

En Logroño, a 14 de septiembre de 2021, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D^a Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D^a Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

33/21

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja (ahora Consejería de Salud, Consejería actuante), en relación con la *Revisión de oficio de la adjudicación, a la empresa KPSL, del contrato de suministro (núm. 06-3-9.01-0004/2021), de vacunas contra tétanos y difteria para el año 2021, por falta de habilitación de la mercantil para llevarlo a cabo.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Expediente contractual: pliegos, adjudicación y formalización del contrato

1. Expediente de contratación.

-El 11-11-2020, la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería actuante inició un expediente para la contratación del suministro referido.

-El 21-12 -2020, el SGT dictó la Resolución aprobatoria del expediente de contratación, y, con ella, de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que habrían de regir la contratación del referido suministro. El PCAP se compone de un Pliego General o Tipo (PG-PCAP), y de un Clausulado específico (CE-PCAP).

2. Pliegos.

Destacan las cláusulas (cls.) y apartados (aps.) que a continuación se exponen:

-Ap. 3^a CE-PCAP. “Objeto del contrato. Definición: *El objeto del contrato consiste en la*

adquisición de 10.000 dosis de vacuna frente a la difteria tétanos, para poder cumplir con el programa de vacunación de La Rioja durante el año 2021

-Ap. 7ª CE-PCAP: Plazo total de ejecución: Desde la firma del contrato, hasta el 31 de diciembre de 2021.

-Cl. 10ª PG-PCAP: Bases de la participación en el procedimiento Las ofertas podrán formularse por personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, que no estén incurso en alguna de las prohibiciones de contratar contenidas en el art. 71 LCSP'17 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público) y que tengan plena capacidad de obrar y la solvencia y **habilitación requeridas para la ejecución del contrato**. Los requisitos mínimos de solvencia y habilitación necesarios para la participar en este procedimiento, así como, en su caso, la concreción de las condiciones de solvencia a que se refiere el art. 76 LCSP'17, se recogen en el ap. del CE-PCAP.

-Ap. 10ª CE-PCAP: Bases de la participación en el procedimiento: Para la adjudicación de este contrato, los licitadores deberán acreditar cumplir con los siguientes criterios de solvencia ...b) Técnica: principales suministros durante los últimos tres años..., debiendo, al menos, haber realizado suministros del mismo tipo o naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato, por importe anual acumulado en el año de mayor ejecución de 39.200 euros, IVA excluido.

-Ap. 2.4 PPT: Características técnicas del suministro: las vacunas ofertadas deben estar autorizadas para su comercialización en España y cumplir con las disposiciones legales establecidas por la Administración sanitaria del Estado respecto a controles de fabricación, conservación, distribución y formalidades administrativas; lo que acreditará aportando los oportunos documentos oficiales.

3. Procedimiento de adjudicación.

-Una vez aprobado el expediente de contratación, la Consejería actuante inició el procedimiento de adjudicación por los trámites del *procedimiento abierto simplificado* regulado por el art. 159 LCSP'17.

-A la licitación, concurrieron dos empresas. El 19-01-2021, la Mesa de contratación propuso adjudicar el contrato a la empresa KPSL (señalada en el encabezamiento). El 8-2-2021, el SGT precitado dictó la Resolución de adjudicación del contrato, que fue comunicada al día siguiente a dicha empresa.

-Entre la documentación (solicitada por la Mesa de contratación y que la empresa, en efecto, aportó, a fin de que pudiera adjudicársele el contrato), se encuentra una **declaración responsable** en la que KPSL manifestó que *cuenta con la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el PCAP o, en su caso, con la clasificación correspondiente, así como con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad* y que no está incurso en prohibición de contratar (Anexo 8).

4. Formalización del contrato.

-El contrato administrativo quedó firmado, el **15-2-2021**, por la titular de la Consejería actuante y por el representante legal de la empresa KPSL, por un importe máximo de 52.000 euros (IVA excluido).

Segundo

Solicitud de subrogación contractual

1. El 01-03-2021, la SGT de la Consejería actuante recibió un escrito, firmado por los representantes de la empresa contratista KPSL y de la empresa MPSL, en el que ambas solicitan **autorización para que MPSL se subrogue en el contrato suscrito por KPSL de adquisición de vacunas tétanos-difteria para el año 2021 en La Rioja**.

2. Dicha solicitud trae causa de una **Resolución de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), de 10 de febrero de 2021**, por la que (de conformidad con el RD 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente) se autoriza el **“cambio de representante local - que pasa, de (ser) KPSL a (ser) MPSL—, del medicamento ‘Ditebooster (suspensión inyectable en jeringa mono-dosis precargada, núm 68597), del Laboratorio’ AJVAS**.

3. Las mercantiles precitadas solicitaron la subrogación en el contrato de referencia acogándose al **art. 98 LCSP’17**, que recoge los diferentes supuestos en los que está permitida la **sucesión del contratista**: fusión de empresas, así como escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas.

4. El 17-03-2021, el SGT, a la vista de lo anterior y suponiendo que el supuesto alegado fuera la **transmisión de ramas de actividad**: i) requirió, a ambas mercantiles, para que, en el plazo de 10 días hábiles, presentasen electrónicamente **“los instrumentos jurídicos utilizados para llevar a cabo esa operación, así como cualquier otro documento que justifique la operación llevada a cabo entre KPSL y MPSL, con la anuencia del titular de la autorización, AJVAS”**; y ii) requirió, a la nueva empresa (MPSL), la acreditación de las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y solvencia exigidas al actual adjudicatario (KPSL), tal y como contempla el art. 98 LCSP’17.

5. En el plazo establecido: i) KPSL no aportó ninguna documentación; y ii) MPSL aportó la documentación relativa a la modificación de la titularidad, personalidad jurídica, representación y solvencia. Examinada la **documentación**, el 12-04-2021, la Jefa de Servicio de Epidemiología emitió un informe del que cabe extractar lo siguiente:

-Constata que no se ha justificado la *trasmisión de rama de actividad*.

-Subraya que el objeto resultante de esta documentación no es “*la trasmisión de una rama de actividad*” (como las mercantiles indican en su escrito), sino “*la pérdida, por el adjudicatario de un contrato administrativo* (en este caso, KPSL), *de una autorización que resulta ser preceptiva, como título habilitante, para la ejecución de la prestación objeto del contrato*”; supuesto éste que no está contemplado en el 98 LCSP’17; por lo que se incumple lo establecido en el art. 65.2 LCSP’17 (que exige dicha habilitación).

-Entiende que dicha falta de autorización, requerida por la legislación sectorial aplicable (RRDD 824/2010 y 782/2013), supone la **pérdida de la capacidad** para poder contratar, de acuerdo con el precitado art. 65.2 LCSP’17; y, dado que la **Resolución de la AEMPS** (por la que se modifica la autorización de comercialización del medicamento *Ditebooster, suspensión inyectable en jeringa monodosis precargada, núm. 68597 del Laboratorio AJVAS*) es de **10-02-2021** (y, por ende, anterior a la formalización del contrato, el **15-02-2021**), estamos ante un **supuesto de nulidad** ex art. 39.2-a LCSP’17 (falta de la pertinente habilitación).

-Concluye que debe iniciarse el procedimiento de **revisión de oficio para declarar la nulidad** de la adjudicación del contrato que nos ocupa.

Tercero

El procedimiento de revisión de oficio

1. Por las razones expuestas, el SGT de la Consejería de Salud inició un procedimiento de revisión de oficio, para declarar la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato, mediante Resolución de 13-04-2021 en la que también nombró Instructora del expediente y dispuso conferir audiencia a las empresas KPSL y MPSL. Dicha Resolución fue notificada, al día siguiente, a las dos mercantiles citadas.

2. El 26-04-2021, la Instructora, tomando como base el art. 8 LPAC’15 (Ley 39/2015, de 30 de noviembre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas), acordó abrir un nuevo trámite de audiencia por un plazo de 10 días.

Lo anterior se fundamenta en que, a la vista de lo dispuesto en el art. 51 LPAC’15 (sobre conservación de actos y trámites), si se declara la nulidad, el procedimiento contractual se retrotraerá hasta el momento anterior a la adjudicación y estaríamos ante el supuesto de *retirada de oferta*” previsto en el art.150.2 LCSP’17 y, por tanto, se debe: i) exigir, a KPSL, como penalización, un importe equivalente al 3% del presupuesto-base de

licitación, y ii) recabar, del licitador siguiente en la lista de propuesta por la Mesa de contratación (la empresa S.A.S.A, en adelante, SSA), la misma documentación requerida al actual adjudicatario (KPSL).

3. El mismo día 26-04-2021, se notificó dicho acuerdo a KPSL, MPSL y SSA. El 27-04-2021, MPSL y KPSL presentaron sendos escritos de alegaciones, con el siguiente contenido:

-MPSL: i) manifiesta que, el 18-09-2020, la compañía AJVAS, como titular de la autorización de comercialización del medicamento, designó, como representante local en España, a MPSL, y que, con posterioridad, KPSL y MPSL completaron ,ante la AEMPS, los trámites de solicitud de dicho cambio, el cual fue autorizado por Resolución de 10-02-2021; ii) entiende que dicha Resolución de la AEMPS “*es título jurídico bastante para justificar la novación subjetiva y ello con base en el negocio jurídico que origina la transmisión de rama de actividad, asociado a una modificación de la titularidad del representante local...por tanto, la subrogación solicitada sería de carácter automático y es que todos los derechos de comercialización del medicamento se transmiten en bloque al nuevo representante local*”; y iii) prueba su intención de satisfacer el interés público en el hecho de que (tras la solicitud de la Consejería, de fecha 18-03-2021) ha hecho ya efectivo un suministro de 2.770 dosis de vacuna *Diteboster* para la CAR.

-KPSL: i) asiente en los hechos y fechas descritos en el requerimiento, si bien insiste en manifestar la ausencia de mala fe en todo el proceso; ii) alega que la cercanía de las fechas le llevaron a formalizar el contrato, si bien su intención (desde que conoció el cambio de representación local —momento, que no precisa— , autorizado por la AEMPS el 10-02-2021) fue solicitar la subrogación, como así hizo el 1-03-2021; y iii) entiende que no procede imponer la penalización del 3% del presupuesto-base de licitación, pues la misma sólo se prevé para la retirada de oferta antes de la adjudicación del contrato.

4. A la vista de las alegaciones presentadas, la Instructora del expediente formuló, el 28-05-2021, la **Propuesta de resolución** en el sentido de: i) **declarar la nulidad de la adjudicación** y formalización del expediente para la contratación; ii) **reclamar el pago de 1.747,20 euros**, correspondiente al 3% del presupuesto-base de licitación; y iii) **recabar, de la mercantil SSA, como siguiente licitador, la documentación** requerida en el clausulado contractual.

5. El 31-05-2021, el SGT de la Consejería actuante recabó el informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, los cuales evacuaron su informe el 29-06-2021, en el que se mostraron favorables a la **declaración de nulidad**, pero precisando:

1/ Que la nulidad debe circunscribirse al **acto de formalización del contrato**, al haber perdido la adjudicataria la autorización preceptiva para distribuir el producto sanitario; pues:

“...la AEMPS autorizó la condición de representante local...del Laboratorio AJVAS, a MPS; hasta... 10 de febrero de 2021, esta posición la ostentaba KPSL, adjudicataria del contrato... (por tanto), es el acto de formalización del contrato el que ha devenido nulo de pleno derecho, pues se produjo cuando la adjudicataria del contrato ya no contaba con la preceptiva autorización de distribución del objeto licitado...(así pues, en este caso) se ha producido una pérdida de la autorización de la adjudicataria del contrato entre la fase de adjudicación y la de formalización del contrato; (y, respecto a ese) ínterin, la Junta Consultiva de Contratación del Estado ha reconocido que no se puede pedir una nueva verificación del cumplimiento de condiciones para contratar...Ello exige la aplicación de los arts. 106 (en relación con el 47.1-f) y 41, LCSP'17. Los efectos de la declaración de nulidad están previstos en el art. 42 LCSP'17”.

2/ Que no procede imponer **penalidades al contratista ni el requerimiento de documentación al siguiente licitador** para, en su caso, adjudicarle el contrato; pues:

“...se recomienda tramitar estas decisiones por el procedimiento correspondiente; de otro modo, se puede incurrir en causa de nulidad por infracción del procedimiento del art. 47.1-e LPAC'15”.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 30 de junio de 2021 y registrado de entrada en este Consejo el 1 de julio de 2021, la Excm. Sra. Titular de la Consejería actuante remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente de dicho Consejo, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 2 de julio de 2021, procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del referido Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Legislación aplicable al contrato y preceptividad de nuestro dictamen

1. En este caso, dadas las fechas de la Resolución de inicio del expediente de contratación (11-11-2020), de la aprobación del expediente de contratación (21-12-2020) y de la Resolución de adjudicación del contrato (8-02-2021), la LCSP'17 es, sin duda, la legislación aplicable al fondo de la cuestión sometida a nuestro dictamen.

2. El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de oficio de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 LPAC'15, a cuyo tenor: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”*.

3. Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos los arts. 11-f, de nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo) y 12.2-f, de su Reglamento (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero).

4. Estas consideraciones son íntegramente aplicables a *“la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos”* administrativos, la cual, según el art. 41.1 LCSP'17, *“se efectuará de conformidad con lo establecido en Capítulo I del Título V”* LPAC'15 (esto es, con los arts. 106 a 111 LPAC'15), lo que supone que la revisión de oficio de actos nulos ha de realizarse mediante el cauce formal establecido por el art. 106 LPAC'15.

5. En el presente caso, la Consejería actuante ha tramitado un procedimiento de revisión de oficio encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, de la *“adjudicación a la empresa KPSL del contrato de suministro, núm. 06-3-9.01-0004/2021 (para la adjudicación de vacunas contra tétanos y difteria para el año 2021), por falta de habilitación de la mercantil para llevar a cabo dicho suministro”*. Por ello, sin anticipar el juicio que nos merezca el fondo de la cuestión, es claro que la intervención del Consejo Consultivo en ese procedimiento revisor resulta preceptiva *ex art. 106.1 LPAC'15*.

6. Por lo demás, como claramente se infiere del precitado art. 106.1 LPAC'15, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es,

además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Segundo

Objeto del dictamen.

1. Como ha quedado expuesto en el encabezamiento, se solicita de este Consejo dictaminar sobre la nulidad de la adjudicación a la mercantil KPSL de un contrato de suministro por falta de habilitación de ésta para llevarlo a cabo. En este mismo sentido, la Propuesta de resolución plantea *“declarar la nulidad de la adjudicación y formalización del expediente administrativo para la contratación”*.

No obstante, el relato de los Antecedentes pone ya de manifiesto que **la adjudicación del contrato** que nos ocupa **no adolece de vicio de nulidad**.

El contrato fue adjudicado el 8-02-2021 y la Resolución de la AEMPS, a la que se achaca la pérdida de capacidad o habilitación profesional necesaria para ejecutar el objeto del contrato y, por ende, su eventual nulidad, es de 10-02-2021.

Lo anterior no obsta para que, tal y como la Administración ha señalado, se haga difícil imaginar que la contratista (KFSL) desconociese hasta ese momento el proceso de cambio de representante local de la titular de la autorización de comercialización del medicamento objeto del contrato (AJVAS); y ello, porque, según manifiesta la nueva empresa representante local (MFSL), la titular de la autorización (AJVAS) designó como tal a MFSL el 18-09-2020, tras lo que *ambas mercantiles* (MFSL y KFSL) *“completaron, ante la AEMPS, los trámites de solicitud de cambio de representante local en España...pronunciándose la AEMPS mediante Resolución de 10-02-2021”*. Esta Resolución de la AEMPS, además, fecha la solicitud del cambio el 16-12-2020.

Pero, en cualquier caso, lo que queda claro es que, tal y como señala también el informe jurídico, **es el acto de formalización del contrato el que, en su caso, ha devenido nulo** por haber perdido la adjudicataria la preceptiva autorización de distribución del medicamento en cuestión.

2. El 01-03-2021, la contratista (KFSL) y la nueva empresa (MFSL), que ostenta la representación local de la titular de la autorización del medicamento (AJVAS), solicitaron autorización para que MFSL se subrogase en todos los derechos y obligaciones de KFSL derivados del contrato suscrito.

Ello, a su vez, obliga a determinar si, en este caso, concurren las condiciones que

permiten tal subrogación a tenor del art. 98 LCSP'17 (sobre *Sucesión en la persona del contratista*); y, más en concreto, si la Resolución de la AEMPS puede considerarse título justificativo válido de un supuesto de transmisión de “*rama de actividad*”.

Sin embargo, parece obvio que examinar dicha **solicitud de subrogación** pierde todo sentido y hace superfluo cualquier pronunciamiento de este Consejo al respecto, si se determina que es nulo de pleno Derecho el contrato al que la subrogación se refiere; lo cual (podemos ya adelantar) es la conclusión de este Dictamen.

Tercero

Las causas de nulidad de los contratos administrativos en la LCSP'17

1. El art. 39.1 LCSP'17, al tasar, para los contratos del Sector público, las “*causas de nulidad de Derecho administrativo*”, principia con una remisión, genérica o en bloque, a “*las indicadas en el art. 47 LPAC'15*”; y el art. 39.2 LCSP'17 continúa con una relación específica de causas que determinan la nulidad de dichos contratos.

2. En concreto, el **art. 47.1-f LPAC'15** dispone que son nulos de pleno Derecho “*los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

A) La jurisprudencia y la doctrina consultiva han insistido, con reiteración, en la necesidad de interpretar restrictivamente los preceptos que tipifican las causas de nulidad de los actos administrativos; y ello, porque la categoría jurídica de la *nulidad de pleno Derecho* es, dentro de la teoría de la invalidez del acto administrativo, una excepción frente a la *anulabilidad*, que constituye, a su vez, la consecuencia prevista, como regla general, para los supuestos en que un acto administrativo contraviene el ordenamiento jurídico (art. 48.1 LPAC'15). Así lo ha señalado, entre otros muchos dictámenes consultivos, el Consejo de Estado en su DCE 485/2012, y los en él citados.

Por ese mismo carácter excepcional de la nulidad de pleno Derecho, en la aplicación del art. 47.1-f LPAC'15 (y de su precedente, el art. 62.1-f LPAC'92) la jurisprudencia y la doctrina consultiva han trazado un concepto sumamente estricto de lo que debe entenderse por *requisitos esenciales*, cuya ausencia determina la nulidad radical de los actos administrativos atributivos de derechos o facultades.

A pesar de la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente casuística, pueden señalarse, como orientaciones generales, que solamente son requisitos esenciales “*los auténticos presupuestos que explican y justifican la adquisición del derecho o facultad de que se*

trate” (DCE 845/2013), o, en palabras del DCE 2.741/2010, los “*relativos a la estructura definitoria del acto*”.

Por otra parte, la calificación de un requisito como *esencial* ha de ceñirse “*al objeto, causa y fin del acto administrativo de que se trate*” (DCE 461/2009); añadiendo el DCE 485/2012 que “*la esencialidad presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna*”.

En iguales términos, el TS (en STS, 3ª, 26-11-2008, R.Cas 1988/2006) ha indicado que “*no todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse ‘esenciales’: tan sólo los más significativos y, directa e indisolublemente, ligados a la naturaleza misma de aquél*”.

Esta misma idea la ha expresado el Consejo Consultivo de Canarias al señalar, en su D. 585/2011, que la expresión *requisito esencial* de un acto administrativo debe reservarse a “*aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma*”.

B) Por nuestra parte y en la misma línea, hemos perfilado esta doctrina, sosteniendo en diversos dictámenes: i) que hay que reconocer la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente casuística (D.44/17); y ii) que no todos los requisitos para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*, pues, como ha señalado el DCE 3491/99, una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno Derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17).

Por tanto, en nuestro criterio, la *esencialidad* de los requisitos debe: i) referirse al sujeto que realiza o al objeto sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o un facultad en el sujeto, como sucede en los nombramientos y las concesiones, o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como ocurre en el caso de las autorizaciones; y iv) quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén, directa e indisolublemente, ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros).

Esta doctrina conlleva: i) que el art. 47.1-f LPAC'15 debe ser objeto de una interpretación *estricta*, para evitar una interpretación extensiva y amplia de los requisitos *esenciales* (D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros); y ii) que debe distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues sólo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho (D.96/10, D.40/11 y D.44/11).

3. Por su lado, el **art. 39.2-a LCSP'17**, establece que “*serán igualmente nulos de pleno Derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: a) la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional, cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato*”; y es que, como dispone el art. 65.2 LCSP'17, “*los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato*”.

Parece claro, por tanto, que **el supuesto de nulidad planteado en este expediente se ajusta a lo singularmente previsto en el art. 39.2-a LCSP'17**; y, en este sentido, se manifiesta la Propuesta de resolución, pero no el informe jurídico, que fija el motivo de revisión en el supuesto genérico del art. 47.1-f LPAC'15.

Sobre esta divergencia conviene precisar que, aun cuando, en efecto, la nulidad del contrato en cuestión puede fundamentarse como una adquisición de derechos y facultades careciendo de los *requisitos esenciales* para ello, tal y como dispone con carácter general la LPAC'15, no parece oportuno recurrir a ésta, cuando el supuesto de hecho que se valora está previsto de forma específica y expresa en él. 39.2-a LCSP'17.

Cuarto

Nulidad del contrato suscrito ex art. 39.2-a LCSP'17

1. De los Antecedentes de Hecho expuestos resulta: i) que la mercantil KPSL suscribió un contrato de suministro con la CAR (a través de la Consejería actuante) el **15-02-2021**; ii) que, con fecha **10-02-2021**, la AEMPS modificó la autorización de comercialización del medicamento objeto del contrato, concediendo la solicitud de cambio de representante local del laboratorio titular (AJVAS, con sede en Dinamarca), pasando, en ese momento, de serlo la contratista KPSL a serlo la empresa MPSL; iii) que, en consecuencia, **a la fecha de la formalización del contrato, el contratista carecía del título habilitante** (la autorización) que le permitía su ejecución; y iv) que dicha ejecución no se ha iniciado.

Así las cosas, a juicio de este Consejo, queda claro que, en la fecha de formalización

del contrato, la empresa carecía de la habilitación necesaria para la realización de la prestación objeto del contrato y, por ende, el contrato suscrito es nulo de pleno derecho de conformidad con lo previsto en el art.39.2-a LCSP'17, precepto que insiste en lo establecido, con carácter general, por el art. 65.2 LCSP'17, el cual también determina claramente que los contratistas deberán contar la habilitación empresarial o profesional que sea exigible para la realización de las prestaciones comprometidas en el contrato.

2. En este caso concreto, siendo la prestación contratada el suministro de un medicamento es obvio — y no se ha cuestionado por ninguna de las empresas— la necesidad de disponer de la oportuna autorización administrativa; pues garantizar la seguridad y calidad de los medicamentos requiere un exhaustivo control de todas sus fases (elaboración, almacenamiento, importación, distribución, suministro, etc), que se halla reglado por una extensa normativa, en la que, en relación con el asunto que dictaminamos, destacan las siguientes disposiciones:

-El RDLeg (Real Decreto Legislativo) 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que dedica su Capítulo Segundo a la “*distribución de medicamentos*”, regulando las entidades de distribución autorizadas o el **laboratorio titular de la autorización** de comercialización de los mismos.

-El art. 2.33 y 34 del RD (Real Decreto) 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, al establecer: i) que “**titular de la autorización de comercialización** es la persona, física o jurídica, responsable de la comercialización del medicamento para el que ha obtenido la preceptiva autorización de comercialización; a tal efecto, se creará un Registro de titulares de autorizaciones de comercialización”; y ii) que “**representante del titular** de la autorización de comercialización es la persona, física o jurídica, normalmente conocida como **representante local**, designada por el titular de la autorización de comercialización para representarle en España”.

-El art. 40.1 del RD 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación, al prever que “**el titular de la autorización de comercialización establecido en otro Estado miembro** (de la UE) *podrá designar a su representante local en España para el desempeño de las actividades de distribución, conforme al art. 1.4 del RD (782/2013) por el que se regula la distribución de medicamentos de uso humano*”.

-El aludido art.1.4 del RD 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano, prescribe que “*los titulares de autorización de*

*comercialización establecidos en otro Estado miembro o sus representantes locales en España, que lleven a cabo cualquier actividad de distribución al por mayor, deberán realizarla a través de **entidades que estén autorizadas** para la realización de las mismas de acuerdo con lo establecido en este RD”. A este respecto, su art. 13 (sobre *autorización previa para la distribución de medicamentos*) dispone que: “cada una de las entidades de distribución reguladas en este RD deberán disponer de **autorización previa**, de acuerdo con lo previsto en el art. 69 de la Ley 29/2006, de 26 de julio. A tal efecto, los almacenes mayoristas y los almacenes por contrato serán autorizados por la correspondiente Comunidad Autónoma y los almacenes de medicamentos bajo control o vigilancia aduanera por la AEMPS”.*

-A todo ello se suma, como ha quedado expuesto en los Antecedentes de hecho del presente caso, la cl. 10ª del PG-PCAP, que exige de los licitadores la habilitación requerida para la ejecución del contrato; y, así, en el modelo, cumplimentado por la empresa, de declaración responsable, se exige contar, entre otras, “*con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad*” y que no se está incurrido en prohibición de contratar (Anexo 8).

-Adicionalmente, cabe citar también aquí el ap. 2.4 del PPT (sobre *características técnicas del suministro*), cuando establece que “*las vacunas ofertadas deben estar autorizadas para su comercialización en España y cumplir con las disposiciones legales establecidas por la Administración Sanitaria del Estado respecto a controles de fabricación, conservación, distribución y formalidades administrativas, lo que acreditará aportando los oportunos documentos oficiales*”.

3. En conclusión, el licitador que suscriba el contrato administrativo debe encontrarse autorizado para la comercialización de los medicamentos que constituyen su objeto; y, puesto que KPSL, en el momento de la formalización y perfección del contrato (15-02-2021), no tenía la autorización, como representante local, para comercializar éstos en España, es indudable que carecía de la “*habilitación empresarial o profesional*” exigida por el art. 65.2 LCSP’17 el cual, como tiene señalado la JCCCAE (Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado), en su informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, hace referencia “*a la aptitud legal*” para contratar

Por todo ello y como referíamos al principio, el contrato suscrito es nulo de pleno Derecho, de conformidad con lo previsto en el art.39.2-a LCSP’17.

Quinto

Penalidad al contratista por retirada de la oferta y requerimiento al licitador siguiente (art. 150.2 LCSP'17)

1. La Propuesta de resolución se pronuncia en el sentido de que procede reclamar al contratista 1.747,20 euros, equivalentes al 3% del presupuesto-base de licitación, que el art. 150.2 LCSP'17 prevé imponer, como penalidad, en caso de que el licitador presentante de la mejor oferta no cumplimente, en tiempo y forma, el requerimiento de presentar la documentación justificativa precisa para la adjudicación del contrato, al entender que ello supone que dicho licitador *“ha retirado su oferta”*.

2. En opinión de este Consejo, a pesar de que los resultados o efectos materiales puedan resultar equiparables, el caso que estamos examinando no encaja con el supuesto singular al que el citado 150.2 LCSP'17 anuda la antedicha penalidad.

En efecto, la contratista (MPSL) cumplimentó adecuadamente, en su día, la documentación requerida y el contrato le fue adjudicado. El problema que nos ha ocupado se sitúa, pues, en una fase posterior a la adjudicación y consiste en determinar el efecto de que, con posterioridad a la misma pero antes de formalizar el contrato, dicho contratista perdiese la autorización para dar cumplimiento al contrato y, no obstante, se procediese a su formalización.

En suma, sólo una interpretación amplia de su tenor literal permitiría aplicar, en este caso, lo dispuesto en el art. 150.2 LCSP'17; lo que, a juicio de este Consejo, no procede jurídicamente, menos aun tratándose de una penalidad de carácter sancionatorio.

3. Por idénticas razones, estimamos que tampoco es ajustada a Derecho la Propuesta de resolución cuando plantea recabar, del licitador siguiente (en la clasificación llevada a cabo por la Mesa de contratación), la documentación necesaria para, en su caso, adjudicarle, el contrato; ya que ello es, de nuevo, un efecto anudado, en el repetido art. 150.2 LCSP'17, *in fine*, a la retirada de oferta.

Por ello, este Consejo se adhiere al criterio de los Servicios Jurídicos, de que procede *“tramitar estas decisiones por el procedimiento correspondiente”* (es decir, mediante un nuevo expediente de contratación), pues, *“de otro modo, se puede incurrir en causa de nulidad por infracción del procedimiento del art. 47.1-e LPAC'15”*.

Sexto

Consecuencias de la nulidad del contrato de suministro.

1. La nulidad del contrato implica que, como establece el art. 42.1 LCSP'17, *“entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

La liquidación y consiguiente restitución de las prestaciones es, como puede verse, la misma regla jurídica que anima, en el ámbito de la contratación civil, los arts. 1.303 y 1.307 Cc.

En efecto, la declaración de ser nulo un contrato sinalagmático -como lo es cualquier contrato administrativo de suministro- obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo, cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o bien, si tal devolución *in natura* fuese imposible, entregarle el valor económico de aquella prestación recibida ya de forma irrestituible.

2. Ahora bien, en este caso, no procede dicha restitución de prestaciones, dado que los suministros no se han prestado y, por tanto, tampoco se ha efectuado abono alguno a la contratista, ya que éste venía ligado a la prestación efectiva del suministro y a la previa presentación de las correspondientes facturas. Y es lógico que así sea, teniendo en cuenta que, sólo 14 días después de la formalización del contrato, el 15-02-2021, la Administración recibió el escrito de solicitud de subrogación contractual.

3. Respecto a si procede o no que la contratista indemnice a la Administración contratante por los daños y perjuicios ocasionados a la misma, este Consejo no dispone de elementos de juicio para poder determinar si, efectivamente, la nulidad del contrato ha ocasionado a la Administración contratante daños y perjuicios; si bien entiende que ha quedado acreditada la culpabilidad del contratista en dicha nulidad.

A este respecto, en sus alegaciones, la contratista insiste en que ha actuado de buena fe a lo largo todo este procedimiento, aduciendo: i) que, tan pronto como fue conocedora de la implantación de los cambios (aunque no aclara cuándo conoció la Resolución de la AEMPS), *“su intención no fue sino solicitar a su entidad la subrogación”*, como así hizo el 1-03-2021; ii) que, de haber tomado conciencia de las fechas y hechos entre los días 11 y 15 de febrero, habría solicitado la subrogación en el procedimiento prevista en el art. 144 LCSP'17; y iii) que fue *“la cercanía de las fechas en las que se han sucedido los hechos descritos, el detonante de formalizar el contrato en las condiciones descritas”*,

pero no ha sido intención de la empresa “*actuar contraviniendo la norma, ni pretender daño alguno a su entidad*”.

Ahora bien, dejando al margen que resulta difícil imaginar que la contratista no realizase un seguimiento del proceso de cambio de titularidad y de que no tomara “*conciencia de las fechas y hechos*” (más aún cuando, según indica la nueva empresa representante local del medicamento, la solicitud de cambio ante la AEMPS fue tramitada por las dos empresas), la culpa —tal y como subraya la Propuesta de resolución— “*no va ligada a la intención maliciosa tomada de forma consciente y con una finalidad de dañar a un tercero (sino que)... va ligada a la responsabilidad, que tiene un licitador y posterior adjudicatario, de conocer las normas y llevar a cabo las actuaciones que le correspondan conforme con ellas, y (de asumir) su responsabilidad inherente a las mismas en caso de incumplimiento*”.

En todo caso, está claro que la contratista formalizó el contrato sin tener la habilitación requerida, lo que, al margen de su buena fe, permite imputarle la culpabilidad en la nulidad del contrato acarreada; pero la prueba de los eventuales daños y perjuicios que de ello pudieran haberse derivado corresponde a la Administración contratante, la cual no ha probado ninguno en el expediente, razón ésta por la que tampoco este Consejo puede concretarlos.

CONCLUSIONES

Primera

El contrato de suministro de vacunas suscrito es nulo de pleno Derecho (*ex art. 39.2-a LCSP’17*), al carecer el contratista, en el momento de firmarlo, de la oportuna autorización administrativa para la distribución de las mismas.

Segunda

Los efectos de la nulidad del contrato son los señalados en los Fundamentos jurídicos Quinto y Sexto de este dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero