



Recurso nº 388/2019 C. Valenciana 73/2019

Resolución nº 529/2019

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

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.M.C.G. , en nombre y representación de la mercantil ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación de los lotes 24 y 25 del procedimiento "*Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos anticuerpos monoclonales (L01xc) y medicamentos inhibidores de la proteinquinasa (L01xe)*" (expediente 67/2018), convocado por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana y con valor estimado de 196.039.795,20 € (IVA excluido); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 2 de marzo de 2018 fueron aprobados los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por el Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, para el Acuerdo Marco de suministro de medicamentos anticuerpos monoclonales (L01xc) y medicamentos inhibidores de la proteinquinasa (L01xe).

Segundo. El valor estimado del acuerdo marco asciende a 196.039.795,20 € (IVA excluido), siendo la duración prevista de dos años.

Tercero. Aprobados los pliegos rectores del Acuerdo Marco se procedió a la publicación de los anuncios de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de marzo de 2018, en el B.O.E. nº 60 de 9 de marzo y en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 4 de abril de 2018. El plazo de presentación de proposiciones quedó fijado hasta las 14:30 horas del día 16 de abril de 2018.



Cuarto. Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, realizado el trámite de calificación de documentación y vista el acta de la Mesa de Contratación se elevó al órgano de contratación la selección de las siguientes suministradoras:

- ACCORD HEALTHCARE, S.L.U.,
- AMGEN, S.A.,
- BOEHRINGER INGELHEM ESPAÑA, S.A.,
- CLIPA EUROPE NV sucursal en España,
- JANSSEN-CILAG, S.A.
- KERN PHARMA, S.L.,
- LILLY, S.A.,
- NOVARTIS FARMACÉUTICA, S.A.,
- PFIZER, S.L.U.,
- ROCHE FARMA, S.A.,
- SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. y
- TELVA PHARMA, S.L.U.

Quinto. Por Resolución de fecha 20 de febrero de 2019 suscrita por la Directora General de Eficiencia y Régimen Económico de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, en su cualidad de órgano de contratación, acuerda la adjudicación de los lotes del Acuerdo Marco y por lo que respecta a los lotes impugnados la situación queda de la siguiente forma:

LOTE 24

ADJUDICATARIA	PUNTUACIÓN
ACCORD HEALTHCARE, S.L.U.	79,00
CIPLA EUROPE NV suc. en España	67,00
SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A.	62,90
TEVA PHARMA, S.L.U.	61,50

**LOTE 25**

ADJUDICATARIA	PUNTUACIÓN
ACCORD HEALTHCARE, S.L.U.	79,00
CIPLA EUROPE NV suc. en España	79,30
KERN PHARMA, S.L.	61,00
SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A.	61,00
TEVA PHARMA, S.L.U.	66,25

Sexto. Disconforme con las puntuaciones obtenidas en los lotes 24 y 25 por la representación de ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., con fecha 2 de abril de 2019 presenta en el registro electrónico de este Tribunal el escrito de formalización del recurso contra las adjudicaciones de los referidos lotes y, tras expresar sus argumentos en torno a la valoración de uno de los criterios subjetivos sometidos a juicio de valor, insta la declaración de nulidad o subsidiariamente de anulabilidad de la Resolución de Adjudicación en lo tocante a los lotes 24 y 25 del Acuerdo Marco.

Séptimo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaria General, por delegación del Tribunal, dictó la Resolución de 15 de abril de 2019 para mantener la suspensión del expediente de contratación de los lotes 24 y 25 producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de esta medida cautelar.

Octavo. De la formalización del recurso especial, este Tribunal dio traslado a las demás empresas concurrentes para que, en un plazo de cinco días hábiles, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a sus derechos conviniesen. Ninguna de las seleccionadas en los lotes impugnados, han ejercido este derecho.

Noveno. 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 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) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con el artículo 46 de la LCSP, por tratarse de una actuación de la Comunidad Autónoma de Valencia que, con fecha 22 de marzo de 2013, suscribió un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Hacienda, delegando en este Tribunal las competencias de la Generalitat Valenciana para entender de este tipo de recursos contractuales.

Segundo. La mercantil ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., ha participado en el procedimiento de licitación del Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos, por lo que ostenta un claro interés legítimo, y por ende debe entenderse que está legitimada para recurrir el acuerdo de adjudicación, al abrigo del artículo 48 de la LCSP.

Tercero. Se recurre la adjudicación decretada en el Acuerdo Marco de suministro de medicamentos, con un valor estimado notoriamente superior al previsto en el artículo 40.1, a) del TRLCSP y se contrae a un acto susceptible de revisión por esta vía, ex artículo 44.2, c) LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se ha dado satisfacción a las demás exigencias procedimentales, por lo que procede su admisión.

Quinto. La mercantil recurrente ACCORD funda sus alegaciones, centrándose en la petición de nulidad, o subsidiariamente de anulabilidad del Acuerdo de adjudicación para los lotes 24 y 25, estimando en ambos casos como argumento la incorrecta aplicación del criterio 6.1 del cuadro de características anejo al modelo del pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos anticuerpos monoclonales (L01xc) y medicamentos inhibidores de la proteinquinasa (LO1xe), con destino a los centros dependientes de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública.



Estima que en la valoración de las ofertas correspondientes a ambos lotes se ha sufrido por el órgano de contratación un evidente error material, -y así lo hizo saber en la tramitación del procedimiento abierto de adjudicación-, por haberle concedido a su empresa, ACCORD, una valoración de 0 puntos, en su caso, equivalente a “no aporta”.

En comparativa con otras empresas, en que ante supuestos idénticos al suyo, se ha valorado dicho criterio con 1 punto, viene a expresar que: *“Esta proporcionalidad de puntuaciones expresada por la Mesa, permite defender la procedencia de otorgar, como mínimo 1 punto por el cumplimiento del subcriterio 6.1 de la oferta de ACCORD HEALTHCARE, por cuanto efectivamente se ha dado razón de una forma de embalaje y de protección de los productos a suministrar, como se ha acreditado, y se ha indicado así en el modo exigido por las Instrucciones para la cumplimentación del Anexo Oferta 1- Criterios de Calidad Técnica”.*

Concluye, en particular para el lote 25 que: *“Por lo que, justificado el cumplimiento de la oferta de ACCORD del subcriterio 6.1 al disponer de embalaje para el producto a suministrar y haber indicado el tipo de embalaje en que consistía, y en la forma dispuesta en las instrucciones de los pliegos para la cumplimentación de la oferta técnica; resulta de la mayor evidencia el error de la Mesa de Contratación al no haber valorado este criterio, con grave lesión de los intereses de ACCORD, pues la diferencia que la relega del segundo puesto de adjudicación del lote 25 es mínima, 0,30 puntos con respecto a la oferta de la empresa CIPLA EUROPE NV suc. en España, valorada en 79,30 puntos”.*

En definitiva, y pese a que en el lote 24 la puntuación obtenida por la recurrente, la deja situada la primera, también pide la revisión a los efectos de que se compute debidamente su propuesta en torno al criterio de valoración subjetivo definido en el apartado 6.1 del cuadro de características anejo al PCAP rector del Acuerdo Marco.

Sexto. Por su parte, el informe del órgano de contratación suscrito por la Directora General de Eficiencia y Régimen Económico de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de fecha 4 de abril del presente, viene a oponerse a las pretensiones anulatorias de la recurrente, pues la adjudicación del Acuerdo Marco, en lo tocante, a la selección de los suministradores para cada uno de los lotes, la reputa conforme a Derecho.



Entrando en el fondo del asunto, el informe emitido por el órgano de contratación, amén de recordar que nos hallamos ante un Acuerdo Marco de selección de contratistas, con los que luego se podrán licitar los contratos basados, advierte que no ha existido error material en la evaluación de lo ofertado por la recurrente en el subcriterio 6.1 del cuadro de características.

Literalmente afirma que: *“La oferta técnica de la empresa ACCORD HEALTHCARE, S.L., para este apartado, en ambos lotes, era la misma: <<1 caja de cartón>>. Además añade: “Respecto a la alegación de ACCORD sobre la procedencia de otorgar un punto a su oferta técnica en el subcriterio 6.1 basándose en la distribución de los puntos otorgados por el Comité a las ofertas técnicas de otras empresas, decir que carece absolutamente de base alguna. En ningún caso, se establece la puntuación de cada ítem de los que forman el subcriterio 6.1 lo cual quedaría a juicio de valoración del Comité de expertos designados al efecto. Nada obsta a que el comité otorgue 0,1 puntos o 0,3, por ejemplo, por esos ítems. No hay que olvidar que nos encontramos ante criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor y no de aplicación automática como parece pretender la recurrente. No se ha establecido para cada subapartado con una puntuación determinada pues ésta dependerá del juicio de valor de los expertos que integran el Comité.*

Consultadas las condiciones generales del embalaje de este tipo de medicamentos al Servicio de Prestación Farmacéutica y Dietoterapéutica, éste nos indica que <<dado que los medicamentos incluidos en este acuerdo marco son considerados medicamentos peligrosos se considera favorable se lleven a cabo medidas preventivas, preservando la integridad y seguridad del producto, evitando la exposición por parte de profesionales sanitarios y cualquier personal que trate con estos medicamentos (incluido el transporte), protegiéndolo de condiciones extremas de temperatura, humedad, luz, y manteniendo las condiciones de conservación en todo momento>>.

Precisamente por las características de estos medicamentos, que deben ser conocidas por el licitador, es por lo que el comité de expertos valora las ofertas en todos estos aspectos, puntuando la información trasladada en cada oferta sobre:

- *Embalaje con o sin protección externa, con o sin información del tipo de medicamento que contiene, que esta información esté visible, y con o sin control de temperatura.*



- *Disponibilidad de entrega en el centro de actividad que aporte una mejora sustancial en el horario de entrega de pedidos mejorando lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas.*

La oferta presentada por el laboratorio en el criterio 6.1, indica <<1 caja de cartón>>.

Por parte del comité no se ha puntuado de forma favorable esta información considerando que en la oferta no se especifican detalles más importantes dadas las características de peligrosidad de este tipo de medicamentos.

En aquellas ofertas que en base a lo que valora el comité no aportan información favorable a puntuar se incluye un <<no aporta>>.

En conclusión, el informe viene a suplicar la desestimación del recurso, pues concluye que la oferta presentada por el licitador, que ha resultado seleccionado tanto para el lote 24 como para el lote 25 y además en el 24 en primera posición, indicando exclusivamente “caja de cartón” es escueta, carente de detalle, sin descripción alguna, por lo que no merece ninguna valoración, tal y como se actuó por el comité de expertos.

Séptimo. Entrando en el fondo del asunto, este Tribunal, y con pleno respeto al principio de discrecionalidad técnica con que actúan los órganos especializados para la evaluación de los criterios subjetivos sometidos a juicios de valor, hemos de analizar cómo se ha configurado en los pliegos, el criterio 6.1 objeto de controversia en la impugnación de los lotes 24 y 25 del Acuerdo Marco.

Prima facie, hemos de recordar, bajo el principio de legalidad que ha de impregnar todas las actuaciones administrativas por imperativo constitucional (artículo 103 CE), el carácter preceptivo no sólo predicable de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) sino también de los de prescripciones técnicas (PPT). Así se ha precisado en reiteradas Resoluciones de este Tribunal, sirva de ejemplo la nº 387/2017, de 28 de abril.

Recordemos el valor vinculante de los Pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad en las empresas licitadoras concurrentes.



Siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha precisado que el PCAP es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (Resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012).

En efecto, abundando en dicha afirmación, hemos de traer a colación la Resolución 253/2011, -citada en otras más recientes, *ad exemplum*, Resoluciones nº 390/2015, de 24 de abril y nº 1124/2015, de 4 de diciembre. *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo <<pacta sunt servanda>> con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982).*

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.



En este sentido, hemos de citar lo dispuesto en el vigente artículo 139 de la LCSP, que establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en los pliegos y documentación que rige la licitación y, que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.

Así, bajo el carácter preceptivo y vinculante de los pliegos de este acuerdo marco, que sirven de regla o vara de medir de las ofertas de los licitadores, hemos de traer a colación el tenor literal del criterio subjetivo, cuya valoración cuestiona la recurrente, esto es, el apartado 6.1 del cuadro de características del PCAP. Su tenor literal expresa lo siguiente:

“6.1. Embalaje para el transporte y recepción (máximo 6 puntos)

Se valorará el tipo de embalaje (palet, cajas, etc.), la disponibilidad de entrega en el centro de actividad, el material, embalaje y protección externa, el mantenimiento de la cadena de frío (incluye transporte refrigerado), el embalaje en caso de material frágil, la información contenida en el embalaje: fácilmente visible, que informe sobre la fragilidad, capacidad máxima para apilar envases, temperatura adecuada de conservación, posición del embalaje, etc.”

Del tenor literal de lo transcrito, con claridad meridiana se infiere que amén de tratarse de un criterio subjetivo y por lo tanto, sujeto a los juicios de valoración que efectúen los técnicos, se precisa para la obtención de la máxima puntuación (6 puntos) que las licitadores esgriman la forma o el tipo de embalaje, las medidas de seguridad y de protección externa, el mantenimiento de la cadena de frío, la temperatura adecuada para su conservación o incluso la posición del embalaje, por lo que no basta con que se oferte, tal y como hace la recurrente “1 caja de cartón” pues no da satisfacción al contenido del criterio.

Por ello, es lógico que tanto para el lote 25 (la adjudicataria ocupa la primera posición) como para el 24, se estime por el comité técnico que su valoración ha de ser nula, esto es, como si no hubiera aportado nada; por lo que la actuación del órgano de contratación al adjudicar el Acuerdo Marco para dichos lotes, en que la recurrente ha sido seleccionada, resulta ajustado a Derecho.



Octavo. Por último, hemos de recordar en cuanto a la puntuación dependiente de un juicio de valor, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre tal particular, pudiendo citar por todas la reciente Resolución nº 757/2017 de 5 de septiembre de 2017, citada en la nº 957/2017, de 19 de octubre:

“Por tanto, para analizar el motivo de impugnación planteado por la recurrente debemos partir de que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicio de valor por parte de la Mesa de Contratación constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de Contratación al valorar criterios subjetivos dependientes de juicios de valor. Más aún cuando estos son técnicos, y no jurídicos.

Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Por lo que al caso objeto del presente recurso se refiere, debe entenderse de aplicación efectivamente dicha doctrina. En consecuencia, no apreciándose a la vista del informe técnico, de la argumentación del recurrente y de la prueba por él aportado, así como del informe del órgano de contratación que ratifica en todos sus extremos el informe técnico, que concurra infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales ni la existencia manifiesta de una aplicación arbitraria o errónea de los criterios de valoración, no cabe sino



que este Tribunal, lejos de desvirtuar el resultado de la valoración efectuada, la confirme en todos sus términos”.

Al amparo de dicha corriente doctrina, extrapolable al caso que ahora nos ocupa, no se advierte error o incorrección alguna en las puntuaciones concedidas por el comité de empresa, en las que se funda la propuesta de adjudicación y posteriormente la adjudicación de los lotes impugnados; por lo que sin más, procede desestimar el recurso especial interpuesto.

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.M.C.G. , en nombre y representación de la mercantil ACCORD HEALTHCARE, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación de los lotes 24 y 25 del procedimiento “*Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos anticuerpos monoclonales (L01xc) y medicamentos inhibidores de la proteinquinasa (L01xe)*” (expediente 67/2018), convocado por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana, confirmando su legalidad, por resultar la adjudicación de dichos lotes conforme a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión decretada por Resolución de 15 de abril de 2019, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 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 sanción 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 la Comunidad Valenciana, 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.