



Recurso nº 1309/2022 C.A. Región de Murcia 131/2022

Resolución nº 1359/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.C.G., en representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., contra los pliegos que rigen el procedimiento para la contratación del “*Suministro de medicamentos con principios activos lenalidomida, oxaliplatino, pemetrexed, sunitinib, vinorelbina para administración vía oral, tiotepa, carmustina y docetaxel a los centros dependientes del Servicio murciano de salud, mediante procedimiento abierto*” (expediente cs/9999/1101057287/2022/PA), convocado por el Servicio Murciano de Salud; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, el Servicio Murciano de Salud, se convocó mediante anuncio de licitación y pliegos publicados el 7 de septiembre de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea y, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el procedimiento del contrato de “*Suministro de medicamentos con principios activos lenalidomida, oxaliplatino, pemetrexed, sunitinib, vinorelbina para administración vía oral, tiotepa, carmustina y docetaxel a los centros dependientes del Servicio murciano de salud, mediante procedimiento abierto*”, con un valor estimado de 2.251.115,90 euros.

Segundo. Contra los pliegos rectores del procedimiento, la mercantil licitadora ACCORD HEALTHCARE, S.L.U. interpone en fecha 28 de septiembre de 2022 el presente recurso especial en materia de contratación, solicitando se declare la revisión del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) –por lo que concierne a uno



de los criterios de adjudicación del contrato–, de acuerdo con los argumentos y motivos que más adelante se detallan.

Obran en el expediente de contratación dos relaciones de licitadores, una aportada el 29 de septiembre y otra el 3 de octubre de 2022 (fecha fin de plazo para presentar proposiciones); en esta última figura –entre otras empresas– la mercantil recurrente.

Tercero. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la 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), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 5 de octubre de 2022.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fechas 3 y 4 de octubre de 2022, dio traslado al resto de los licitadores a fin de que presentaran alegaciones sobre el recurso, no constando la presentación de alegaciones.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de 5 de octubre de 2022 (notificada el 6 de octubre) acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El marco jurídico aplicable viene determinado por la LCSP, así como 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 presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP, y en el Convenio sobre atribución de competencia de recursos contractuales suscrito el 13 de noviembre de 2020, entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BOE de 21 de noviembre de 2020).

Tercero. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Cuarto. Se recurre contra los Pliegos que rigen el contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros, acto que puede ser objeto de recurso especial, conforme al artículo 44. –apartados 1.a) y 2.a)– de la LCSP.

Quinto. La mercantil recurrente está legitimada activamente para la interposición del recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al haber presentado oferta a la licitación cuyos pliegos impugna, y en atención a los motivos alegados en su recurso, este Tribunal aprecia que el resultado de este recurso afectará a sus derechos e intereses legítimos.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en la impugnación del criterio de adjudicación “ausencia de expedientes de inmovilización y/o rotura de stock”, por infracción del artículo 145 de la LCSP.

Argumenta la mercantil recurrente que:

“(…) Este criterio de adjudicación se prevé para todos los lotes del contrato (cláusula 8 del PCAP, apartado A. 1) de los Lotes 1 y 5, Lotes 2 y 8, Lote 3, Lote 4, Lotes 6 y 7).

Y además, se trata del criterio más importante de entre los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes, puesto que el cumplimiento del mismo se valora en todos los lotes con 10 puntos. Los demás criterios evaluables mediante cifras o porcentajes tienen una valoración menor, de 2 a 8 puntos según el caso.



Por tanto, tal como está configurado el PCAP, se trata del criterio evaluable mediante cifras o porcentajes más relevante para obtener la adjudicación del contrato.

Pues bien, al entender de esta parte, este criterio de adjudicación debe considerarse nulo, por cuanto, como se verá: (i) no está relacionado con el objeto del contrato, al referirse a contratos anteriores, y es inadecuado y desproporcionado, vulnerando los artículos 145.5.a) y 145.6 de la LCSP, y (ii) tiene carácter discriminatorio, impidiendo la valoración de todas las ofertas presentadas en condiciones de igualdad y de competencia efectiva, vulnerando los artículos 132 y 145.5.b) y c) de la LCSP (...)".

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, defiende la conformidad a Derecho de los pliegos impugnados.

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes y, entrando en el fondo del único motivo impugnatorio –vulneración del artículo 145.5 de la LCSP en relación con el criterio de adjudicación cuantificable de forma automática previsto en el apartado A.1 de la cláusula 8º del PCAP–, debemos comenzar transcribiendo lo dispuesto en dicho apartado:

“A.1. AUSENCIA DE EXPEIDENTES DE INMOVILIZACIÓN Y/O ROTURA DE STOCK (Máximo 10 PUNTOS):

Se valorará positivamente la ausencia de expedientes de inmovilización cautelar y rotura de stock del medicamento ofertado:

Presentan certificado del director técnico del laboratorio de ausencia de expedientes de inmovilización cautelar y rotura de stock en el año previo a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas (10 puntos).

No presente certificado (0 puntos).



Se comprobará la veracidad de la información declarada en el certificado con la información proporcionada por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.”

Por su parte, el artículo 145.5 de la LCSP, establece que:

“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.”

Este Tribunal se ha referido en numerosas resoluciones a los requisitos que han de cumplir los criterios de adjudicación que se incorporen a los PCAP, pudiendo citar, por todas, la Resolución 764/2019 de 8 de marzo, en cuyo Fundamento de Derecho Octavo se razona:

“(…) De los textos expuestos resulta claramente que un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de



los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto.

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

Por otra parte, este Tribunal ha establecido con reiteración, la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque, lejos de referirse a cualidades de esta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

Descendiendo al supuesto examinado, el criterio de adjudicación impugnado, no sólo se refiere a una característica propia de la empresa, relacionada con su capacidad técnica para la ejecución del contrato sino que, además, no guarda relación con el objeto del procedimiento, en el sentido de que del mismo no se deriva una mejor prestación del suministro ofertado, al no tener otra finalidad que servir al cumplimiento de una función que corresponde en exclusiva al órgano de contratación, como es velar por el correcto cumplimiento del contrato.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 190 de la LCSP –al enumerar las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos– dispone que:

“Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un



derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo”.

Por otra parte y, en concreto, el artículo 62.1 de la LCSP prevé:

“1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él”.

Teniendo el contrato por objeto el suministro de determinados medicamentos, el órgano de contratación, si lo que pretende es garantizar la continuidad del suministro, finalidad más que loable en atención a la materia –ámbito sanitario–, sobre la que se desenvuelve el objeto del contrato, dispone de otros medios establecidos en la normativa de contratación, vinculados a garantizar la adecuada prestación del contrato, como puede ser, entre otras, la imposición de penalidades por ejecución defectuosa o por demora.

En conexión con lo anterior, también conviene recordar la doctrina establecida en numerosas resoluciones de este Tribunal, que reconoce el amplio margen de discrecionalidad del órgano de contratación para definir los requisitos técnicos que configuran la forma en que debe prestarse el objeto del contrato y, en tal sentido, bien podría el órgano de contratación, establecer como condición técnica la necesidad de mantener un stock mínimo de seguridad o un stock necesario para garantizar el adecuado cumplimiento del contrato, pero no es admisible confundir criterios de valoración de ofertas, con prescripciones técnicas para la ejecución del contrato y, que han de ser verificadas en fase de ejecución.



Por tanto, el criterio de adjudicación impugnado –a juicio de este Tribunal– infringe lo dispuesto en el artículo 145.5 LCSP, procediendo la estimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.C.G. en representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.U. contra los pliegos del procedimiento del “*Suministro de medicamentos con principios activos lenalidomida, oxaliplatino, pemetrexed, sunitinib, vinorelbina para administración vía oral, tiotepa, carmustina y docetaxel a los centros dependientes del Servicio murciano de salud, mediante procedimiento abierto*”, con expediente CS/9999/1101057287/2022/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud, acordando en cuanto al PCAP, la anulación de la cláusula criterio de adjudicación impugnado, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la aprobación de los pliegos para que se corrija el extremo citado.

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