitación.

Así, podría afirmarse que el órgano de contratación de la Consejería de Salud de las Illes Balears, al establecer en el PCAP que el descuento se debía añadir al precio de adjudicación, hizo una interpretación acertada del artículo 9 del RD ley 8/2010; a pesar de esto, conviene dejar claro que fuera cual fuera la forma de presentación de las ofertas elegida por el órgano de contratación, es el hecho de presentarse a la licitación lo que determina la aceptación, por parte de los licitadores, de las condiciones aprobadas en el pliego. En conclusión, en la resolución del recurso interpuesto, nada nuevo aportan en favor de los argumentos de la recurrente los certificados presentados de otras comunidades autónomas.

— En la segunda alegación, el recurrente invoca un presunto enriquecimiento injusto de la Administración a su costa, y con estos argumentos solicita que se rectifiquen las condiciones económicas del contrato, dejando sin efecto la doble imposición del descuento del 7,5%.

Esta alegación debe rechazarse de pleno, puesto que decae una vez desvirtuada la alegación anterior. El enriquecimiento injusto es un principio general del derecho previsto en el artículo 1901 del CC, que dice literalmente lo siguiente:

Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa.

En consecuencia, las prestaciones sin causa, es decir, absolutamente indebidas, pueden reclamarse por suponer un enriquecimiento injusto de quien las ha recibido. No obstante, en el supuesto que nos ocupa, la recurrente se limita a invocar este principio obviando la existencia de un contrato firmado entre ella y la Administración, que constituye la causa justa para exigirle el cumplimiento de la obligación de suministrar las vacunas al precio ofrecido, con el descuento legalmente en vigor y de acuerdo con el resto de condiciones de los pliegos que van a regir la contratación.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Kreidy Pharma, SL, contra la Resolución de la secretaria general de la Consejería de Salud de las Illes Balears de 27 de noviembre de 2018, por la que se devuelven las facturas núm. 1801391, 1801393, 1801392, 1801755, 1801844 y 1802189, se reconoce la deuda y se dispone el gasto a favor de Kreidy Pharma, SL, y, en consecuencia, confirmar el acto impugnado.
2. Notificar este Acuerdo a Kreidy Pharma, SL, y a la Consejería de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.