



Recurso nº 1154/2022 C.A. de las Islas Baleares 62/2022

Resolución nº 1299

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 20 de octubre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. A. A. B. , en representación de SANOFI AVENTIS, SA., contra la Adjudicación del procedimiento “*Adquisición de la Vacuna conjugada frente a meningococo de serogrupos A, C, Y y W, contrato basado en el Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras (LOTE 15 del 202001AM0004)*”, expediente CONTR 2022/7847, convocado por la Consejería de Salud y Consumo el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Segundo. El Ministerio de Sanidad y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, a través de la Consejería de Salud y Consumo, firman el 26 de junio de 2021 y el 30 de abril de 2021, respectivamente, el Acuerdo que formaliza la vinculación voluntaria de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (CAIB) al Acuerdo Marco tramitado por el Ministerio de Sanidad y que tiene como finalidad la selección de entidades suministradoras,



la fijación de precios máximos y el establecimiento de las bases que tienen que regir los contratos derivados de suministros de vacunas de calendario y otros. La vigencia del Acuerdo Marco es de dos años desde su formalización y se puede prorrogar dos veces por un plazo de un año cada una de las prórrogas.

Tercero. Mediante el Acuerdo indicado, el Ministerio se compromete a actuar como órgano de contratación en la celebración del Acuerdo Marco. El Ministerio ha elaborado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) para tramitar el procedimiento de contratación del Acuerdo Marco, de acuerdo con las normas de procedimiento que establece el título I, capítulo II, del libro II de la LCSP. Por su parte, la CAIB se compromete a adquirir las vacunas exclusivamente a las empresas seleccionadas en el Acuerdo Marco, según sus necesidades, y a suscribir los contratos correspondientes de suministro de vacunas.

El Acuerdo Marco 202001AM0004 está dividido en 26 lotes. El objeto del Lote 15, sobre el que versa el recurso, es la vacuna conjugada antimeningocócica de los grupos A, C, Y y W.

Cuarto. En fecha 17 de noviembre de 2021, el órgano de contratación dicta resolución de adjudicación del Lote 15 del Acuerdo Marco.

El 17 de diciembre de 2021, se formaliza el Acuerdo Marco con las entidades adjudicatarias del lote 15, que son las siguientes:

- GLAXOSMITHKLIN, SA
- SANOFI AVENTIS, SA
- PFIZER, SLU.

Quinto. El 26 de mayo de 2022, vista la memoria de 2 de mayo de 2022, de la Jefa del Servicio de Prevención de la Enfermedad de la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud y Consumo, rectificada el 10 de mayo de 2022 y el 8 de junio de 2022, se resuelve iniciar el expediente de contrato basado en el Lote 15 del Acuerdo Marco 202001AM0004 (referencia del expediente: CONTR 2022/7847).



Sexto. El 23 de junio de 2022, previos los tramites procedimentales oportunos, el órgano de contratación dicta la resolución de aprobación del expediente del contrato basado CONTR 2022/7847, en que se dispone consultar a las entidades adjudicatarias del lote 15 del Acuerdo Marco para que presenten una oferta en el plazo de 8 días naturales.

Por todas las entidades se presentó la oferta pertinente.

Séptimo. El 12 de julio de 2022, la responsable del contrato emite un informe técnico en el cual se pone de manifiesto que la vacuna de GLAXOSMITHKLINE, SA, no cumple con las prescripciones técnicas exigidas. Las vacunas del resto de entidades licitadoras cumplen las prescripciones exigidas.

Octavo. El 19 de julio de 2022, se emite informe de valoración de las ofertas presentadas. En dicho informe sólo se valoran las ofertas de PFIZER, SLU, y SANOFI AVENTIS, SA, de acuerdo con lo expuesto en el informe técnico.

De la valoración efectuada se propone al órgano de contratación la adjudicación del CONTR 2022/7847, contrato basado en el Lote 15 del Acuerdo Marco 202001AM0004, a la entidad PFIZER, SLU.

En dicha fecha, se dicta la resolución de exclusión de la oferta presentada por GLAXOSMITHKLINE, SA: y, asimismo, se dicta resolución de adjudicación del CONTR 2022/7847 a favor de la entidad PFIZER, SLU.

Noveno. Tras la solicitud de acceso al expediente por parte de SANOFI AVENTIS, SA, a los efectos previstos en el artículo 52 de la LCSP, se le remite copia del mismo en fecha 2 de agosto de 2022.

Décimo. Disconforme con el citado acuerdo de adjudicación, en fecha 18 de agosto de 2022, la recurrente presenta ante este Tribunal escrito de interposición del recurso en el que señala error en la valoración de las *“Características de la vacuna: Inmunogenicidad y Persistencia”*, instando al Tribunal que verifique que no haya existido un error material y que la valoración de las propuestas se ajuste a los cánones de la discrecionalidad técnica, existiendo motivación adecuada y suficiente.



Undécimo. El órgano de contratación emitió, en fecha 30 de agosto de 2022, el informe al que se refiere el artículo 56 de la LCSP reconociendo error material en la valoración de las ofertas presentadas con relación al criterio de adjudicación *“Características de la vacuna: Inmunogenicidad y Persistencia”* y procediendo a realizar la valoración corregida a dicho apartado, tomando en consideración los parámetros que permiten una comparación directa entre las fichas técnicas de cada vacuna incluida en las ofertas presentadas a la licitación del CONTR 2022/7847, de acuerdo con la forma de valoración del criterio de adjudicación que establece el punto 2.3 del Documento de Licitación del contrato basado. No obstante, concluye que la modificación en la puntuación no altera el resultado de la licitación ya que sigue obteniendo mayor puntuación la oferta presentada por la entidad licitadora PFIZER, SLU.

Considera, por lo demás, el órgano que no cabe cuestionar las fichas técnicas de las vacunas incluidas en las ofertas presentadas, que ya han superado un proceso de fiscalización efectuado por la autoridad reguladora competente, la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, y en base a las cuales se ha procedido a la adjudicación del Acuerdo Marco en que se basa este expediente de contrato basado.

Duodécimo. Con fecha 31 de agosto de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndose evacuado el trámite por PFIZER.

Decimotercero. El artículo 53 de la LCSP dispone:

“Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3”.

No obstante, el análisis de los motivos que fundamentan la interposición del presente recurso pone de manifiesto que los perjuicios que podrían derivarse de la continuación por sus trámites del procedimiento de contratación son de difícil o imposible reparación, por lo



que, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 49 y 56 LCSP, la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el 7 de septiembre de 2022, suspender cautelarmente la tramitación del procedimiento de contratación hasta el momento que se dicte la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso tiene por objeto la impugnación del acuerdo de adjudicación del procedimiento de licitación del contrato de *“Adquisición de la Vacuna conjugada frente a meningococo de serogrupos A, C, Y y W, contrato basado en el Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras (LOTE 15 del 202001AM0004”*, con expediente CONTR 2022/7847, convocado por la Consejería de Salud y Consumo, con un valor estimado de 3.617.600,00 €.

Segundo. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 46.2 de la LCSP, así como de acuerdo con el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3 de octubre de 2020).

Tercero. En todo caso, el acuerdo de adjudicación impugnado es susceptible de recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 44.2.c) de la LCSP en relación con el artículo 44.1.b), al tratarse de un contrato de suministros basado en un acuerdo marco, cuyo valor estimado es superior a 100.000 €.

Cuarto. La legitimación activa de la entidad recurrente deriva de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, en cuanto concurrió al procedimiento de licitación quedando clasificada en segundo lugar.

Quinto. La recurrente alega error material y arbitrariedad en la valoración de las ofertas y, concretamente, de los criterios de adjudicación relativos a la inmunogenicidad y persistencia de la inmunogenicidad de la vacuna.

Así, respecto a la inmunogenicidad, afirma que el órgano de contratación ha empleado datos de la Ficha Técnica de ambos productos que no resultan “homogéneos y comparables”. Concretamente, en el caso de Pfizer, se han calculado en base a los datos con uso de complemento de suero exógeno de conejo; mientras que en el caso de SANOFI se han empleado los datos de inmunogenicidad con uso de complemento de suero exógeno humano entiendo que, a su juicio, debería haberse utilizado datos con el uso del mismo complemento de suero humano.

Respecto a la persistencia a la inmunogenicidad, afirma que el órgano de contratación ha actuado de forma errónea y arbitraria al tomar determinados datos de la Ficha Técnica que considera sobrevalorados cuestionado, en definitiva, la veracidad de la propia Ficha Técnica.

Con relación a esta última alegación, tal como apunta la adjudicataria PFIZER en su escrito de alegaciones, debe advertirse que, bajo el argumento de una supuesta valoración errónea y arbitraria de los criterios de adjudicación, lo que en realidad se esconde es la impugnación indirecta tanto el del Documento de Licitación como del PCAP del Acuerdo Marco, cuyos criterios no comparte;

“15. Criterios de adjudicación del contrato basado, su ponderación y forma de evaluar las proposiciones

El apartado 4.2.1, letras c) y g), del PCAP establece lo siguiente respecto de los criterios de adjudicación aplicables en el procedimiento de adjudicación de los contratos basados: “c) Los criterios de adjudicación deberán concretarse eligiendo uno o varios de los previstos en el ANEXO IV, cuya ponderación será la que considere cada órgano de contratación, si bien el precio en todo caso deberá ser criterio de adjudicación.” “g) Los precios de adjudicación del acuerdo marco tendrán carácter de máximos pudiendo ser mejorados a la baja en los contratos basados en función de la consulta por escrito que se haga al contratista.” De acuerdo con lo anterior, se establecen los siguientes criterios de adjudicación:

(...)



2.3. Características de la vacuna: hasta 33 puntos De acuerdo con el anexo IV del PCAP, los criterios del punto 1.4 de dicho anexo, "Características de la vacuna", se valorarán de acuerdo con la información contenida en las fichas técnicas correspondientes. En lo que se refiere a las características técnicas, se valoran aquellos parámetros que permiten una comparación directa entre las fichas técnicas de cada producto. En caso de datos diferentes de inmunogenicidad o persistencia en una misma ficha técnica se valorará la más favorable a cada producto.

Como dice el órgano, no puede entrar a valorarse la calidad de los estudios en que se basan los datos de la ficha técnica siendo sencilla la razón a la vista del punto 2.2 del PPT del Acuerdo marco, que establece:

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de LCSP, los lotes se han establecido en base a las características de las vacunas que aparecen en el documento oficial aprobado por la agencia reguladora, es decir, la ficha técnica que resume las características del producto y refleja las condiciones de uso autorizadas, sintetizando la información científica esencial para los profesionales sanitarios, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización".

En el apartado 4 del PPT del Acuerdo Marco, como documentación técnica exigida en el expediente, se exige la ficha técnica del producto y el prospecto, exigencia que se reproduce en el Documento de Licitación del contrato basado.

La recurrente cuestiona el contenido del propio pliego no estando conforme ni con el criterio para la valoración de la inmunogenicidad ni con el hecho de que deba aplicarse apriorísticamente la Ficha Técnica, sin posibilidad de rebatir su contenido.

Resulta inadmisibles la pretensión de la recurrente de impugnar indirectamente tanto el Documento de Licitación (en lo que respecta al criterio de adjudicación para la valoración de la inmunogenicidad y la persistencia de la inmunogenicidad) como el propio PCAP del Acuerdo Marco (el cual impone que la valoración del criterio de adjudicación relativo a las características de la vacuna se valore de acuerdo a la información obrante en las Fichas Técnicas, cuestión esta que también contempla el Documento de Licitación).



En este sentido, debe traerse a colación lo dispuesto por el art. 139 LCSP en el sentido de que la presentación de la oferta supone *“la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*. Y precisamente por ello, una vez que los pliegos devienen firmes, con carácter general solo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de aquellos (STS de 11 de julio de 2006).

En este sentido, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones este Tribunal, entre otras muchas, en la resolución núm. 255/2021, de 12 de marzo en la que señala, con cita en la Resoluciones núms. 1207/2019, de 28 de octubre y 805/2019, de 11 de julio:

“los Pliegos son una actuación administrativa dentro del procedimiento de contratación susceptible de impugnación, de manera que, al no haber sido recurridos en tiempo y forma, su impugnación indirecta en el momento actual, por medio del presente recurso, resulta extemporánea, dado que, en efecto, han ganado firmeza en vía administrativa. Así lo viene aclarando reiterada doctrina de este Tribunal, sirva de ejemplo la Resolución nº 855/2018, de 1 octubre y 475/2018, de 11 de mayo [...] Esto no obstante ser nuestra doctrina general, es lo cierto que admitimos la posibilidad de que en los supuestos de nulidad de pleno derecho pueda argumentarse en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos aun cuando éstos no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación si bien que, de acuerdo con la jurisprudencia, la concurrencia de las causas que, de acuerdo con el artículo 62.1 de la LRJ–PAC determinan como consecuencia la nulidad ex radice del acto debe ser interpretada restrictivamente”.

No hallamos en el presente caso ninguna causa de nulidad de pleno derecho de los pliegos que pudiera permitir, con un carácter excepcional y restrictivo, la impugnación indirecta de los pliegos; de hecho, ni tan siquiera se menciona vicio alguno por parte del recurrente que tan solo se muestra discrepante con el criterio fijado en los pliegos.

Sexto. Partiendo de lo anterior, no obstante, el órgano de contratación sí reconoce haber padecido error material a la hora de valorar las ofertas presentadas en relación al criterio de adjudicación *“Características de la vacuna: Inmunogenicidad y Persistencia”*.



En efecto, del informe técnico emitido por la responsable del contrato, la Jefa de Prevención de la Enfermedad, de 30 de agosto de 2002, se desprende un error material en la valoración de los criterios relativos a la “Inmunogenicidad” y la “Persistencia”.

Indica expresamente el órgano en su informe que:

“en cuanto a la Seroprotección 12 - 24 meses, se utilizó el criterio ABSc de la ficha técnica de PFIZER, SLU, en lugar del ABSH, ya que se deberían haber comparado aquellos parámetros que permitan una comparación directa. Respecto de la Seroprotección 10 - 17 años, no existe alegación concreta al respecto por parte de la recurrente, entendemos que la alegación de arbitrariedad se refiere a todo el apartado y que las menciones expresas a determinados apartados lo son ad exemplum. En este caso, no existen parámetros que permitan efectuar una comparación directa:

- La ficha técnica de PFIZER, SLU, solo hace referencia a datos ABSc

- La ficha técnica a de SANOFI AVENTIS, SA, lo hace a datos ABSH.

Por tanto, no procede valorar ninguna de las ofertas presentadas por las entidades licitadoras indicadas en este apartado ya que los complementos ABSc y ABSH han sido reconocidos como válidos por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, sin que pueda considerarse que un complemento sea mejor que otro o viceversa. En cuanto al punto 2.3.3.A), “Seroprotección, persistencia a los 3-5 años en niños vacunados a los 12 meses”, el Documento de Licitación es claro y no admite dudas. Se comparan los datos puros y simples. Se han tomado los datos de los 4 años para valorar la seroprotección de la vacuna de Pfizer por ser la más parecida a los 3 años presentados por Sanofi y, por tanto, más comparable”.

De acuerdo con ello, tanto el informe técnico como el órgano de contratación estiman que procedería dar la valoración correspondiente y corregida a dicho apartado, tomando en consideración los parámetros que permiten una comparación directa entre las fichas técnicas de cada vacuna incluida en las ofertas presentadas a la licitación del expediente

CONTR 2022/7847, de acuerdo con la forma de valoración del criterio de adjudicación que establece el punto 2.3 del Documento de Licitación del contrato basado.

Ello no obstante, precisa el órgano que la modificación en la puntuación no altera el resultado de la licitación ya que sigue obteniendo mayor puntuación la oferta presentada por la entidad licitadora PFIZER, SLU.

De acuerdo con lo anterior, procedería, en principio, estimar parcialmente el recurso en el sentido de reconocer la existencia de un error material en la valoración del criterio de adjudicación en cuestión pero, dado que habiéndose procedido a una nueva valoración de las dos ofertas, corrigiendo los defectos observados. el resultado en cuanto a la clasificación final de puntuaciones no se altera, resultando, igualmente, ser la proposición de PFIZER, SLU, la mejor valorada, resulta de aplicación el principio de economía procesal, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal reflejada, entre otras, en su resolución 666/2022, de 26 de junio de 2022, que exponía:

“Todo lo anteriormente expuesto, conllevaría, en principio, a la estimación parcial del recurso pero no provoca finalmente la anulación de la resolución de la adjudicación del contrato, pues dadas las circunstancias antes referidas, ésta resultaría contraria al principio de economía procesal, el cual, como es sabido, pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de las que no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 –Roj STS 1137/2012y 28 de abril de 1999 –Roj STS 2883/1999-). Y a idéntico resultado llegaríamos si obligáramos a dictar una nueva resolución en la que se recogiera expresamente el error en la valoración padecido y la alteración de la puntuación final de la proposición de la recurrente, a lo que se une que en un hipotético nuevo recurso, dado que la recurrente no alcanzaría nunca, como antes se ha razonado, la máxima puntuación en la clasificación de las ofertas, no tendría legitimación para su interposición pues no podría ser, de ninguna manera, adjudicataria del contrato. En sintonía con las sentencias citadas, este Tribunal viene aplicando el principio de economía procesal cuando de la retroacción de actuaciones no se deriva alteración del sentido del acto impugnado (por todas, resolución 601/2021 de 21 de mayo)”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A. A. B. , en representación de SANOFI AVENTIS, SA., contra la Adjudicación del procedimiento “*Adquisición de la Vacuna conjugada frente a meningococo de serogrupos A, C, Y y W, contrato basado en el Acuerdo Marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras (LOTE 15 del 202001AM0004)*”, expediente CONTR 2022/7847, convocado por la Consejería de Salud y Consumo.

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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.