



RE 055/2020

Acuerdo 61/2020, de 21 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil “B. BRAUN MEDICAL, S.A.” frente a la adjudicación del contrato denominado «Medicamentos antibióticos y antifúngicos de gran consumo para el Hospital Universitario "Miguel Servet" de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 15 de noviembre de 2019 se publicaron, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), y en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncios relativos al procedimiento de contratación que figura en el encabezado de este acuerdo. Según figura en los mismos, la fecha límite para la presentación de ofertas era el día 17 de diciembre de 2019.

Se trata de un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 2 880 296,14 euros, IVA excluido y tramitado mediante procedimiento abierto, tal y como se contempla en el artículo 156 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

El contrato está dividido en cuatro lotes.



Segundo.- A la licitación concurrieron, en tiempo y forma, y por lo que a este acuerdo interesa, en el lote 1 y posición 46 (‘METRONIDAZOL 500 MG VIAL’), dos empresas además de la mercantil actora.

Tercero.- Con fecha 14 de marzo de 2020 –previa su inserción el mismo día en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) nº 67– entró en vigor el 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, cuya Disposición Adicional 3ª –en su redacción original– preveía la suspensión de los términos e interrupción de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, entendido éste en su integridad de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Cuarto.- Mediante la Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de prórroga del estado de alarma declarado por el meritado Real Decreto 463/2020 –insertada en el BOE nº 145 de fecha 23 de mayo de 2020–, se ha venido a advenir el acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de mayo anterior, cuyo apartado 10º –con efectos de 1 de junio de 2020– deroga la citada Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, disponiendo –desde esa misma fecha– la reanudación del cómputo de los plazos que hubieren sido suspendidos, o bien, su reinicio en caso de que así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas. De ahí que se haya producido, *ope legis*, la reanudación de la tramitación de este procedimiento en los términos recién apuntados.

Quinto.- Tras efectuar los correspondientes trámites, mediante Resolución del Director Gerente del Sector Sanitario Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud, de fecha 1 de julio de 2020, se adjudicó el contrato de referencia, en el lote 1 y posición 46, a favor de la empresa “ALTAN PHARMACEUTICALS, S.A.U.”. Ese mismo día, 1 de julio de 2020, fue remitida a los interesados la



citada adjudicación, así como insertado el anuncio correspondiente en la PCSP.

La recurrente quedó clasificada en segundo lugar, inmediatamente detrás de dicha mercantil, para los referidos lote y posición.

Sexto.- Con fecha 17 de julio de 2020, ante el Registro de este Tribunal administrativo, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por doña C.C.G., en representación de la mercantil “B. BRAUN MEDICAL, S.A.”, frente a la adjudicación del contrato de referencia; dicha interposición fue comunicada a este Tribunal –mediante correo electrónico– por la recurrente ese mismo día.

Dicho recurso –sobre la base de que la adjudicación no es ajustada a Derecho– aduce, en síntesis, su disconformidad con la valoración de su oferta respecto de ocho de los diversos criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa recogidos en el Anexo XI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que rige el contrato, y de cuya aplicación se discrepa. Según la recurrente, su oferta merecía alcanzar –en esos ocho aspectos– una mayor puntuación que la de la adjudicataria, de manera que en la valoración efectuada se ha producido una vulneración de los principios de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores.

Así, interesa que se estime el recurso y se dicte resolución por la que se anule el acto de adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración de las ofertas, a fin de que por la Mesa de contratación se proceda a lo que –en su opinión– debe ser la valoración correcta de su oferta, con la continuación del procedimiento de adjudicación.

Solicita también la suspensión de la tramitación del procedimiento de adjudicación, al considerar la existencia de perjuicios de imposible o muy difícil reparación para todas las partes implicadas, si finalmente se acordara la estimación del recurso.



Séptimo.- Con fecha 17 de julio de 2020 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la actora la subsanación de la documentación que se acompaña a los escritos de recurso en lo concerniente a la acreditación de su representación por la persona firmante del mismo, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. La documentación requerida ha sido aportada por la recurrente el día 21 de julio de 2020.

Octavo.- El día 22 de julio de 2020 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso interpuesto, así como el expediente de contratación y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 56.2 de la LCSP.

Noveno.- Con fecha 22 de julio de 2020 se comunicó dicha interposición al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP.

A tal efecto, se han recibido alegaciones por parte de la mercantil “SUN PHARMA LABORATORIOS, S.L.U.”, en cuya virtud interesa la desestimación del recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “B. BRAUN MEDICAL, S.A.” para interponer el recurso especial y su representación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una empresa que ha participado en la licitación de referencia pues, de conformidad con dicho



precepto: *«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».*

En el presente supuesto, habida cuenta del objeto del recurso, cabe reconocer legitimación a la actora en tanto que la eventual estimación de su pretensión le depararía la posibilidad de alzarse ella con la adjudicación del contrato, y ello al ocupar el segundo lugar en la clasificación de las ofertas.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto en el marco de la licitación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), y va dirigido contra la adjudicación del contrato, actuación susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto así en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a valorar el motivo en el que se fundamenta, la errónea valoración realizada por la Mesa de contratación asumida por el órgano de contratación, para la adjudicación del contrato en ocho de los criterios sujetos a evaluación previa que establecía el Anexo XI del PCAP –en los que actora y adjudicataria han obtenido diferentes puntos– cuando, a juicio de aquélla, los puntos otorgados a su favor debieran haber sido más.



En particular, la recurrente argumenta en su escrito de recurso respecto de cada uno de los criterios de valoración cuya aplicación cuestiona, lo siguiente:

«2.1.- Criterio ATD1: Diferenciación VISUAL adecuada en el acondicionamiento primario y secundario de un mismo principio activo con varias dosificaciones a los que se presente un mismo proveedor para disminuir la posibilidad de error entre las diferentes dosificaciones.

En este criterio se nos ha ponderado (Ver Documento nº 3) con 0 puntos de 4 y lo fundamentan “NO APLICA por única dosificación del mismo proveedor”, efectivamente nosotros sólo comercializamos una presentación de estos dos productos. Justamente, con todo el respeto, no tenemos que diferenciarlo porque no hay otras presentaciones cumpliendo por esta razón con el criterio.

El envase secundario se puede visualizar en las fotos aportadas en nuestra oferta en el documento nominado Acreditación de los Criterios de juicio de valor, sobre 2, (Adjuntamos documento nº 5) donde se ve con todo detalle la información visual diferencial de un mismo principio activo con varias dosificaciones a los que se presente un mismo proveedor para disminuir la posibilidad de error entre las diferentes dosificaciones.

El pliego detalla en el punto 3 del PTT que la valoración de las ofertas se hará con toda la información técnica que se aporte al órgano, para ello deberá figurar en la documentación aportada el número del criterio que figura en el Pliego de Cláusulas Administrativas. Mi representada así procedió.

[se extractan, seguidamente, los apartados 3º y 4º del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT)]

Sólo nos pedían 1 envase de muestra por cada una de las presentaciones ofertadas.

Del lote 1 Posición 2 nos han puntuado 2.5 de los 4 puntos por no presentar el envase secundario.

Del lote 1 Posición 39 nos han puntuado con 2 de los 4 puntos por no presentar el envase secundario.

Se aprecia una variación en los puntos otorgados en el mismo criterio, con todo el respeto y dicho con criterio de defensa, consideramos que hay un error. El



cual seguramente se ha cometido también en la ponderación del lote 1 posición 46.

Por todo ello solicitamos la modificación de la puntuación a 4 puntos para el lote 1 posición 46.

2.2.- Criterio ATD2 El acondicionamiento secundario debe ser suficientemente robusto para impedir rotura de la medicación contenida en su interior y permitir su correcto transporte y almacenamiento.

Reiteramos el mismo argumento que en punto anterior para el lote 1 posición 46. Se aportaron fotografías para visualizar el embalaje secundario. Nos han puntuado con 0 y procede la puntuación de los 2 puntos máximos porque el embalaje es robusto suficiente para impedir las roturas de la medicación contenida en su interior y permitir su correcto transporte y almacenamiento como se visualiza en las fotos aportadas.

Consideramos, que si en este caso el órgano apreciaba que no era suficiente con las muestras enviadas, podía haber reclamado que aportáramos las cajas de embalaje para valorarlo físicamente. En otras licitaciones nos las han requerido cuando han necesitado más muestras de las mínimas indicadas en el pliego para hacer una valoración más detallada.

2.3.- Criterio ATD3 Protección de las dosis unitarias frente a roturas (separadores de FF o acondicionamientos individualizado)

Nuestro envase es de plástico, con lo cual es irrompible. El propio acondicionamiento primario da la máxima protección frente roturas. Con las muestras se puede apreciar con plena claridad. Consideramos que se nos tiene que puntuar 2 y se nos ha ponderado con 0.

Ver ficha técnica punto 6.5 página 9: botellas de polietileno.

2.4.- Criterio SM2- Se deberá aportar un informe del director Técnico de laboratorio, se valorará el contenido sobre las medidas de precaución y



seguridad al almacenar y manipular por los profesionales sanitarios e identificación de grupos de especial riesgo como el embarazo, lactancias, etc... Destacar que el órgano nos lo ha ponderado diferente para cada posición del lote 1 y han indicado en su informe técnico:

“Se aporta certificado que te remite a la ficha técnica para las consultas de medidas de precaución y seguridad para almacenar y manipular por los profesionales sanitarios PERO NO en población de riesgo.”

Lote 1 posición 2 y 39: nos dan 1 punto

Lote 1 posición 43 y 46: nos dan 0.5 puntos

(se reproduce un extracto del certificado del Director Técnico de Laboratorio)

Este criterio se valora de 0 a 2.

El certificado es el mismo para todas las posiciones, por lo cual no es coherente que se puntúe de diferente manera en las posiciones. Consideramos, con todo el respecto, que esto es un error y que se tendría que modificar la puntuación otorgada a 2 para la posición 46 del lote 1, porque el certificado cumple absolutamente con los requisitos solicitados en el pliego.

2.5.- Criterio CT2- En caso de medicamentos fotosensibles, el proveedor deberá declararlo en la información aportada e indicarlo en el acondicionamiento secundario.

En el lote 1 posición 46 se nos ha valorado con 0 indicando que “no aplica”.

Justamente porque nuestro principio activo de este medicamento no es fotosensible, no pueden exigirse un acondicionamiento para protegerlo de la luz. Literalmente el criterio reza “en caso de medicamento fotosensibles...”. Siendo un criterio condicionado a si es fotosensible el medicamento no puede perjudicar la puntuación a los que no lo requieren, sería como valorar mejor un medicamento que por su composición en inferior.

La ficha técnica de un medicamento que necesita protección de la luz es obligatorio que aparezca este requisito mencionado expresamente. Como pueden ver en nuestras fichas técnicas de las posiciones indicadas no es un medicamento fotosensible, no se especifica bajo ningún concepto “protegerlo



de la luz”. Evidenciar que la ficha técnica es el documento oficial que recoge las características de los medicamentos y con los cuales se demuestra que el medicamento está protegido de la luz tanto en el almacenamiento como en la administración por su composición. Siendo en este caso razón para puntuarnos con los 2 puntos máximos. Nos remitimos a la ficha técnica aportada por B.Braun como por Antal:

(Se extracta –en parte– la ficha técnica de su producto en cuanto a las precauciones especiales de conservación)

Mientras que Metronidazol Altan:

(Se extracta –en parte– la ficha técnica del producto de su competidora en cuanto a las precauciones especiales de conservación)

Aquí pueden apreciar como hay una mención expresa de protegerlo de la luz para su conservación.

2.6.- Criterio CT3- En caso de declaración de foto sensibilidad, que el acondicionamiento individual de cada forma farmacéutica, dará protección contra la luz.

Reiteramos los mismos argumentos del punto 2.5 para el lote 1 posición 46 se nos ha valorado con 0 indicando que no aplica, debiéndose puntuar con 2 puntos, la máxima puntuación.

No necesitamos dar protección al producto porque no lo requiere.

2.7.- Criterio CT10- Que presente datos de estabilidad descritos en ficha técnica en condiciones de uso habituales (distintas concentraciones, volúmenes, diluyentes...) y además se valorará positivamente mayores tiempos de estabilidad.

Como se demuestra con la ficha técnica del lote 1 posición 46 nuestro Metronidazol tiene una mayor estabilidad que el del Antal. Se nos ha puntuado con 1 punto y a Antal con 2 puntos, consideramos y solicitamos que se modifique dicha puntuación a 2 por ser nuestro producto superior en dicho criterio al Metronidazol de Antal.



Ver los datos de la Ficha técnica de B.Braun y de Antal

B. Braun Metronidazol la caducidad son 3 años:

(Se extracta –en parte– la ficha técnica de su producto en cuanto al periodo de validez)

Caducidad del Metronizazol de Antal: 2 años Datos de la ficha técnica:

(Se extracta –en parte– la ficha técnica del producto de su competidora en cuanto a su duración)

2.9.- Criterio CT11- Acondicionamiento primario y secundario con código QR o DataMatrix para facilitar la trazabilidad electrónica) (Trazabilidad en la reposición Kardex/pixis o en administración)

En este criterio el órgano nos valora con 2 puntos el lote 1 posición 46 en base a que sólo valora el acondicionamiento primario y especifica que ha visto el QR en la fotografía pero no es valorable.

“Únicamente en acondicionamiento primario contiene QR y en acondicionamiento SECUNDARIO VISTO EN FOTOGRAFIA Y POR TANTO NO VALORABLE”

El primer error en este criterio es el mismo que hemos mencionado en el punto 1, las fotografías eran documento válido y solicitado por el órgano para valorar los criterios, no es correcto que aleguen que la fotografía no es valorable, crea incongruencia con el pliego y en conclusión no se está respetando el mismo.

Se aprecia claramente el código QR en el acondicionamiento secundario en la fotografía:

Por último mencionar que según el art. 77. E) TRLCPS se hace la valoración con las muestras, fotografías y documentación, en nuestro caso todo aportado con la oferta para su valoración.

Artículo 77. Solvencia técnica en los contratos de suministro.

1. En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:



e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante

En base a este argumento nos tendrían que puntuar el lote 1 posición 46 tienen en el envase primario como en la caja de embalaje el QR y cumpliendo así el requisito solicitamos se nos otorgue los 4 puntos.

Este mismo Art. 77. E) TRLCPS nos da el fundamento legal conjuntamente con los pliegos que todos los criterios requeridos en los pliegos tendrían que valorarse con las muestras, fotografías y documentación aportada, y así confirma el pliego técnico en su apartado 3».

Concluye la actora invocando diversa doctrina administrativa –de órganos consultivos y encargados de la resolución de recursos contractuales–, así como jurisdiccional.

Por su parte, el órgano de contratación se opone al recurso rebatiendo cada uno de los argumentos y por el mismo orden en los siguientes términos:

«(...) se recurre el Criterio ATD1 (Aspectos técnicos diferenciales): Diferenciación visual adecuada en el acondicionamiento primario y secundario de un mismo principio activo con varias dosificaciones a los que se presente un mismo proveedor para disminuir la posibilidad de error entre las diferentes dosificaciones.

Analizada la petición de modificación de la valoración de este criterio para la posición 46, se advierte que efectivamente la oferta de la recurrente se circunscribe a una sola presentación. No obstante, hay que señalar que sólo hay una dosificación para todos los proveedores, por lo que la puntuación obtenida en este apartado no afecta a la puntuación final, puesto que han sido todos los proveedores valorados con 0 puntos.

En segundo lugar, se recurre el criterio ATD 2: El acondicionamiento secundario debe ser suficientemente robusto para impedir rotura de la medicación contenida en su interior y permitir su correcto transporte y almacenamiento.



B. Braun indica que se ha valorado con 0 puntos y se debía haber valorado con 2 puntos porque aportan fotografías que permiten visualizar que el embalaje es robusto para impedir las roturas de la medicación contenida en su interior y permitir su correcto transporte y almacenamiento y que, en el caso, de que el órgano de contratación apreciase que no eran suficientes las muestras enviadas, se podían haber reclamado las cajas de embalaje.

Analizada la petición de modificación de la valoración de este criterio hay que señalar que la robustez del acondicionamiento secundario no se puede valorar mediante fotografía y, por tanto, para la valoración de dicho criterio hubiera sido necesario haber aportado la muestra del acondicionamiento secundario, tal y como alega el recurrente que aparece en el apartado 4 del PPT, relativo a las “MUESTRAS”.

En tercer lugar, recurre el criterio ATD3: Protección de las dosis unitarias frente a roturas (separadores de FF o acondicionamiento individualizado).

B. Braun indica que su envase es de plástico, con lo cual es irrompible. Expone que el propio acondicionamiento primario da la máxima protección frente a roturas y que con las muestras se puede apreciar con plena claridad. Por tanto, consideran que en este criterio se les tiene que puntuar con un 2 en vez de con 0 puntos.

Analizada la petición de modificación de la valoración de este criterio hay que indicar que el criterio ATD3 es un criterio de valoración subjetiva para valorar la forma de protección que ofrece el acondicionamiento secundario sobre el primario y no el material que compone el acondicionamiento primario, circunstancia ésta que se valora en el criterio técnico CT6 “Se priorizará FF vial frente a ampolla y como material del acondicionamiento primario, plástico vs vidrio”.

En este caso y a pesar de tratarse de un envase de plástico, el cual se supone que no se romperá al caer, podrá eso sí rasgarse con más facilidad frente a las presentaciones con separadores o acondicionamiento individualizado, que es lo que se valora positivamente en este criterio.



En cuarto lugar, se recurre el Criterio SM2 (Seguridad en la manipulación): Se deberá aportar un informe del Director Técnico del Laboratorio. Se valorará el contenido sobre las medidas de precaución al almacenar y manipular por los profesionales sanitarios e identificación de grupos de especial riesgo como el embarazo, lactancia, etc...

B. Braun indica que se la ha valorado con 0,5 puntos y se debía haber valorado con 1 punto porque se aportó certificado que te remitía a la ficha técnica para las consultas de medidas de precaución y seguridad para almacenar y manipular estos medicamentos por los profesionales sanitarios e identificación de grupos especiales de riesgo.

A este respecto hay que señalar que no se asigna la puntuación máxima ya que la información contenida en ficha técnica se refiere a las medidas de precaución y seguridad al almacenar y al manipular por los profesionales sanitarios, pero no refiere nada sobre medidas de manipulación en profesionales pertenecientes a grupos de riesgo (embarazadas, en periodo de lactancia...etc.).

Recurre asimismo el criterio CT2 (Resto características técnicas): En caso de medicamentos fotosensibles, el proveedor deberá declararlo en la información aportada e indicarlo en el acondicionamiento secundario.

A este respecto hay que señalar que en la redacción de los criterios de ponderación no se consideró que el mismo principio activo pudiera ser fotosensible o no según el proveedor. En el presente caso y por tratarse de un criterio a aplicar en caso de medicamentos fotosensibles, se consideró por parte del Servicio de Farmacia que no correspondía ser valorado.

En sexto lugar, recurre el criterio CT3. En caso de declaración de foto sensibilidad, que el acondicionamiento individual de cada forma farmacéutica, dará protección contra la luz.

En este caso sucede idéntica situación que en el criterio anterior.

Recurre también la puntuación otorgada en el criterio CT10. Que presente datos de estabilidad descritos en ficha técnica en condiciones de uso



habituales (distintas concentraciones, volúmenes, diluyentes...etc) y además se valorará positivamente mayores tiempos de estabilidad.

Analizada la petición de modificación de la valoración de este criterio, hay que señalar que la puntuación asignada se ha otorgado según los tiempos de estabilidad del envase comercializado una vez abierto y no a la mayor o menor caducidad del medicamento sin manipular, por lo que no existe discrepancia entre los datos aportados por los licitadores y la puntuación asignada.

Por otra parte, de ningún punto de la descripción del criterio se deduce que éste deba interpretarse tal y como lo hace la recurrente –en términos de caducidad– y no tal y como lo hace el Servicio de Farmacia.

Por último, se recurre el criterio CT11: Acondicionamiento primario y secundario con código QR o DataMatrix para facilitar la trazabilidad electrónica (trazabilidad en la reposición kardex/pixis o en administración).

En este caso y tras una nueva revisión de la fotografía del acondicionamiento secundario presentado por el recurrente, se observa que sí aparece el código QR, por lo que parece oportuno modificar la puntuación en este apartado, pasando de 2 a 4 puntos».

Y pese a esto último, habida cuenta de su nula incidencia en la clasificación de las ofertas pues la oferta de la adjudicataria estaría en la misma situación, postula el órgano de contratación –tras invocar igualmente doctrina de órganos encargados de la resolución de recursos contractuales– el rechazo del recurso, en virtud del principio de `discrecionalidad técnica´.

La alegante, a su vez, relata y va rebatiendo –una a una– todas las aseveraciones que plantea la recurrente sobre la minusvaloración que –a juicio de ésta– ha sufrido su oferta, bien coincidiendo con la tesis del órgano de contratación, bien con la de la actora pero en este caso sin consecuencias en la práctica, pues se trataría de supuestos en que incurre asimismo la proposición ganadora con lo que el efecto sería inocuo. En la única cuestión que discrepa es en la codificación QR o Datamatrix, ya que considera que la ponderación impugnada es correcta en ese aspecto.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En cuanto a la regulación contenida en el PCAP, su Anexo XI aborda los criterios sujetos a evaluación previa; la actora impugna la aplicación que por el órgano de contratación se ha dado a los siguientes:

«(...)

Nº	DESCRIPCIÓN CRITERIO		PONDERACIÓN
1	CALIDAD, EFICACIA Y SEGURIDAD LOTE 1		
	1.1. Aspectos técnicos diferenciales		9
	<i>Diferenciación VISUAL adecuada en el acondicionamiento primario y secundario de un mismo principio activo con varias dosificaciones a los que se presente un mismo proveedor para disminuir la posibilidad de error entre las diferentes dosificaciones.</i>	0-4 PUNTOS	
	<i>El acondicionamiento secundario debe ser suficientemente robusto para impedir rotura de la medicación contenida en su interior y permitir su correcto transporte y almacenamiento.</i>	0-1 PUNTOS	
	<i>Protección de las dosis unitarias frente a roturas (separadores de FF o acondicionamientos individualizado)</i>	0-2 PUNTOS	
	(...)	(...)	
	1.2. Seguridad en la manipulación		3
	(...)	(...)	
	<i>Se deberá aportar un informe del director Técnico de laboratorio, se valorará el contenido sobre las medidas de precaución y seguridad al almacenar y manipular por los profesionales sanitarios e identificación de grupos de especial riesgo como el embarazo, lactancias, etc...</i>	0-1 PUNTOS	
2	RESTO CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS		31
	(...)	(...)	
	<i>En caso de medicamentos fotosensibles, el proveedor deberá declararlo en la información aportada e indicarlo en el acondicionamiento secundario.</i>	0-2 PUNTOS	
	<i>En caso de declaración de foto sensibilidad, que el acondicionamiento individual de cada forma farmacéutica, dará protección contra la luz.</i>	0-2 PUNTOS	
	(...)	(...)	
	<i>Que presente datos de estabilidad descritos en ficha técnica en condiciones de uso habituales (distintas concentraciones, volúmenes, diluyentes...) y además se valorará positivamente mayores tiempos de estabilidad.</i>	0-2 PUNTOS	
	<i>Acondicionamiento primario y secundario con código QR o DataMatrix para facilitar la trazabilidad electrónica (trazabilidad en la reposición kardex/pixis o en administración).</i>	0-4 PUNTOS	
	TOTAL CRITERIOS LOTE 1		43

(...)



MUESTRAS

Deberán presentarse muestras en cantidad suficiente para permitir la evaluación de todos los criterios de valoración, siendo imprescindible al menos 1 envase de muestra por cada una de las presentaciones ofertadas por el licitador (por cada dosis, concentración y/o volumen se requerirá la entrega de una). La no adecuación de la muestra al Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) o no presentación, será en su caso motivo de exclusión, de la empresa licitadora en esa partida.

El plazo de entrega de muestras coincidirá en el plazo de presentación de ofertas y serán entregadas en el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Miguel Servet, a la atención de (...)».

Corresponde –en fin– reproducir ahora los apartados 3º y 4º del PPT; dicen así:

«3.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR EL LICITADOR SOBRE 2:

La documentación deberá presentarse, ordenada, encuadernada, con índice temático y en idioma castellano.

La documentación mínima a presentar por el licitador, es la siguiente:

Autorización de comercialización y Autorización de inclusión en la Financiación Pública, objeto de contratación, del medicamento por parte del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad-AEMPS. Su no presentación será motivo de exclusión.

Relación de los productos ofertados, con la descripción técnica de los mismos (anexos de oferta técnica debidamente cumplimentada).

Toda la información técnica que posibilite al órgano de contratación, la valoración de su oferta según los criterios de adjudicación que rigen esta contratación. Para ello, deberá figurar en la documentación aportada el número del criterio que figura en el Pliego de Cláusulas Administrativas al que corresponde la información facilitada.

(...)

4.- MUESTRAS

Deberán presentarse muestras en cantidad suficiente para permitir la evaluación de todos los criterios de valoración, siendo imprescindible al menos 1 envase de muestra por cada una de las presentaciones ofertadas por el



licitador (por cada dosis, concentración y/o volumen se requerirá la entrega de una).

La no adecuación de la muestra al Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) o no presentación, será en su caso motivo de exclusión, de la empresa licitadora en esa partida.

El plazo de entrega de muestras coincidirá en el plazo de presentación de ofertas y serán entregadas en el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Miguel Servet, a la atención de (...)».

Pues bien, el punto de partida en esta cuestión es la consideración del contenido de los Pliegos como *lex contractus*, que vincula tanto a la entidad licitante como a los licitadores, y ello implica que lo regulado en ellos constituye los parámetros a cuyo través las ofertas de cada licitador van a mensurarse de cara a su clasificación. Así las cosas, el órgano de contratación ha de estar al procedimiento por él mismo establecido para la selección de la mejor oferta, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el conjunto de las ofertas de los licitadores de acuerdo con los Pliegos.

Cabe, en este punto, matizar o precisar que –a diferencia de lo que sostiene la actora–, de conformidad con el apartado 4º del PPT sí era preciso acompañar a la proposición muestras para cada lote y posición, así como del acondicionamiento primario y, en su caso, secundario (‘presentaciones’ las denomina dicho pliego); tal es así que tal regla se contiene tanto en el PCAP como en el PPT transcritos, todo ello al objeto de su valoración y tipificando el mismo como causa de exclusión su falta de aportación.

En el presente supuesto, y pese a estar habilitado para ello ante esa omisión, el órgano de contratación optó por no puntuar aquellas posiciones que no venían respaldadas con la correspondiente muestra del acondicionamiento o acondicionamientos, en vez de excluir a la recurrente, por lo que ya caen de suyo todos aquellos aspectos en que se ha producido esta situación, según se



desprende de la lectura del informe técnico de evaluación de las proposiciones pues, al traer el recurso causa del mismo, y que la Mesa de contratación asumió y en el que el órgano de contratación se ratifica en su informe emitido con ocasión del presente recurso, corresponde reproducir dicho informe técnico –en lo concerniente a los aspectos ponderados en la oferta de la recurrente–:

«(...)

LOTE 1

POSICIÓN 46

MATERIAL H12655

DESCRIPCIÓN MATERIAL: METRONIDAZOL 500 MG/VIAL

LICITADOR: B BRAUN MEDICAL, SA

CÓDIGO NACIONAL: 643494

DOSIS: 500 MG

PRESENTACIÓN (MG/COMP): 100 ML

VIA ADMINISTRACIÓN: INTRAVENOSA

TOTAL CRITERIOS SUBJETIVOS: 22,5

COMENTARIOS:

ATD1 NO APLICA por única dosificación del mismo proveedor.

ATD2: NO ES VALORABLE YA QUE NO SE APORTA acondicionamiento secundario.

ATD3: NO ES VALORABLE YA QUE NO SE APORTA acondicionamiento secundario.

ATD4: muestra de dimensiones mayores respecto al tamaño de otras muestras.

SM1: NO ES APLICA ya que es Ecoflac(R) y no tiene tapón protector (solo romper punto perfusion twist-off) y atravesar la membrana con el trocar del equipo de administración de soluciones

SM2: se aporta de declaración firmado por el director técnico sobre medidas de precaución y seguridad para almacenar y manipular por los profesionales sanitarios PERO NO en población de riesgo.

CT1 Contiene cloruro de sodio como EDO.

CT2: Declara que metronidazol NO es un principio activo fotosensible. EN FT se indica conservar en su envase original protegido de la luz. No se indica en acondicionamiento primario y el secundario no se aporta.

CT3: Declara que metronidazol NO es un principio activo fotosensible. EN FT se indica conservar en su envase original protegido de la luz. El acondicionamiento primario no viene fotoprotegido.

CT4: FF esta lista para su administración

CT5: FF que NO requiere reconstitución.

CT6: el acondicionamiento primario es ecoflac para perfusión de plástico.

CT7: el acondicionamiento primario contiene una etiqueta adhesiva.

CT8: el acondicionamiento primario contiene una etiqueta adhesiva con fondo blanco.

CT9: en el acondicionamiento primario se expresa tanto la cantidad total de principio activo por volumen total del envase como la concentración.

CT10: se describe en FT.

CT11: presenta código DataMatrix en acondicionamiento primario (muestra) y en acondicionamiento secundario visto en fotografía y POR TANTO NO VALORABLE».



Así las cosas, por mor de que la puntuación otorgada se produjo a partir del informe recién extractado, hay que recordar tal y como ha sostenido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en distintas Resoluciones como la 822/2018, de 24 de septiembre, en un criterio que este Tribunal comparte, en cuanto a que: *«con carácter general, que la motivación de los actos administrativos no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, y con que su extensión sea de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo»*.

De la lectura del meritado informe de evaluación de las proposiciones respecto de los criterios sujetos a juicio de valor, se desprende que en él se contienen suficientemente explicitadas las razones que llevan una puntuación distinta a cada oferta, incluida la de la recurrente sin que ésta, por su parte, al suscitar una cuestión de índole técnica haya ofrecido a este Tribunal argumentos –más allá de una exposición, parcial e interesada, de su proposición o de remisiones genéricas a las fichas técnicas de los productos cuando lo relevante, y exigible por mor de los pliegos (aceptados por la recurrente al presentar oferta), para su ponderación era la aportación de muestras, según se ha reseñado– que le permitan concluir que el órgano de contratación ha actuado de modo arbitrario o discriminatorio, cuyo criterio –por cierto– goza de presunción de acierto la cual, cabe adelantar, no se ha desvirtuado en el supuesto aquí analizado.

Y ello porque, conforme a la doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 11 de febrero, 15/2017, de 20 de febrero, 22/2018, de 20 de abril, y las Resoluciones del TACRC 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de 2 de octubre, 313/2017, de 31



de marzo), con arreglo a la cual la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y dichos órganos encargados de la resolución de recursos contractuales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Pues, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada *discrecionalidad técnica* de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999). Criterio, por cierto, que ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue objeto de impugnación –precisamente– otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

En este sentido ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en el Acuerdo 56/2018, de 6 de julio, que vuelve a asumirse en su posterior Acuerdo 63/2018, de 26 de julio, en el cual –participando del criterio del TACRC puesto de manifiesto en su Resolución 313/2017, de 31 de marzo– se afirma que: *«Procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al*



efectuarla. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016, de 1 de julio, ya razonábamos que la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor. (...) Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal... Asimismo, dicha resolución señaló que “lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica (..)

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias».

Sentado lo anterior, las discrepancias técnicas de la mercantil recurrente –tras cohonestarse con lo manifestado por el órgano de contratación en su informe al recurso–, tal y como se viene reseñando, no llegan a desvirtuar la presunción de acierto de que gozan el informe técnico de valoración de los criterios contenidos en el Sobre “Dos” así como el informe del órgano de contratación con motivo del presente recurso, sin que se haya logrado evidenciar la



existencia de error, arbitrariedad o discriminación por su parte; mención aparte del criterio correspondiente al `Acondicionamiento primario y secundario con código QR o DataMatrix para facilitar la trazabilidad electrónica (trazabilidad la reposición kardex/pixis o en administración)`, por cuanto a continuación se expone.

En efecto, para el citado aspecto el órgano de contratación sugiere que debería acogerse la pretensión de la recurrente por cuanto resulta que –tras revisar, a resultas del presente recurso, la fotografía contenida en su oferta respecto al acondicionamiento secundario– concluye que tanto éste como el acondicionamiento primario cuentan con dicho código QR, por lo que considera que los puntos a otorgar –por mor del meritado criterio– habrían de ser 4 en lugar de 2 (los efectivamente otorgados). Pues bien, tal argumento no es conforme a Derecho porque ello supondría contravenir los pliegos: primero, a causa de que este Tribunal entiende que no es posible conforme a su tenor tener en consideración las fotografías –que no las muestras– que la actora introdujo en su oferta de cara a su ponderación, y ello so pretexto del artículo 77.1.e) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, disposición citada por aquélla pero que ya no está en vigor, y que en la actualidad se corresponde con el artículo 89.1.e) de la vigente LCSP pues, este precepto se refiere a la fase de solvencia o de admisión de licitadores mas no a la de valoración de ofertas, dado que –tal y como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de julio de 2006 (rec. casación nº 410/2004)–: *«(...) si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en*



materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)».

De tal manera que, en segundo lugar, para ponderar ese aspecto también controvertido, era presupuesto necesario la aportación de su correspondiente muestra, tanto del acondicionamiento primario como secundario, con carácter cumulativo, al exigirlo asimismo el PCAP, puesto en relación con el PPT. Y ello no debiera escapársele a todo licitador razonablemente informado y normalmente diligente; y si aún así la recurrente albergaba dudas del modo en que había de confeccionar su oferta, tendría que haber hecho uso de la posibilidad del artículo 138.3 de la LCSP. Al declinar esta opción, cabe concluir que ninguna duda mostraba al respecto, por lo que ahora tiene que asumir las consecuencias derivadas de tal conducta. Por consiguiente, al no haberse aportado muestra del acondicionamiento secundario –sino únicamente fotografía– los puntos a otorgar para el citado aspecto de valoración debieran haber sido 0, en vez de los otorgados (2) y de los que ahora postula el órgano de contratación (4); ahora bien, dicha puntuación no puede ser modificada a la baja por este Tribunal por mor del principio de prohibición de la *reformatio in peus*, consignado –en lo aquí concierne– en el artículo 119.2 de la LPAC. En consecuencia, aquélla ha de permanecer inalterada debiendo estar en este punto a la tesis de la mercantil alegante, que no a la del órgano de contratación ni a la de la parte actora.

En suma, cuanto se aduce por dicha parte en su escrito de recurso no constituye prueba suficiente que logre desvirtuar la presunción de acierto de que goza el criterio de dicho órgano, de ahí que deba adverbarse su actuación en cuya virtud su oferta fue valorada de esa manera, y es que, como bien sintetiza el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 25/2019, de 31 de enero: *«(e)n definitiva, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el*



análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración». Y tal margen es el que, en conclusión, ha operado en el supuesto planteado sin que haya llegado a rebasarse o extralimitarse o, lo que es lo mismo, sin que se aprecie arbitrariedad por parte del órgano de contratación.

En consecuencia, se considera ajustada a la legalidad la actuación efectuada por el órgano de contratación procediendo, por tanto, rechazar este motivo invocado por la recurrente y, con ello, el recurso.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil “B. BRAUN MEDICAL, S.A.” frente a la adjudicación del contrato denominado «Medicamentos antibióticos y antifúngicos de gran consumo para el Hospital Universitario "Miguel Servet" de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL, P.S.

EL SECRETARIO,

Paula Bardavío Domínguez.

Sergio J. Ibarz Bosqued.