



**Recurso nº 572/2022 C.A. Principado de Asturias 32/2022**

**Resolución nº 693/2022**

**Sección 2ª**

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

En Madrid, a 08 de junio de 2022.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A.A.B., en representación de SANOFI AVENTIS, S.A., contra la convocatoria de contratos para el *“Suministro de vacunas de calendario del Servicio de Salud del Principado de Asturias (lote 15) -Expte. SESPA 2022000147 (CONP/2022/1625)-, basado en el acuerdo marco 202001AM0004 del Ministerio de Sanidad”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Por Resolución de la Secretaria de Estado de Sanidad, de fecha 17 de noviembre de 2021, se adjudicó el acuerdo marco 202001AM0004 para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado y las ciudades de Ceuta y Melilla y varias Comunidades Autónomas, siendo una de ellas Asturias.

Por la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Salud con fecha 3 de marzo de 2022, se propone la necesidad de iniciar los trámites oportunos para la contratación, por procedimiento Basado en el Acuerdo Marco de referencia, respecto del suministro de Vacunas de, entre otros, el lote 15, con destino a los puntos oficiales de vacunación del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante, SESPA), iniciándose por resolución de 10 de marzo el expediente de contratación.

Por resolución de fecha 8 de abril de 2022, se autoriza el gasto, se aprueba el expediente de contratación, el modelo de convocatoria de licitación que ha de regir la contratación del suministro de vacunas de referencia.



El 18 de abril de 2022, fue notificada a través de la plataforma VORTAL la convocatoria a las empresas seleccionadas por el Ministerio –para ese lote, la recurrente, GLAXOSMITHKLINE y PZIFER-.

**Segundo.** Es de reseñar que, interpuesto el recurso el último día del plazo, en concreto el 9 de mayo de 2022, entre tanto las empresas ya han presentado ofertas, incluida la recurrente, pues el plazo fue abierto el 26 de abril, y tales ofertas ya han sido evaluadas por la Comisión de Valoración el 29 de abril, de modo que ha resultado adjudicado el lote el 5 de mayo, antes de la suspensión, resultando adjudicatario del mismo PZIFER por una diferencia superior a los 35 puntos que pone en cuestión la recurrente –entre otros motivos, por la mejora de precio-

**Tercero.** El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) del Acuerdo Marco afirma –el subrayado es nuestro- que *“Constituye el objeto del presente acuerdo marco la selección de suministradores, la fijación de precios máximos y el establecimiento de aquellas bases que regirán los contratos basados de suministros, conforme establecen los artículos 218 a 222 de la LCSP, para la adquisición de vacunas de calendario y otras que se describen en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el ANEXO II del presente Pliego, con destino a los participantes que a continuación se relacionan:”*, entre los que aparece el Principado de Asturias

El anexo IV del PCAP del Acuerdo Marco contiene criterios de adjudicación “que se adecúen a sus necesidades” entre los que enumera. La enumeración contiene entre tales indicadores la inmunogenicidad, por un lado, y las indicaciones de administración por grupos de edad (lactantes, niños, adolescentes, adultos, ancianos) por colectivos específicos (prematuros, embarazadas, inmunodeprimidos, alérgicos al latex o a otras sustancias), entre otros muchos criterios admisibles.

Por su parte, el pliego de prescripciones técnicas particulares (en lo sucesivo, PPT) del Acuerdo marco establece en su apartado 2.1 las características técnicas que debe cumplir el suministro del lote 15: vacuna conjugada frente a meningococo de serogrupos, A, C, Y y W.

Cada dosis de vacuna de 0,5 ml contendrá al menos 5 ng de oligosacáridos o polisacáridos purificados de *Neisseria meningitidis* (meningococo) de los grupos A, C, Y y W conjugados cada uno covalentemente con una proteína transportadora.



**Cuarto.** En el apartado 2 de la Memoria Justificativa de la documentación contractual autonómica se indica que, las necesidades administrativas a satisfacer con la presente contratación del suministro de las dosis de vacunas detalladas es dar cobertura al Calendario de Vacunación Infantil del Principado de Asturias así como al Calendario de Vacunación del adulto y vacunación en situaciones especiales (el subrayado, de nuevo, es nuestro).

El anexo II del documento de licitación fija los criterios de adjudicación y ponderación de los mismos establecidos por el SESPA. Y en lo que se refiere al lote 15, de un total de 100 puntos, 35 se asignan en función del precio ofertado, 20 según la forma y tipo de presentación, 5, en función de la termoestabilidad y finalmente 40 según las características añadidas de la vacuna, desglosándose de modo que 5 puntos dependen de su coadministración, 20 de su inmunogenicidad en menores de 12 meses y personas de alto riesgo y finalmente 15 en función de las indicaciones de administración a partir de las seis semanas, todo ello de acuerdo con la siguiente formulación (en cuanto a estos últimos criterios):

*“1.4. Características de la vacuna, entendiéndose (40 puntos)*

*- Inmunogenicidad, hasta 20 puntos*

*Inmunogenicidad tras su administración:*

*Inmunogenicidad tras su administración, 10 puntos:*

*\*La oferta que presente datos de inmunogenicidad en su ficha técnica que permita establecer su eficacia en niños menores de 12 meses de edad: 10 puntos.*

*\*La oferta que no presente datos de inmunogenicidad en su ficha técnica que permita establecer su eficacia en niños menores de 12 meses de edad: 0 puntos*

*Inmunogenicidad tras su administración, 10 puntos:*

*\*La oferta que presente estudios de inmunogenicidad en grupos de alto riesgo, 10 puntos.*

*\*La oferta que no presente estudios de inmunogenicidad en grupos de alto riesgo: 0 puntos*

*- Indicaciones de administración, hasta 15 puntos*



*Indicaciones por grupos de edad:*

*\*La oferta que presente en su ficha técnica indicación de uso a partir de 6 semanas de edad, 15 puntos.*

*\*La oferta que no presente en ficha técnica indicación de uso a partir de 6 semanas de edad, 0 puntos.”*

**Quinto.** El 9 de mayo de 2022, se interpuso el recurso especial. Previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal de 11 de mayo el órgano de contratación autonómico recibió el expediente administrativo y remitió su informe, de 13 de mayo posterior, interesando la desestimación del recurso por los motivos del informe técnico que también se adjunta.

**Sexto.** El 18 de mayo de 2022, la Secretaría del Tribunal sometió a alegaciones de los demás interesados el recurso. El 25 de mayo se hicieron alegaciones por GLAXOSMITHKLINE, S.A. en línea semejante al recurrente, solicitando la desestimación del recurso. En idéntica fecha se hicieron alegaciones por PZIFER, en sentido semejante al informe técnico del órgano de contratación, solicitando la inadmisión por falta de legitimación, al tratarse de licitador que después de presentar oferta, recurre, y subsidiariamente la desestimación.

**Séptimo.** Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 18 de mayo de 2022, 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 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), 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.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El recurso se interpone ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de



Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y el 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 14 de octubre de 2021 (BOE de 29 de octubre de 2021).

**Segundo.** Se recurre el documento de la convocatoria de un contrato de servicios basado en un acuerdo marco, cuyo valor estimado es de 3.543.613,20 €, IVA excluido. El artículo 44.1.b) de la LCSP, establece.

*“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

*b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos*

*“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

*a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*

En consecuencia, se trata de un acto recurrible.

**Tercero.** En relación con el plazo para la interposición del recurso, el recurrente lo interpuso dentro de plazo conforme al artículo 50.1.b) de la LCSP, como se ha indicado con anterioridad.

**Cuarto.** Para completar el análisis de los requisitos procedimentales para la admisión del recurso, debe examinarse si la recurrente goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad del acuerdo del pliego rector del procedimiento de contratación, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, en relación al artículo 50.1.b) de la misma norma. El órgano de contratación ha cuestionado la legitimación por la presentación de oferta por parte del recurrente antes de la presentación del recurso especial. El recurrente, según



certifica el órgano de contratación presentó proposición el 26 de abril de 2022, a las 11:35 horas e interpuso el presente recurso especial, con posterioridad, el 9 de mayo de 2022.

El artículo 48 de la LCSP dispone que: *"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*.

Por su parte, el artículo 50 1. b) señala que: *"Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho"*.

Como ha señalado este Tribunal, por todas, en Resolución nº 700/2021, de 11 de junio, recordando resoluciones anteriores, *"es ostensible que no es similar la posición del licitador recurrente, que la del recurrente licitador, pues en el primer caso, nos encontramos con un sujeto que presenta una propuesta, y sin embargo, pretende cambiar las reglas a posteriori"*.

Se recordaba en particular la Resolución nº 728/2019 en la que se indicaba que la inadmisibilidad se aplica *"a quien, siendo ya licitador por haber presentado su proposición, aceptando con ello el contenido de los pliegos y sometiéndose a los mismos, conforme a las previsiones del art. 139 LCSP, sin embargo, viene posteriormente, en contradicción con ello, a interponer recurso especial impugnando los pliegos. Distinta es la situación de aquel empresario que, estando interesado en concurrir a la licitación, y advirtiendo la existencia de algún vicio de legalidad en los pliegos, interpone recurso frente a los mismos y, para evitar verse perjudicado ante una eventual desestimación de su recurso, dado el carácter preclusivo del plazo de presentación de proposiciones, formula posteriormente su oferta en el procedimiento de licitación en el que ya ha impugnado los pliegos. En este caso su recurso es admisible, y además se salva el óbice que, respecto de la impugnación de los pliegos, viene advirtiendo este Tribunal en relación con la legitimación de aquel recurrente que no presenta oferta a la licitación"*.

Por tanto, señalaba este Tribunal que *"no cabe sino concluir que en el régimen establecido por la vigente LCSP la admisibilidad del recurso especial frente a los pliegos requiere que el empresario que, encontrándose interesado en participar en una licitación, advierta en los*



*pliegos de la misma algún vicio de invalidez que estime procedente cuestionar y que no constituya un supuesto de nulidad de pleno derecho, tenga que impugnar los mismos antes de presentar su oferta para que su recurso resulte admisible, y, una vez formulado dicho recurso, si el vicio de invalidez denunciado no le imposibilita participar en la licitación, habrá entonces de formular su proposición en dicho procedimiento”.*

Aplicando dicha doctrina al supuesto presente, si bien es cierto que el recurrente presenta recurso especial con posterioridad a presentar proposición, lo que alega en su recurso son causas de nulidad de pleno Derecho. Alega el recurrente al respecto en su recurso:

*“Podrá comprobarse que los referidos criterios establecidos por el SESPA relativos a la inmunogenicidad e indicaciones de administración del lote 15 del contrato para el suministro de vacunas de calendario (lote 15: vacuna conjugada frente a meningococo de serogrupos A, C, Y y W) vulneran el principio de igualdad, no discriminación, igualdad de trato entre los licitadores y libre competencia, apartándose de forma manifiesta del objeto del contrato, al establecerse criterios de adjudicación que no permiten evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del concreto objeto del contrato (del que se apartan), tal como está definido el mismo tanto en el acuerdo marco del que deriva este contrato como del propio documento de licitación del SESPA, lo que determina la nulidad de pleno derecho de dichos criterios de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE y una asentada doctrina de este Tribunal al que tengo el honor de dirigirme, al apartarse tales criterios del objeto mismo del contrato.*

(..)

*No obstante, un análisis más detallado permitirá comprobar además que la gravedad del establecimiento de tales criterios va más allá de un simple apartamiento del objeto del contrato, lo que per se, es suficiente para determinar su nulidad. Pues tales criterios impiden que dos de las tres adjudicatarias de este lote 15 en el AM del que deriva esta licitación en Asturias (a pesar de que cumplen todos y cada uno de los requisitos técnicos requeridos expresamente en el AM para ser suministradores de la vacuna) puedan acceder a la adjudicación de este contrato del SESPA, desde el momento en que los criterios de inmunogenicidad e indicación de uso establecidos por el SESPA coinciden con la ficha técnica de la vacuna de una sola de las tres adjudicatarias. Una circunstancia que conoce el órgano*



*de contratación porque las fichas técnicas de cada una de las vacunas de las tres adjudicatarias (vacuna MenQuadfi® de SANOFI, vacuna Menveo® de GSK y vacuna Nimenrix® de PFIZER) están aprobadas y publicadas en sus webs por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) y la Agencia Europea del Medicamento (EMA), acreditando que cumplen estrictamente todos y cada uno de los requisitos para su administración en Europa y España, de ahí que las tres fueran adjudicatarias del lote 15 en el Acuerdo Marco del Ministerio de Sanidad.*

*Es por ello que, el otorgar 10 puntos para la oferta cuya ficha técnica establezca su eficacia en niños menores de 12 meses y 0 puntos para las que no; y otros 10 puntos más si se establece su indicación de uso a partir de 6 semanas de edad y 0 a la que no, supone automáticamente la imposibilidad material de que dos de las tres vacunas adjudicatarias del AM puedan ser adjudicatarias de este contrato basado de Asturias (excluyéndose arbitrariamente y sin ningún tipo de justificación a las otras dos compañías cumplen perfectamente los requisitos técnicos del calendario vacunal), lo que vulnera de forma flagrante los principios de igualdad, no discriminación, libre competencia, igualdad de trato entre licitadores e interdicción de la arbitrariedad. Y lo mismo ocurre -como se verá- con el otro criterio referido, lo que supone su nulidad manifiesta por los motivos ya indicados”.*

Por tanto, habiendo argumentando debidamente, a juicio de este Tribunal, la recurrente por qué, a su juicio, concurren causas de nulidad de pleno Derecho y sin entrar a valorarlas en este momento, pues ello supondría entrar en el fondo del recurso, sí que hay que reconocerle legitimación (“ad procesum”) para recurrir, en base, además, al principio “pro actione”.

**Quinto.** En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en dos motivos esenciales: el primero es que los criterios cualitativos de adjudicación de la documentación contractual incluyen la consideración de edades y situaciones ajenas al período ordinario de vacunación de las vacunas incluidas en el Lote 15, en particular, de acuerdo con el programa de vacunación infantil del Principado, lo que, a juicio del recurrente, supone exceder del objeto del contrato original. El segundo, que trataremos después, pero tiene un asiento normativo semejante, parte de que la introducción de tales criterios, con un valor de 35 puntos sobre 100 posibles, en atención por otro lado –aunque veremos que parcialmente- a las fichas técnicas de cada vacuna, suponen una licitación discriminatoria, que de facto suponen dejar en 0 puntos, por tales criterios a dos de los tres licitadores.



Abordando la primera cuestión, el artículo 221.6.e) de la LCSP dispone, en relación con los contratos basados en acuerdos marco, que *“el contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco”*.

El artículo 145 de la LCSP que sirve de marco normativo a esta alegación y a la siguiente, dispone que *“la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo...”*, que a su vez añade que *“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”*.

En particular el párrafo 5 añade;

*“5. 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:*

*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 resolución 365/2021, de este Tribunal resuelve alegación semejante, relativa al objeto del contrato, en ese caso en relación con acuerdo marco para suministro de un medicamento, recogiendo la doctrina asentada en la discrecionalidad del órgano de contratación:

*“Finalmente se alza el recurrente contra varios de los criterios de adjudicación por limitar artificialmente la competencia al reproducir características clave y exclusivas de un licitador y por establecer criterios no vinculados al objeto del contrato.*

*Este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, que con cita a la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y, la Resolución 756/2014, afirmaba: “pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y 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 de la 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 (Resolución 756/2014, de 15 de octubre).”*

*En este mismo sentido, hemos de citar la Resolución número 1509/2019, de 26 de diciembre, donde decíamos: “De acuerdo con el texto del citado precepto, al órgano de contratación se le encomienda la facultad de decidir discrecionalmente sobre la forma de velar por los intereses públicos, y con ello de configurar libremente cuál va a ser el objeto del contrato a licitar y sus prestaciones. Es más, la discrecionalidad legal de la que goza el órgano de contratación, se extiende también a la facultad de definir y determinar los criterios técnicos a consignar en los pliegos. Citábamos en nuestras Resoluciones 609/2015, 688/2015, 699/2015 y 834/2015, la Resolución 548/2014, de 18 de julio, (fundamento octavo), donde decíamos a su vez “que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos*



*públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”*”.

*Corresponde, en definitiva, al órgano de contratación, definir el interés público a satisfacer con el contrato de suministros, fijar su objeto, así como los requisitos técnicos que han de exigirse para su correcta ejecución (Resolución 548/2015). La definición del objeto del contrato, decíamos en la Resolución 468/2018, de 11 de mayo, constituye una facultad discrecional, y por ello, se insiste, “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” (también, Resoluciones 156/2013, de 18 de abril, y 194/2013, de 23 de mayo).*

*Más recientemente la Resolución de 5 de marzo de 2020 ya citada al hacer referencia a las anteriores causas de impugnación.”*

Descendiendo al caso concreto y en particular a la alegación relativa al objeto del presente contrato, en efecto, el recurso desarrolla con todo detalle que requerir como criterios de valoración la inmunogenicidad o las indicaciones de administración por edad o grupos especiales de recepción de la vacuna no tiene sentido si se parte de la idea de que el calendario de vacunas del Principado de Asturias prevé el suministro de la aquí controvertida del Lote 15 a los adolescentes de 13 años de acuerdo con el Programa de Vacunación infantil del Principado fijado por circular de 2019.

Hemos visto, sin embargo, que, por un lado, el objeto de las vacunas a suministrar conforme al Acuerdo marco alcanza en realidad, no solo a las vacunas de calendario, sino también a “otras”, lo que incluye por tanto vacunas ajenas a todo calendario. En el presente caso, además, como hemos recogido, la memoria de los documentos de contratación explica que la necesidad pretendida es “dar cobertura al Calendario de Vacunación Infantil del Principado de Asturias, así como al Calendario de Vacunación del adulto y vacunación en situaciones especiales”. Por tanto, en realidad el objeto del contrato destinado a atender las necesidades del órgano de contratación incluye dos calendarios (infantil y adultos) y otras vacunas en situación especiales ajenas a calendario, y ello es compatible con el acuerdo marco.



Por ello, en el informe técnico remitido por el órgano, se definen los usuarios del sistema de salud autonómico que requieren vacunas de meningococo de acuerdo con calendario de adultos o fuera del calendario, conforme a la circular 1/2018, de 23 de agosto de 2018, de la Dirección General de Salud Pública, sobre Actualizaciones en el Programa de Vacunaciones de Asturias para 2018 –no sustituida, sino complementada, por la de 2019 propia de la vacunación infantil- cuyo anexo, en el punto 2 recoge la vacunación de personal de alto riesgo de enfermedad meningocócica invasora (EMI), vacunación que se lleva a cabo con la vacuna objeto de contrato en el lote que nos ocupa.

En dicha Circular se determinan los supuestos especiales susceptibles de tal vacunación por indicación médica, por indicación epidemiológica y la una pauta de vacunación para los mismos en función de su edad, a partir del segundo mes.

En consecuencia, los criterios de adjudicación cualitativos recogidos se subordinan al objeto del contrato, de acuerdo con las necesidades perseguidas: se trata de vacunas de calendarios de adultos u otras, como permite el Acuerdo marco, apropiadas para situaciones especiales previstas en los programa de vacunación autonómico, para cuyas necesidades se adecúa mejor como criterio de valoración, entre los que el Acuerdo marco permite, el de la inmunogenicidad –en este caso atendiendo a grupos de edad- y el de las indicaciones, también por grupos de edad. Existe una explicación razonada del ejercicio de la potestad que la aleja de toda arbitrariedad y la deja en el marco de la discrecionalidad admitida.

La alegación debe por tanto rechazarse.

**Sexto.** El otro motivo señala que, en todo caso, la ponderación de los criterios recogidos es de tal relevancia (35/100), que distorsiona la concurrencia, máxime cuando por anticipado el órgano de contratación conoce, por las fichas técnicas, las indicaciones e inmunogenicidad de las vacunas de los tres únicos posibles licitadores.

En este punto cabe mencionar la resolución 777/2015, de 4 de septiembre, de este Tribunal cuyo recurrente era SANOFI PASTEUR MSD, S.A.U., y que versaba también sobre la atribución de 20 puntos a criterios de inmunogenicidad de ciertas vacunas. Decíamos, después de recordar la discrecionalidad ya invocada, que:



*“En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación.*

*Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: “Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”.*

*En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.*

*El Acuerdo 75/2014, de 2 de diciembre de 2014, del Tribunal de Contratos Administrativos de Aragón, por su parte, afirmó. “En primer lugar, como ya ha venido declarando este Tribunal desde su Acuerdo 1/2011, el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar los principios de «libertad de acceso de los licitadores, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos». En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».*



*La de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio de igualdad de trato, que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002, UniversaleBau y otro, y de 19 de junio de 2003, GAT. La aplicación de este principio, es de gran importancia práctica, y es bajo estos parámetros como deben redactarse los pliegos de prescripciones técnicas, conforme a los artículos 116 y 117 TRLCSP, en concreto, el apartado 2 del artículo 117 que dispone: «2. 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».*

*Sentado lo anterior, procede examinar si se produce en el Pliego de Condiciones Técnicas sometido a examen la adecuación de los requisitos exigidos a los principios de igualdad de trato y no discriminación establecidos en el TRLCSP, en aras del mantenimiento de la libre concurrencia.*

*El criterio impugnado, relativo a la presencia de tres o más componentes antigénicos de tosferina por la mayor inmunogenicidad, otorga 20 puntos a las presentaciones que contengan tres o más componentes y 0 puntos a las presentaciones que contengan dos o menos.*

*Para comenzar debemos indicar que de un total de 100 puntos la atribución de 20 puntos no indica, a priori, una discriminación en favor de un licitador concreto.*

*La consideración de adjudicación de puntos prevista se encuentra respaldada por el estado de la ciencia actual. Así, el Jefe de Servicio de Salud Pública de Cantabria sostiene, en su informe de fecha 8 de julio de 2015, y se acredita en el expediente remitido, lo siguiente:*

*“En cuanto a la disparidad de puntos (otorgar 20 puntos a 3 antígenos o más y 0 puntos a menos, y no hacerlo de manera proporcional según el número de componentes) hay constancia mediante estudios clínicos (se adjuntan referencias) de que la diferencia...”*

*En el presente caso, y como anticipábamos, el informe técnico del órgano de contratación recuerda al respecto:*



*“La no inclusión de estos criterios en el proceso de selección para este lote supondría la exclusión de la vacunación del colectivo más vulnerable y frágil en el que está indicado el uso de la vacuna objeto del contrato que son aquellos lactantes, niños y adultos que presentan procesos que cursan con inmunodepresión, puesto que la Dirección General de Salud Pública debe velar por el acceso a las vacunas tanto de personas sanas como de aquellas más desprotegidas frente a la enfermedad y que por ello requieren con una vacunación ad hoc a su proceso de enfermedad.”*

Lo cierto es que el establecimiento de los criterios de adjudicación citados en el presente caso:

- a. no impidieron presentar oferta a los tres licitadores
- b. no existen productos alternativos entre los susceptibles de ser ofrecidos por los tres licitadores que cumplan del mismo modo las necesidades del órgano, en particular en lo que se refiere a la vacunación de meningococo de adultos vulnerables y de situaciones especiales.
- c. no impidieron a los dos licitadores que se dice que según la ficha técnica no cubrían las edades de referencia aportar alegaciones sobre estudios de eficacia en grupos de edad, pareciendo disponer de los mismos.
- d. no tenían que resultar, y de hecho, no resultaron determinantes del resultado de la licitación –pues la adjudicataria, de acuerdo con el expediente, obtuvo más de 35 puntos de ventaja a la segunda-.
- e. además, en los criterios de adjudicación se diferenciaba, por un lado la ficha técnica (que determinaba el reparto de 10 puntos por inmunogenicidad y 15 por indicación) y por otro la aportación de estudios de inmunogenicidad (que permitirían obtener 10 puntos por esta vía). Si no se obtuvieron puntos por otros licitadores, es de entender que fue porque no aportaron tales estudios, pero de sus ofertas resulta que podrían haberlo hecho, porque los mencionan. Por tanto, en realidad, la ficha técnica no determinaba más de 25 puntos del total de 100.

En suma, es cierto que otorgaban una ventaja a los licitadores cuyo producto se adecuaba mejor a todos los usuarios del servicio autonómico de salud, justificada por la necesidad de no dejar fuera de vacunación de calidad a los usuarios distintos al plan de vacunación infantil, y en particular, a los usuarios más vulnerables, que en otro caso no resultarían protegidos



acreditadamente, lo que justifica la diferenciación sin afectar a la libre concurrencia en los términos de la doctrina mencionada. Por ello también debe desestimarse esta alegación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. A.A.B., en representación de SANOFI AVENTIS, S.A., contra la convocatoria de contratos para el *“Suministro de vacunas de calendario del Servicio de Salud del Principado de Asturias (lote 15) -Expte. SESPA 2022000147 (CONP/2022/1625)-, basado en el acuerdo marco 202001AM0004 del Ministerio de Sanidad”*.

**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 multa prevista en el artículo 58 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.