



Recurso nº 1303/2022 C.A. Región de Murcia 130/2022

Resolución nº 1394/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 3 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. M. C. G., en representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., contra los pliegos del procedimiento “*Suministro de medicamentos con principios activos fosfomicina, ertapenem, mupirocina, piperacilina/tazobactam, tobramicina y tolvaptan*”, con expediente referencia CS/9999/1101053854/22/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. El día 6 de septiembre de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea (anuncio remitido el día 1 de septiembre) el anuncio de la licitación del contrato de Suministro de medicamentos con principios activos fosfomicina, ertapenem, mupirocina , piperacilina/tazobactam, tobramicina y tolvaptan”, con expediente referencia CS/9999/1101053854/22/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud.

El contrato tiene un valor estimado de 6.288.656 euros, adjudicándose mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto.

La licitación se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y en las normas de desarrollo en materia de contratación.

El contrato, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

De los Pliegos caben destacar los siguientes apartados:



“8. A.6. AUSENCIA DE EXPEDIENTES 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”.

Segundo Con fecha 27 de septiembre de 2022, el licitador ha presentado recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación. En su recurso solicita del Tribunal que anule el criterio de adjudicación “*ausencia de expedientes de inmovilización y/o rotura de stock*” establecido en la cláusula 8 del PCAP, apartado A.6) de los lotes 1, 2 y 4, apartado A.5) de los Lotes 3 y 5, y apartado A.3) de los lotes 6 y 7.

Tercero. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquél quien solicitó su desestimación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 3 de octubre de 2022, dio traslado del recurso a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin que ninguno haya hecho uso de este derecho.

Quinto. Con fecha 5 de octubre de 2022 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, resolvió la concesión de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, 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 de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El 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 con el Convenio del Ministerio de Hacienda con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales de 17 de noviembre de 2020 (BOE del 21 de noviembre).

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 LCSP.

Tercero. El recurrente se encuentra legitimado para interponer el presente recurso al amparo del art. 48 LCSP. Consta en el expediente remitido por el órgano de contratación que el recurrente ha presentado proposición en el procedimiento de licitación de referencia.

Cuarto. El objeto del recurso son los pliegos que rigen la licitación, impugnables de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44.2.a) de la LCSP. Corresponden a un contrato de suministros cuyo valor es superior a cien mil euros, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, defiende en esencia el recurrente la nulidad del PCAP y en particular el criterio de adjudicación consistente en que el licitador no haya tenido expedientes de inmovilización cautelar ni roturas de stock en el año previo a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas. Opone que este criterio no está relacionado con el objeto del contrato, al referirse a contratos anteriores no permitiendo el art 145 LCSP valorar como criterios de adjudicación aspectos relativos a prestaciones realizadas con anterioridad por el licitador en el marco de otros contratos. También defiende que este criterio no se refiere a una cualidad o característica de la prestación a realizar, sino a una condición previa del licitador -una condición de la empresa que nada añade a la calidad de la prestación que se va a realizar en virtud del contrato (oferta) y sin que puede ser considerada tampoco como criterio de solvencia; considera asimismo que el criterio es inadecuado para la supuesta finalidad que persiguen (garantizar una correcta



ejecución del contrato) y que es desproporcionado, vulnerando los artículos 145.5.a) y 145.6 de la LCSP. Asimismo, mantiene que la valoración de este criterio de adjudicación supone, además, atribuir una consecuencia no prevista legalmente a los supuestos de inmovilización cautelar y de rotura de stock de medicamentos, ya que estos supuestos o circunstancias relativos a contratos previos, tienen sus propias consecuencias legales como la imposición de penalidades, la resolución del contrato, o incluso el establecimiento de una prohibición de contratar, y la legislación sanitaria prevé también la posible aplicación de sanciones en el caso de que los medicamentos no estén en condiciones de ser comercializados e implicaría la imposición a las empresas de una nueva “penalidad” por una situación por la que ya han respondido. Finalmente alega que el criterio impugnado vulnera el principio de igualdad y no discriminación al no estar formulado de forma objetiva y no permitir una evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, ya que beneficia a las licitadoras que no hayan tenido este tipo de circunstancias en ese período temporal, y perjudican a empresa como la recurrente que no puede cumplir el este criterio, sin que ello tenga ninguna relación con la prestación ofertada.

Sexto. El órgano de contratación en el informe evacuado opone que la recurrente lo que hace en su recurso es cuestionar de entrada la legitimidad y potestad del órgano de contratación de configurar el objeto contractual como entienda oportuno por medio del Pliego de Prescripciones Técnicas y de los diversos criterios de adjudicación, e invoca al efecto el principio de discrecionalidad técnica a la hora de establecer los criterios de adjudicación. Defiende en particular que el criterio de adjudicación está relacionado con el objeto de contrato ya que como se puede observar en su redacción se indica que el expediente de inmovilización cautelar y/o rotura de stock debe referirse explícitamente al medicamento ofertado debiendo estar garantizado en todo momento la continuidad sin interrupciones de medicamentos tan fundamentales como son los que afectan a este expediente. Incide en que no se está valorando cómo se está realizando el suministro en otros contratos, sino que lo que se está valorando es si la AEMPS, como máximo órgano responsable en España en materia de calidad, seguridad, eficacia y correcta información de los medicamentos y productos sanitarios, ha emitido una alerta indicando que existen problemas en la fabricación o distribución del medicamento objeto de licitación, de tal suerte que solo se tendrán en cuenta aquellas alertas emitidas por la AEMPS en el marco temporal de 1 año previo a la presentación de ofertas, permitiendo la máxima puntuación



a aquellos medicamentos ofertados con alertas pasadas. Finalmente señala que este criterio en ningún caso tiene carácter discriminatorio y que sí permite la competencia efectiva, ya que supone un 10% de la puntuación total de los criterios de adjudicación y que incide directamente a la hora de valorar la mejor relación calidad-precio de todos los expedientes de medicamentos tramitados ya que sin limitar la concurrencia ni impedir las condiciones de competencia efectiva, presenta ventajas para aquél ya que permite valorar la información emitida por la AEMPS en materia de producción y distribución del medicamento objeto de contrato.

Por ello defiende que el recurso debe desestimarse.

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—, 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 especial en materia de contratación interpuesto por D. M. C. G., en representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., contra los pliegos del procedimiento “*Suministro de medicamentos con principios activos fosfomicina, ertapenem, mupirocina, piperacilina/tazobactam, tobramicina y tolvaptan*”, con expediente referencia CS/9999/1101053854/22/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud, y anular el criterio de adjudicación “Ausencia de expedientes de inmovilización y/o rotura de stock”, previsto para los lotes 1, 2 y 4 (criterio A.6), lote 3 (criterio A.5), lote 5 (criterio A.5) y lotes 6 y 7 (criterio A.3) de la cláusula 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.