



Recurso nº 210 y 228/2020 C.A. del Principado de Asturias 12 y 15/2020

Resolución nº 570/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 30 de abril de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. I.M.P., en representación de ALTAN PHARMACEUTICALS, SA, y el recurso interpuesto por Dña. A.L.N, en representación de PARI PHARMA IBERIA S.L S.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Expediente de la licitación convocada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias para contratar el *“suministro del medicamento COLISTINA para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Que en fecha 11 de febrero de 2020, fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del Expediente número 2019000117 (CONP/2019/612 SSCC SESPA), cuyo Órgano de Contratación es la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

El objeto del contrato, según se describe en el apartado 3 del Cuadro Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) lo constituye *“el suministro del medicamento “COLISTINA” para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias”*, en las cantidades que se señalan a continuación, la entrega de los equipos de nebulización necesarios para la administración del medicamento y que serán entregados al paciente, la formación y el adiestramiento del paciente en el uso de nebulizadores, el mantenimiento integral de los nebulizadores y la entrega el fungible necesario para el funcionamiento de nebulizadores”.



El contrato objeto de esta licitación tiene un valor estimado de 3.029.389, 20 €, IVA excluido, con un plazo de duración de doce meses.

Segundo. Con fecha 18 de febrero de 2020, D. I.M.P., en representación de ALTAN PHARMACEUTICALS, SA, con NIF A82001801, interpone recurso especial en materia de contratación, en los términos señalados en el encabezamiento, y por el que se solicita la suspensión cautelar del procedimiento de licitación, y la anulación de los criterios de adjudicación contenidos en el apartado 23 del Cuadro Resumen del PCAP.

La recurrente alega que los criterios de adjudicación, tal y como se definen en el PCAP, restringen la concurrencia entre licitadores sin que exista una justificación técnica, contraviniendo los principios de igualdad y libre concurrencia, y ello puesto que existe un único laboratorio, Zambon, que comercializa el medicamento con un nebulizador, concretamente el I-neb AAD, que cumpla con cuatro de los criterios técnicos que son objeto de valoración (adaptación de la nebulización, tiempo, programa informático y avisos de uso inadecuado).

Tercero. Por su parte, con fecha 20 de febrero de 2020 se presenta por Dña. A.L.N, en representación de PARI PHARMA IBERIA, S.L, S.U, CIF B88240429 recurso especial en materia de contratación, en los términos señalados en el encabezamiento, y por el que solicitaba la anulación de los Pliegos del expediente 2019000117, solicitando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a su publicación y, en consecuencia, se publiquen unos nuevos pliegos con corrección de los defectos denunciados.

Alega la recurrente que varias de las descripciones de los criterios de valoración, que comprenden especificaciones muy concretas, suponen una vulneración de los principios de igualdad de trato en la licitación y de libre concurrencia, puesto que únicamente puede desempeñar lo exigido una única empresa. Así mismo, alegan que los criterios de valoración relativos a la adaptación de la nebulización y el programa informático se refieren a características no del objeto del contrato en si "*suministro del medicamento Colistina*", sino del producto cedido, los nebulizadores. Finalmente, añaden que no sólo afecta a las empresas licitadoras la redacción de características afines a una casa comercial, sino también la excesiva y desmesurada ponderación de las mismas, que limita y restringe artificialmente la competencia.



Cuarto. Remitidos ambos recursos al Órgano de Contratación, emite sendos Informes de fechas 24 y 26 de febrero de 2020 respectivamente, pero con idéntico fundamento, interesando la desestimación de ambos recursos. El Órgano de Contratación defiende la discrecionalidad técnica de que goza el órgano administrativo para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, declarando que, en este caso, habiendo sido definidas en el expediente las necesidades a satisfacer con el suministro del colistimetato de sodio y la entrega de los equipos de nebulización necesarios para su administración, se encuentra justificada la elección de los criterios técnicos de valoración cuestionados, aportando un Informe de fecha 24 de febrero de 2020 emitido por la Dirección de Atención y Evaluación Sanitaria en el que se justifica la selección de cada uno de los criterios de valoración cuestionados, en base a que el SESPA pueda disponer de los equipos de nebulización que considera que aportan las mayores ventajas para todas las partes implicadas en el proceso asistencial en el que se utiliza el medicamento Colistina.

Por otro lado, el Órgano de Contratación sostiene que el recurso interpuesto por ambas recurrentes ha perdido fundamento y ello puesto que, habiendo finalizado el plazo de presentación de ofertas a la contratación recurrida, el laboratorio Zambon, al que supuestamente iban dirigidos los criterios de adjudicación según se argumentaba por las recurrentes, no ha participado en la licitación.

Quinto. Interpuesto el Recurso número 210/2020, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó Resolución de 9 de marzo de 2020 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 3 de marzo de 2020 se presentan alegaciones por la entidad ACCORD HEALTHCARE, SL.



Esta empresa, junto con las dos entidades recurrentes, ha formulado proposición en la licitación controvertida, sosteniendo la procedencia de estimar el recurso, alegando que en los criterios técnicos de adjudicación contenidos en el pliego se contienen prestaciones y características que únicamente pueden cumplir una empresa del mercado, de tal forma que se excluye a todo el resto de empresas farmacéuticas que comercializan el medicamento, pero que no cuentan con el dispensador del que la empresa Zambon tiene la exclusiva.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución de 9 de marzo de 2020, acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 LCSP y la Cláusula Tercera del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de octubre de 2013 (BOE de fecha 28/10/2013), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2016 (BOE de fecha 16/09/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 16 de octubre de 2019 (BOE de fecha 29/10/2019).

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2 a) LCSP los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación son susceptibles de recurso especial.

Tercero. Ambos recursos se han presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1 b LCSP.



Cuarto. En relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Ambas recurrentes, ALTAN PHARMACEUTICALS, SA, y PARI PHARMA IBERIA, S.L, S.U consta que han presentado proposición en el procedimiento, por lo que ostentan la legitimación necesaria para interponer el presente recurso.

Quinto. Con relación al fondo, como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, las dos entidades recurrentes ALTAN PHARMACEUTICALS ,SA y PARI PHARMA IBERICA, SL, SU cuestionan los criterios de adjudicación definidos en el apartado 23 del Cuadro-Resumen del PCAP, sosteniendo que algunos de estos criterios de valoración contienen especificaciones tan concretas que suponen una vulneración de los principios de igualdad de trato en la licitación y de libre concurrencia, tal es así que únicamente puede desempeñar lo exigido una única empresa, concretamente el Laboratorio Zambon, que alegan que es el único que comercializa en España el nebulizador I-neb AAD para suministrar el medicamento Colistina.

Por su parte, el Órgano de Contratación ha aportado informe justificando la elección de estos criterios de valoración, entendiéndolo que son los adecuados para responder a las necesidades a satisfacer con el contrato de suministro de este medicamento y los dispositivos necesarios para su administración, pretendiendo conseguir que el SESPA pueda disponer de los equipos de nebulización que aportan las mayores ventajas para todas las partes implicadas en el proceso asistencial en que se utiliza el medicamento Colistina.

Para resolver sobre el fondo del asunto, partimos de las previsiones contenidas en el Cuadro-Resumen del PCAP, que en el apartado 3 define el objeto del contrato señalando que *“consiste en el suministro del medicamento “COLISTINA” para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias”*, en las cantidades que se señalan a continuación, la entrega de los equipos de nebulización necesarios para la administración del medicamento y que serán entregados al paciente, la formación y adiestramiento del paciente



en el uso de los nebulizadores, el mantenimiento integral de los nebulizadores, y la entrega del fungible necesario para el funcionamiento de los nebulizadores”.

El apartado 23, por su parte, se refiere a los “*Criterios de Adjudicación*”, diferenciando entre el criterio económico, asignando una puntuación máxima de 50 puntos a la oferta más económica, y los criterios evaluables de forma automática, a los que se refiere la controversia, a los que se atribuye también una puntuación máxima de 50 puntos, valorando técnicamente los dispositivos presentados, concretamente las siguientes características:

Criterio	Descripción	Puntuación
Adaptación de la nebulización	Adaptación de la nebulización al patrón respiratorio personalizado de cada paciente	10
Tiempo	Menor tiempo de nebulización	13
Programa informático	Programa informático de seguimiento de las nebulizaciones de cada paciente para el facultativo para medida de la adherencia	16
Avisos de uso inadecuado	Avisador sonoro y/o visual en caso de uso inadecuado del nebulizador en la correcta administración de la dosis del medicamento	5
Asistencia telefónica	Asistencia técnica telefónica del paciente para solventar problemas con el nebulizador	3
Sustitución malla	Compromiso escrito de sustitución de la malla vibrante del nebulizador al menos dos veces al año	3

Termina el apartado señalando que: “*La concesión de puntos será la siguiente: si se cumple el criterio, se otorgará la totalidad de los puntos correspondientes al mismo, si no se cumple 0 puntos*”. Entendemos que la segunda parte de la expresión es un error, y que el Órgano de Contratación quiere decir que si no se cumple se asignan 0 puntos, en otro caso, carece de sentido.



De los citados requisitos, la recurrente ALTAN PHARMACEUTICALS, SA considera que los cuatro primeros son criterios técnicos que únicamente puede cumplir el dispositivo I-neb AAD, con el que, de entre todos los Colistimetatos autorizados en España, únicamente puede suministrarse el medicamento Promixin. Estos criterios serían:

- i. Adaptación de la nebulización.
- ii. Tiempo.
- iii. Programa informático.
- iv. Avisos de uso inadecuado.

A excepción del Promixin, señala este laboratorio, el resto de las Colistinas inhaladas disponibles en el mercado incluida la que ellos comercializan, se administra mediante el nebulizador eFlow Rapid (u otros de similar tecnología) de malla vibratoria pero que por su configuración no se adapta al patrón respiratorio del paciente, sino que se administra el medicamento de manera continua.

Por ello, añade la recurrente que en la mayoría de las licitaciones públicas en España no suelen exigir el suministro del medicamento junto con el nebulizador, pues es frecuente que los hospitales cuenten con dichos dispositivos para la administración del Colistimetato y otros medicamentos, y dichos dispositivos suelen adquirirlos los hospitales por medio de otra licitación diferente de terapias domiciliarias. Continúa señalando que en los casos en que la licitación exige al laboratorio el suministro del nebulizador, el Pliego de Prescripciones Técnicas lo describe de una manera genérica, de forma que puedan concurrir el mayor número de licitadores posibles en condiciones de igualdad, y los criterios de adjudicación de las licitaciones no priman un dispositivo sobre otro, pues todos ellos resultan intercambiables y cada uno de ellos presenta ventajas y características específicas.

Por su parte, la entidad PARI PHARMA IBERICA, SL, SU señala que, de los criterios técnicos de valoración contenidos en el PCAP, dos de ellos suponen una vulneración de los principios de igualdad de trato en la licitación puesto que son características que pertenecen a una casa comercial concreta. Estos criterios son los siguientes:



- i. Adaptación de la nebulización.
- ii. Programa informático.

Así mismo, señala que estos criterios son características no del objeto del contrato en sí “*suministro del medicamento COLISTINA*” sino del producto cedido, añadiendo que no sólo afecta a las empresas licitadores la redacción de las características afines a una casa comercial sino la excesiva y desmesurada ponderación de las mismas, reduciendo no solo el número de proveedores que pueden presentar ofertas sino también alzarse con el contrato, ya que la determinación de las valoraciones condicionan la adjudicación, en la medida en que no es posible recuperar ni compensar los 26 puntos otorgados a una casa comercial concreta, siendo estos más de la mitad de la puntuación.

Por tanto, será preciso analizar si los criterios técnicos de adjudicación, tal y como se han definido en el PCAP, se encuentran vinculados al contrato, si restringen la competencia efectiva por estar referidos a un producto de una casa comercial concreta, en este caso el laboratorio Zambon, o si por el contrario está suficientemente justificado por el Órgano de Contratación la elección de estos criterios de valoración para la consecución de los objetivos del contrato.

Sexto. Partimos para ello del régimen jurídico contenido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que se refiere a los “*Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato*” en el artículo 145, en el que comienza indicando que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Continúa el precepto señalando en el cuarto apartado que “*4. Los Órganos de Contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades (...)*”.



Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos definidos en el Art. 145.5 LCSP:

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al Órgano de Contratación una libertad de decisión ilimitada.
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

La concreción del segundo de los requisitos, es decir, la vinculación al objeto del contrato, se contiene en el siguiente apartado, en el que se dispone lo siguiente:

“6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*

- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.*

Las complejas previsiones de este artículo han sido objeto de pronunciamientos recientes por parte de este Tribunal, que ha venido a definir que debe entenderse por vinculación al objeto del contrato.

Así la Resolución 235/2019 de 8 de marzo, tras un extenso análisis de la normativa española y comunitaria en la materia sostiene lo siguiente:

“De lo expuesto hasta ahora, resulta que solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas.

Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Además, algunas consideraciones están limitadas en su aplicación, como los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, y otras solo pueden operar como condiciones especiales de ejecución.

Octavo. Cumplido el requisito anterior para que un criterio de adjudicación sea admisible como tal, el segundo aspecto que determina si los dos criterios de adjudicación



impugnados son admisibles o no por ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, es que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público, que son:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.*
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.*
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.*
- d) Deben publicarse previamente.*

De esos cuatro requisitos interesa aquí examinar someramente los requisitos a) y c).

Sobre el primer requisito, vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, la Directiva 2014/24, en su Considerando 98, determina que:

(98) «Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate».

Y el artículo 67.3 de la misma Directiva determina que:

«Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o*

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».

De los textos expuestos resulta claramente que un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto.

Ahora bien, solo será admisible como tal criterio de adjudicación si además cumple el requisito propio sustancial de cualquier criterio, que es el más arriba reseñado de que afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas”.

De lo expuesto, podemos concluir que un criterio de adjudicación exige que el mismo tenga una vinculación con el objeto del contrato, entendida esta vinculación como que se refiera, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Ahora bien, solo será admisible como tal criterio de adjudicación si además cumple el requisito propio sustancial de cualquier criterio, que es el más arriba reseñado de que afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas.

En el presente caso, como hemos indicado en el anterior fundamento, el objeto del contrato consiste en el suministro no sólo del medicamento “COLISTINA” para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en las cantidades que se señalan a continuación, sino también en la entrega de los equipos de nebulización necesarios para la administración del medicamento y que serán entregados al paciente, la formación y

adiestramiento del paciente en el uso de los nebulizadores, el mantenimiento integral de los nebulizadores y la entrega del fungible necesario para el funcionamiento de los nebulizadores.

Por tanto, la ejecución del contrato de suministro a que se refiere este procedimiento se encuentra directamente vinculada con la entrega de los nebulizadores, siendo que el cumplimiento del contrato no solo implica la entrega en el tiempo y lugar fijados, sino que además exige que los bienes objeto de suministro sean entregados de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas pactadas (Art. 300 LCSP).

Por ello, entiende este Tribunal que los criterios técnicos de adjudicación cumplen el requisito de vinculación con el objeto del contrato, no solo porque la entrega de los nebulizadores forma de la propia definición del objeto, sino también porque resulta fundamental para satisfacer las necesidades del Órgano de Contratación, que en la selección del contratista se tengan en cuenta tanto las circunstancias de tiempo y forma en que tendrá lugar la entrega, como las características de los bienes que serán entregados, intentando que estos se ajusten en la mayor medida posible a las necesidades a satisfacer.

Séptimo. Por otro lado, ya indicábamos anteriormente que los criterios de adjudicación deben cumplir una serie de requisitos definidos en el Art. 145.5 LCSP. Analizábamos en el anterior fundamento la vinculación al objeto del contrato, por haber sido planteada esta objeción por parte de la recurrente PARI PHARMA IBERIA, SL, SU, por lo que procede en este momento analizar la segunda de las cuestiones planteadas por ambas recurrentes, que es la vulneración de los principios de igualdad de trato en la licitación y de libre concurrencia, por referirse algunos de los criterios de adjudicación a bienes que únicamente pueden ser suministrador por una casa comercializadora, según las empresas recurrentes.

El Art. 145.5 LCSP, señala que los criterios de adjudicación “*b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al Órgano de Contratación una libertad de decisión ilimitada*”.



Al respecto conviene traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal en la materia, que se recoge y sintetiza en la Resolución nº 753/2019, de 4 de julio de 2019, en la que con remisión a lo expuesto en la Resolución nº468/2018, de 11 de mayo, se indica lo siguiente:

«El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del Órgano de Contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.

Como consecuencia de lo anterior, debemos recordar la doctrina de este Tribunal al respecto, reflejada, entre otras, en nuestra Resolución nº 385/2017 de 28 de abril de 2017, en la que nos pronunciamos como sigue:

“En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

Asimismo, en la Resolución nº 296/2017 razonábamos como sigue: “El artículo 117.2 del TRLCSP, que el recurrente considera infringido, dice así: “Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”. Este Tribunal, en interpretación de los referidos preceptos, ha partido de que (p ej, Resolución no 54/2017) “la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en el TRLCSP y con los



principios que consagra: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Si bien, en la interpretación que realizamos del artículo 117 del TRLCSP hemos señalado, entre otras Resoluciones, en la número 20/2013, de 17 de enero, que “de conformidad con los principios que rigen la contratación pública, establecidos en el artículo 1 del TRLCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, corresponderá al Órgano de contratación justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para Cubrir las necesidades objeto del contrato atendiendo a la funcionalidad requerida, evitando especificaciones técnicas innecesarias que limiten la concurrencia”.

A ello debe añadirse, como señala el recurrente, que el considerando 74 y el artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que debería haber sido ya traspuesta, señalan que “(74) Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios. Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para

favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...)”. Y señalábamos asimismo: “De la Directiva pues, se desprende que, si bien el Órgano de Contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el Órgano de Contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”.

Como se indica, el Órgano de Contratación goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en la LCSP y con los principios que consagra: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

De este modo, corresponde al Órgano de Contratación justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato atendiendo a la funcionalidad requerida, evitando especificaciones técnicas innecesarias que limiten la concurrencia.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el Órgano de Contratación justifica la idoneidad de los criterios de adjudicación seleccionados en los Informes emitidos en relación con ambos recursos, definiendo en primer lugar las necesidades a satisfacer, señalando lo siguiente:

“Es decir, las necesidades a satisfacer consisten en el suministro de un medicamento con el dispositivo necesario para su administración para la prestación sanitaria a pacientes con necesidad de dicho medicamento, en aras a satisfacer el interés público con este contrato, que es garantizar que los clínicos y los pacientes disponen de los medios idóneos para una práctica asistencial efectiva, segura y basad en la evidencia científica disponible”.

A continuación, en el Informe relativo al a justificación de estos criterios de la Dirección de Atención y Evaluación Sanitaria de fecha 24 de febrero de 2020, se exponen las razones que justifican la elección de estos criterios de valoración por parte del SESPA:

“Adaptación de la nebulización al patrón respiratorio del paciente: Este criterio puntuará con 10 puntos aquellas ofertas en las cuales se presenta un nebulizador con tecnología AAD (Adaptative aerosol delivery). Esta tecnología aporta como principales ventajas:

- *Para el paciente: se acomoda la nebulización al patrón respiratorio del paciente, lo cual le facilita la inhalación del fármaco. Permite un mejor aprovechamiento del medicamento al tener una menor pérdida al ambiente. Se produce la nebulización en la primera parte de la inhalación, fase en la que se produce la máxima penetración del medicamento, llegando a las vías aéreas inferiores. De este modo se pueden reducir las dosis a emplear, consiguiendo los mismos resultados. Al llevar menos dosis de medicamentos se pueden reducir los tiempos de nebulización. Todos estos factores favorecen la adhesión al tratamiento.*
- *Para el Sistema Sanitario: al reducir las pérdidas de medicamento, es previsible que se reduzca el gasto en la adquisición de este producto, pues se podrá hacer la nebulización con un menor volumen de medicamento para obtener resultados similares.*

- *Para el medio ambiente: con la nebulización de medicamentos siempre se produce una emisión de medicamento al ambiente. Con los nebulizadores con tecnología AAD se consigue minorar esa emisión y por tanto se expulsa menos cantidad de medicamento al entorno. Esto es muy importante porque se reduce el riesgo de inhalación por parte de personas sanas que están acompañando al paciente durante la nebulización o que puedan acceder al espacio en que se produce la administración una vez finalizada la misma. Es importante señalar que todas las fichas técnicas de los productos comercializados recogen un apartado de recomendaciones y precauciones sobre este tipo de riesgos.*

Tiempo de nebulización: *los nebulizadores que permiten reducir los tiempos de nebulización son valorados positivamente, puesto que esta característica favorece el uso por parte del paciente en su domicilio y por tanto la adhesión al tratamiento. En aquellos casos en que la administración se realice en el medio hospitalario, el menor tiempo de administración resulta positivo por la reducción de costes de personal dedicado a la administración/supervisión de la misma.*

Programa informático: *el programa informático que incorpora y la posibilidad de transferir datos desde el nebulizador a un sistema informático, aporta una gran ventaja para el médico prescriptor frente a nebulizadores sin este tipo de sistema. El nebulizador lleva incorporado un chip que recoge información sobre el número de tratamientos, la cantidad de fármaco emitido y la duración del tratamiento. Esta información permitirá al clínico tomar decisiones sobre cada paciente, sobre cómo usar el nebulizador, sobre el estado del este y por tanto lograr una mayor precisión terapéutica que redundará en una mayor adhesión al tratamiento y por tanto una mayor eficacia y efectividad del tratamiento tecnológico.*

Aviso de uso inadecuado: *finalmente que el sistema venga provisto de un sistema de alarmas acústicas si el nebulizador está mal colocado, si existe algún problema durante la administración cuando se acaba la nebulización, aporta ventajas al paciente para el uso correcto del mismo, le facilita la autoformación en el uso del equipo y, por tanto, también contribuye a la mejora en la adhesión al tratamiento".*



Concluye el Órgano de Contratación afirmando que *“se entiende así justificada la elección de los criterios de adjudicación en base a que el SESPA pueda disponer de los equipos de nebulización que considera que aportan las mayores ventajas para todas las partes implicadas en el proceso asistencial en el que se utiliza el medicamento Colistina”*.

Pues bien, el Tribunal considera que los criterios de adjudicación impugnados son conformes a Derecho, porque entre las necesidades a satisfacer por el presente contrato se halla el suministro del dispositivo necesario para administrar el medicamento, y los criterios de adjudicación discutidos suponen las ventajas en su administración que se acaban de enumerar, vinculadas al objeto de contrato, razonables y proporcionadas (teniendo en cuenta la discrecionalidad técnica de la que goza el Órgano de Contratación para definir, entre otros aspectos, los criterios de adjudicación para la elección de la oferta económicamente más ventajosa). No se considera, en definitiva, que los criterios de adjudicación recurridos se hayan establecido con la finalidad de limitar la concurrencia, sino por las ventajas que dichas características aportan a la prestación objeto del contrato.

Además, la empresa que cita una de las recurrentes como principal beneficiaria de los criterios establecidos, Zambon, no ha presentado oferta en el procedimiento.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por interpuesto por D. I.M.P., en representación de ALTAN PHARMACEUTICALS, SA, y el recurso interpuesto por Dña. A.L.N, en representación de PARI PHARMA IBERIA S.L S.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Expediente de la licitación convocada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias para contratar el *“suministro del medicamento COLISTINA para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias”*.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

NOTA: Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.