

**RECURSO 27/2021
RESOLUCIÓN 29/2021**

Resolución 29/2021, de 25 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Glaxosmithkline S.A. contra el clausulado del Protocolo derivado del expediente 65/2021 relativo a la contratación derivada de la prórroga del Acuerdo Marco de vacunas de calendario y otras (Nº 201604AM0001) para la contratación del suministro de vacunas de calendario y otras para 2021, convocados por la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León-Lote 4.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- El 28 de septiembre de 2016 se firma el Acuerdo que vincula a la Comunidad Autónoma de Castilla y León con el entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, ahora Ministerio de Sanidad, para fijar las condiciones del suministro de vacunas de calendario y otras. Dicho Acuerdo se rige por el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas calendario y otras.

El 28 de marzo de 2017 se suscribe el contrato del lote 4 del Acuerdo. El 12 de diciembre de 2019 se formaliza la prórroga para el lote 4 del Acuerdo Marco para el periodo comprendido entre el 28 de marzo de 2020 al 27 de marzo de 2021.

Segundo.- El 30 de octubre de 2020 la Jefa de Servicio de Epidemiología elabora el Protocolo de condiciones para el contrato derivado del Acuerdo Marco para el suministro de vacunas de calendario y otras en la Comunidad de Castilla y León (lotes 1, 4, 10, 13 y 15).

Tercero.- Mediante Orden de la Consejera de Sanidad de 6 de noviembre se acuerda iniciar el procedimiento de contratación anteriormente referido con un gasto máximo de 1.500.283 euros (IVA excluido)

correspondiendo al Lote 4, vacuna dTpa, un precio de licitación de 284.050 euros (IVA excluido) para el año 2021, siendo el valor estimado para el lote 4 de 36.254.482,55 euros (IVA excluido).

Cuarto.- Por Resolución del Secretario General de Sanidad de 18 de noviembre se aprueba el expediente de contratación, el gasto y la apertura del procedimiento de adjudicación.

El 19 de noviembre el Servicio de Contratación remite invitación para la presentación de proposiciones al lote 4 a las siguientes empresas: Glaxosmithkline, S.A. y Sanofi Aventis, S.A., que confirman la recepción de dicha invitación ese mismo día.

Quinto.- Las empresas Sanofi Aventis S.A. y Glaxosmithkline, S.A., han presentado oferta para licitar el lote 4, cuya documentación ha tenido entrada en el registro de la Consejería de Sanidad los días 27 y 30 de noviembre respectivamente.

Sexto.- El 27 de noviembre empresa Glaxosmithkline, S.A. anuncia ante el órgano de contratación la interposición del recurso especial en materia de contratación contra los lotes 1 y 4 del Protocolo por el que se rige el contrato derivado del Acuerdo Marco para el suministro de vacunas de calendario y otras en la Comunidad de Castilla y León al considerarlo lesivo para sus derechos.

En esa misma fecha tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. yyyy, en nombre y representación de Glaxosmithkline, S.A., contra el clausulado del Protocolo referente al lote 4.

Fundamenta el recurso en la falta de justificación, por ausencia de base científica, de la ponderación de la puntuación del criterio de adjudicación contenido en el apartado B.1 del Protocolo en relación con la composición antigénica de las vacunas dTpa, pues considera que el hecho de que una vacuna tenga más antígenos no ha demostrado mayor eficacia ni inmunogenicidad que otra que tenga menos. Asimismo señala que en

Protocolos anteriores no se valoraba este criterio, precisamente porque las vacunas dTpa autorizadas en España (Boostrix®, con tres antígenos, y Triaxis®, con cinco antígenos) presentan eficacia equivalente en la protección frente a la tosferina. Por ello manifiesta una falta de proporcionalidad en la ponderación y una falta de razonabilidad al valorar una vacuna contra la tosferina con 4 componentes antigénicos de Bordetella pertussis que no existe en el mercado, lo que provoca un salto desproporcionado en la puntuación de las vacunas que sí existen en el mercado (la que incluye 3 antígenos es puntuada con 5 puntos y la que incluye 5 antígenos lo es con el cuádruple de puntuación, esto es con 20 puntos). Por todo lo expuesto considera que el criterio de adjudicación que se impugna no ha sido justificado, por lo que resulta arbitrario y contrario a derecho. Solicita la suspensión del procedimiento de contratación.

Adjunta copias de la escritura de poder, del Protocolo que rige el expediente de contratación 65/2021, del anuncio de interposición del recurso enviado al órgano de contratación, del extracto de referencias científicas, del Protocolo de los expedientes anteriores de adquisición de vacuna dTpa y de la ficha técnica de Boostrix® y Triaxis®

Séptimo.- Recibidos en este Tribunal el expediente, la dirección de correo electrónico de todas las empresas licitadoras interesadas y el informe del órgano de contratación, que se opone al recurso interpuesto remitiéndose en cuanto al fondo del asunto al informe emitido por la Jefa de Servicio de Epidemiología que aporta como anexo, se admite a trámite el recurso especial al que se le asigna el número de referencia 27/2021.

Octavo- El 16 de febrero de 2021 se concede trámite de audiencia a los interesados. Durante el plazo concedido no se formulan alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- De conformidad con lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León resolver los recursos especiales en materia de contratación que se

interpongan frente a los contratos y los actos que sean susceptibles de impugnación por esta vía especial.

La competencia de este Tribunal viene determinada también por el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Glaxosmithkline S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

3º.- El análisis de los requisitos de admisión del recurso permite concluir que de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 b) y 2 a) de la LCSP se ha interpuesto contra un acto recurrible: el contenido del Protocolo de condiciones para el contrato derivado del Acuerdo Marco para el suministro de vacunas de calendario y otras en la Comunidad de Castilla y León, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1b) de la LCSP que establece quince días hábiles a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los documentos contractuales, dado que el envío de la notificación del Protocolo recurrido tiene lugar el 19 de noviembre de 2020 y el recurso se interpone el 27 de noviembre.

4º.- En cuanto al fondo del asunto, la empresa recurrente impugna el criterio de adjudicación establecido para el lote 4 (vacuna dTpa) en el apartado B1 del Protocolo que se refiere a las características de la vacuna y, dentro de estas, a la composición de la vacuna, con una puntuación de hasta 20 puntos.

El criterio referido establece: "B1. Características de la vacuna: composición: Por ser la única enfermedad en la que la composición es diversa, a las ofertas de productos con 3 o más antígenos de Bordetella pertussis hasta 20 puntos. Documentación: ficha técnica.

»•5 antígenos: 20 puntos.

»•4 antígenos: 10 puntos.

»•3 antígenos: 5 puntos.

»•2 antígenos: 0 puntos”.

A) La recurrente considera que la valoración establecida por el órgano de contratación para dicho criterio de adjudicación no responde a una valoración conforme a la evidencia científica.

Los criterios de adjudicación tienen por finalidad determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora y su función es evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato. Los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, y deben respetar los principios de la normativa europea.

En cuanto a que la valoración establecida no responde a una evidencia científica es una cuestión de carácter técnico, lo que supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. El análisis del asunto que se somete a su consideración debe quedar circunscrito a los aspectos formales de la valoración, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios (en consonancia con los artículos 1 y 123 de la LCSP) o que no se haya incurrido en error material.

La recurrente manifiesta que no hay evidencia científica que ponga de manifiesto la mayor eficacia de las vacunas según el número de antígenos que las compongan por lo que la valoración otorgada en el Protocolo a ese criterio de adjudicación no resulta adecuada.

Al respecto y de acuerdo con la doctrina consolidada de la discrecionalidad técnica, hay que remitirse a lo señalado en el informe del Servicio de Epidemiología, al que se remite el informe del órgano de contratación emitido con ocasión del recurso interpuesto.

En el citado informe se hace constar que "En cuanto al criterio de valoración recurrido 'características de la vacunación composición (nº de antígenos de Bordetella pertussis frente a tosferina)', en el recurso se sostiene que, conforme a la evidencia científica, existen dos niveles de protección en la vacuna dTpa frente a la tosferina:

»(i) las vacunas que contienen 1 o 2 antígenos (de eficacia menor) y,

»(ii) las vacunas que contienen 3 o más antígenos (de eficacia mayor).

»En este sentido, se citan diversas fuentes científicas que determinan que las vacunas de 3 o más antígenos tienen mayor eficacia que las vacunas de 1 o 2 antígenos.

»A partir de esta consideración, los argumentos utilizados en el recurso se hacen sobre la asunción de que las vacunas con 3 o más antígenos tienen el mismo nivel de protección entre sí, es decir, que no habría diferencia entre las vacunas con 3, 4, 5 o más antígenos.

»Sin embargo, tal asunción es errónea: el hecho de que las vacunas frente a tosferina con 3 o más antígenos sean más eficaces que las que contienen 1 o 2 no permite concluir que todas las vacunas con 3 o más antígenos sean iguales entre sí. No existe evidencia científica que avale la igualdad de eficacia y protección entre las vacunas con 3 antígenos y las vacunas con 5 antígenos, ni que sostenga que, mayor número de antígenos no signifique mayor protección.

»Por el contrario, sí se dispone de evidencia científica que permite considerar que existe correlación entre la presencia de anticuerpos frente a los antígenos adicionales (FIM 2 y 3) y una mayor eficacia clínica de la vacuna y, por tanto, sí está justificado el criterio de adjudicación que establece un mínimo de antígenos en la composición de la vacuna, así como la valoración proporcional en función del número concreto de antígenos en su composición. Los datos concretos de esta evidencia científica se encuentran recogidos en

diferentes referencias bibliográficas (Obando-Pacheco 2019, Carvalho et al 2019, Esposito S. et al 2019, Dewan KK. et al, 2020)”.

Como ha señalado este Tribunal en otras ocasiones, 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 y con base en la doctrina expuesta, el órgano de contratación no incurre en una contradicción por el mero hecho de alterar la valoración del criterio con respecto a años anteriores en los que se utilizó una valoración positiva de las vacunas con 3 o más antígenos de Bordetella pertussis (sin distinción en función del número concreto de antígenos adicionales) pues el órgano de contratación puede determinar en cada contratación los criterios específicos que estima adecuados para valorar y ponderar los criterios de adjudicación en cada caso y es del todo razonable que estos criterios (o su ponderación) puedan variar a lo largo del tiempo, como también lo hace la evidencia científica que respalda tales criterios.

B) Al considerar el recurrente que el número de antígenos que componen la vacuna no es determinante para generar mayor protección manifiesta que no es adecuado establecer un criterio proporcional de valoración en función de los antígenos. Asimismo manifiesta que la vacuna Boostrix® comercializada por ella tiene en su ficha técnica datos de eficacia vacunal, pues el tercer antígeno que la compone es la pertactina, que es una proteína de la membrana externa de la bacteria Bordetella pertussis causante de la tosferina cuyos anticuerpos se han mostrado eficaces en la protección frente a la tosferina.

Al respecto hay que señalar que la composición de la vacuna y la mayor eficacia en proporción al número de antígenos es una cuestión técnica, cuya base científica ha sido expuesta en el informe del Servicio de Epidemiología, por lo que resulta adecuado distribuir la puntuación en función del número de antígenos que componen la vacuna tal y como realiza el criterio de valoración del Protocolo impugnado.

Además, como ya se ha señalado, en función de la consecución del objeto del contrato el órgano de contratación puede considerar qué criterio de adjudicación es aplicable o especialmente relevante para la adjudicación, por lo que resulta lógico y razonable que la ponderación de los criterios atienda a la lógica de las distintas cualidades o características propias del objeto del contrato en cada lote.

Todo ello en el bien entendido de que, como refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (Rec. 2504/2015) "la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados".

El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en su Resolución 18/2018, de 14 de febrero, ya resolvió sobre esta cuestión: de ella se desprende que es conforme a la legalidad que el órgano de contratación, dentro de su capacidad discrecional, determine la composición de la vacuna como un criterio de valoración y que otorgue una ponderación proporcionada en función del número de componentes antigénicos en consideración a su mayor eficacia preventiva.

Por lo tanto, la ponderación no resulta arbitraria ni injustificada, ya que se basa en una decisión discrecional razonable y proporcionada, teniendo en cuenta la composición de las vacunas y la evidencia científica disponible.

A mayor abundamiento cabe señalar que se han incluido otros criterios técnicos, además de la composición, como la presentación que facilite la aplicación de la vacuna (15 puntos), la presentación que facilite el almacenamiento (10 puntos), la caducidad (10 puntos) y la termoestabilidad (10 puntos).

En cuanto a la ficha técnica de la vacuna que comercializa la recurrente, al margen de la existencia de datos de inmunogenicidad en la ficha técnica,

hay que advertir que la inmunogenicidad no es un criterio de adjudicación establecido en el Protocolo de la licitación derivada del Acuerdo Marco.

C) Sobre la no razonabilidad de la ponderación de la puntuación relativo a la composición de la vacuna, al valorar una vacuna dTpa con 4 componentes antigénicos de Bordetella pertussis que no existe en el mercado el informe del servicio de epidemiología señala:

“Sin embargo, la consideración de una composición de 4 antígenos no contraviene la legalidad y responde meramente al interés del órgano de contratación de establecer una proporcionalidad lineal que respete, en la medida de lo posible, la misma proporción de puntos por cada antígeno adicional (esto es, desde el mínimo de 2 exigido hasta el máximo de 5 que actualmente tienen las vacunas disponibles en el mercado).

»(...) el órgano de contratación lejos de querer establecer una ponderación carente de sentido (como se alega en el recurso), lo que ha pretendido es precisamente lo contrario: corregir la ponderación de la puntuación con ánimo de hacerla más proporcional, lineal y progresiva frente al criterio seguido en anteriores licitaciones, cuya proporcionalidad podría llegar a ser discutible”.

Además, cabe hacer referencia al artículo 126.6 de la LCSP, conforme al cual, salvo que lo justifique el objeto del contrato, no cabe que las prescripciones técnicas hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto “que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos”.

D) Por último, la justificación del criterio impugnado se encuentra en el PCAP del Acuerdo Marco que rigen la contratación.

La cláusula 4.2, “Procedimiento de Contratación”, establece en su apartado 4.2.1: “La adjudicación de los contratos derivados se efectuará por los órganos competentes de las Comunidades o Ciudades Autónomas convocando a las partes a una nueva licitación, con arreglo al procedimiento

descrito en el artículo 198.4 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, de acuerdo con las siguientes prescripciones:

»a) (...).

»b) Para dar cumplimiento al apartado anterior se elaborará un sencillo protocolo en el que se recogerán además del presupuesto máximo del contrato los criterios de adjudicación para cada lote, los plazos y lugar de entrega y todas aquellas condiciones que se consideran necesarias, cumpliendo en todo caso lo estipulado en los Pelegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el acuerdo marco.

»c) En los criterios de adjudicación se contemplará siempre el precio y será el establecido en el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco. Adicionalmente, podrán tenerse en cuenta los criterios previstos en el ANEXO VI, eligiendo uno o varios de dichos criterios, cuya ponderación será la que considere cada órgano de contratación”.

El Anexo VI del PCAP del Acuerdo Marco de Vacunas establece cuáles son los criterios de adjudicación adicionales al precio que puede valorar la Administración para la posterior adjudicación de los contratos. Entre otros, se determina como posible criterio de adjudicación de la contratación derivada del Acuerdo Marco de Vacunas, la composición de la vacuna. El apartado 1.6 refiere como criterio de adjudicación las características de la vacuna (composición de la vacuna. Número de antígenos en la composición de las ofertas presentadas).

Por tanto, en este caso concreto, la decisión y determinación por parte del órgano de contratación del criterio objeto de recurso ha sido debidamente reflejada en el PCAP, por lo que la actuación de la Administración se ha ajustado al marco legal establecido para la valoración de las ofertas.

Por su parte, el artículo 145.5 de la LCSP (antes artículo 150.2 del TRLCSP), relativo a los criterios de valoración de las proposiciones, establece que “Los criterios a que se refiere el apartado 1 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: (...)"

Conforme a lo expuesto, la LCSP no exige que la justificación de los criterios de adjudicación de los contratos deba contenerse en una memoria previa, a diferencia de lo que sostiene la recurrente.

Por todo ello, cabe concluir que la determinación de las especificaciones debatidas se encuentra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica que exclusivamente compete al órgano de contratación, a fin de dar cumplimiento de manera satisfactoria el objeto del contrato, sin que a juicio de este Tribunal el recurrente haya logrado demostrar que estas resultan irrazonables y desproporcionadas, por lo que cabe desestimar el recurso.

En su virtud al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Glaxosmithkline S.A. contra el clausulado del Protocolo derivado del expediente 65/2021 relativo a la contratación derivada de la prórroga del Acuerdo Marco de vacunas de calendario y otras (Nº 201604AM0001) para la contratación del suministro de vacunas de calendario y otras para 2021, convocados por la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León-Lote 4.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses,

a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).