



Recurso nº 1487/2019 y 1489/2019 C.A. Castilla- La Mancha 115/2019 y 117/2019
Resolución nº 282/2020

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

En Madrid a 27 de febrero de 2020

VISTOS los recursos formulados respectivamente por D. E.R.G., en nombre y representación de SANDOZ FARMACEUTICA S.A. (en adelante, SANDOZ) y por D. C.A.D.T. y D. J.E.L., en nombre y representación de TEVA PHARMA, S.L.U. (en adelante, TEVA PHARMA), contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud de Castilla- la Mancha para contratar el *“Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos, sueros y contrastes para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (exp nº 2019/000150)”*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 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), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 18 de julio de 2019 el Secretario General del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante, SESCOG) dictó resolución iniciando expediente de licitación del Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos, sueros y contrastes para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (exp nº 2019/000150); asimismo, se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que habrán de regir en el citado procedimiento.

Segundo. El acuerdo se publicó el día 31 de octubre de 2019 en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El plazo de presentación de ofertas terminaba el 2 de diciembre de 2019, pero posteriormente fue ampliado hasta el día 19 de diciembre de 2019.



Tercero. El 22 de noviembre de 2019 SANDOZ (recurso nº 1487/2019), y TEVA PHARMA (recurso nº 1489/2019) interpusieron sendos recursos especiales en materia de contratación.

Cuarto. Mediante Resolución de 5 de diciembre de 2019 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento, sin que ésta afecte al plazo de presentación de ofertas.

Quinto. En cuanto a los motivos de los recursos, pasamos a referirnos a los fundamentos de cada uno de los recursos a los que se refiere la presente resolución.

En primer lugar, en cuanto al recurso interpuesto por SANDOZ, el mismo se basa en ocho motivos, que podemos resumir del siguiente modo:

I.- Alega la recurrente, en primer lugar, el incumplimiento del artículo 145.5. b) de la LCSP de los criterios de adjudicación, como consecuencia de la falta de información sobre las puntuaciones de los subcriterios. Señala SANDOZ que *“El hecho de que el Órgano de Contratación goce de discrecionalidad técnica para elegir los criterios de adjudicación que entiende más convenientes para la consecución de sus objetivos, no implica que trate de una libertad absoluta. Por tanto, no es correcto fijar una puntuación global a una serie de criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, sin indicar cuál es la puntuación concreta que una oferta puede obtener por el cumplimiento de cada uno de ellos, o lo que es lo mismo, sin conocer la prioridad o proporción de la puntuación global que supone cada uno de estos subcriterios”*. Critica con ello el hecho de que se asignen 10 puntos de ponderación a 8 subcriterios diferentes sin indicar los puntos que implican cada uno de ellos, al entender que esta forma de proceder es contraria al principio de transparencia, y que otorga a la Administración un poder de decisión arbitrario y abusivo.

II.- En segundo lugar, alega la recurrente el incumplimiento del artículo 145.5.b) de la LCSP, con base, dice, en la incorrecta clasificación de criterios objetivos como criterios sujetos a juicio de valor, así como inconcreción de los mismos. Se refiere en este punto a dos criterios que son, a su juicio, automáticos, al no admitir margen de discrecionalidad alguna en su valoración, y que son los siguientes:

- *Mayor número de presentaciones que se adapten a las necesidades de los pacientes.*



A juicio de la recurrente lo que se está valorando es el número de presentaciones autorizadas, por las Agencias Reguladoras, de medicamentos de dicho principio activo. Dice en este sentido que *“En caso de que la subjetividad del criterio provenga de que “se adapten a las necesidades del paciente” hemos de recordar que todos los medicamentos autorizados en nuestro país han sido aprobados por las Agencias Reguladoras y, por tanto, todos se adaptan a las necesidades del paciente”*. Indica, además, que *“teniendo en cuenta que este criterio de adjudicación se refiere a la forma farmacéutica, no queda claro por la redacción del mismo, si la valoración del mismo se refiere al número de presentaciones entendiéndose estas por tipos de dispositivo (como puede ser: pluma, jeringa, vial, etc.), o diferentes dosis del mismo principio activo (50mg, 25mg, etc.) o si se refiere al número de unidades contenidas en cada envase (caja de 2, caja de 5, etc.)*. Esto implica inseguridad para el licitador y una excesiva discrecionalidad para la Administración, ya que no queda suficientemente clara la forma de valoración del criterio”.

- *Que las presentaciones sean de tamaño menor o similar a los que se usan actualmente, lo que favorece su utilización en armarios automatizados y frigoríficos, evitando los problemas de dimensionamiento y reestructuración que conllevan las presentaciones de dimensiones superiores.*

A juicio de SANDOZ, este criterio valora las medidas de las cajas (o envase secundario) en que se contienen los medicamentos, por lo que se trata de un criterio objetivo. Critica además el hecho de que no se indique cuáles son dichas medidas, porque las empresas que actualmente no son proveedoras del Centro, se encuentran en desventaja frente a las empresas que sí se encuentran suministrando sus medicamentos en estos centros en la actualidad y que, por tanto, conocen las medidas a las que se refieren en los pliegos cuando dicen *“que se usan actualmente”*. Cuestiona asimismo la referencia al tamaño menor “o similar”, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado que, a su juicio, sólo contribuye a generar inseguridad.

III.- En tercer lugar, la recurrente impugna los pliegos con base en la inclusión, como criterios de valoración, de características que son en realidad requisitos mínimos de obligado cumplimiento en el expediente. Se refiere con ello a los criterios de valoración relativos al acondicionamiento primario de la unidad, y que aplican a todos los lotes, con independencia



del formato del medicamento. Alega la recurrente que se están incluyendo características de los medicamentos que resultan de obligado cumplimiento en virtud del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (norma ésta última que resulta aplicable en la presente licitación, como se pone de manifiesto en el PPT).

IV. A continuación, se refiere el recurso a la falta de proporcionalidad en las exigencias a los licitadores, como consecuencia de la nota aclaratoria de fecha 7 de noviembre de 2019, que en su punto 8.1, en respuesta a la pregunta de si en la documentación justificativa para los criterios de adjudicación de juicio de valor y para otros criterios hay que aportar fotografías y documentación técnica, señala lo siguiente: *“En el sobre 2 relativo a los criterios de adjudicación basados en juicios de valor, no puede incorporarse datos relativos a los criterios de adjudicación mediante reglas o fórmulas. Por tanto, debe ocultarse la información en el material gráfico, fotografías, etc. El hecho de incluir esta información indicada o anticipar la información relativa a criterios de adjudicación mediante reglas o fórmulas puede suponer la exclusión del procedimiento”*.

A la vista de dicha exigencia, señala la recurrente que *“teniendo en cuenta que para la correcta muestra de los medicamentos conforme a lo solicitado en el SOBRE Nº 2, se deben tomar como mínimo 2 fotografías de cada producto, y que el expediente consta de 111 lotes, lo que se solicita a los licitadores bajo pena de ser excluidos de la licitación, es que modifiquen 6 datos que aparecen en mínimo 222 fotografías mínimo. Si además tenemos en cuenta que cada lote puede referirse a un medicamento con varias presentaciones, como es el caso del lote 5 “Epoetina alfa” con al menos 11 presentaciones disponibles, el lote 52 “Bosentán” con 2 presentaciones, o el lote 90 “Adalimumab” con al menos 4 presentaciones, entre otros, el número de fotografías que se obliga a modificar al licitador se incrementa sustancialmente”*. A su juicio, dicha exigencia supone una carga desproporcionada respecto a lo solicitado al licitador, y destaca el hecho de que muchos de los datos que se solicita sean ocultados de las fotografías, son datos obligatorios para la comercialización de los medicamentos en nuestro país y, por tanto, su conocimiento en el momento de la apertura del SOBRE Nº 2, no entrañan ningún riesgo en la valoración de los criterios de juicio de valor y no suponen una vulneración de los principios de objetividad e imparcialidad.



V. El siguiente motivo del recurso se refiere a las modificaciones contractuales previstas en el apartado V) del cuadro resumen, según el cual *“si durante la vigencia del contrato o contratos resultantes de este procedimiento, el adjudicatario viniera a ofertar unas condiciones económicas más ventajosas a las incluidas en el contrato en vigor, por razones de interés público se procederá a modificar el contrato de acuerdo a las mismas”*.

Alega la recurrente que *“De esta forma, lo que este expediente recoge es que los adjudicatarios (todos aquellos licitadores cuya oferta cumpla con los requisitos técnicos), puedan realizar mejoras de precio en sus productos a lo largo del contrato, lo que supondría una variación constante de una de las puntuaciones que se deben de tener en cuenta a la hora de identificar cuál es la mejor oferta de cada lote en los contratos basados. Esto implicaría necesariamente sucesivas adjudicaciones por parte del Órgano de Contratación, conforme a los resultados que apliquen tras dichas modificaciones de precios, hecho que no se contempla en los pliegos”*. Continúa diciendo que *“Además de generar una gran inseguridad jurídica, ya que implica una variación constante en el medicamento que resulta adjudicatario preferente, y supone un altísimo riesgo para los pacientes en la administración de los medicamentos, ya que los Centros recibirían medicamentos del mismo principio activo pero de diferentes laboratorios en periodos muy seguidos en el tiempo, pudiendo incluso coincidir en el almacén provenientes de distintos pedidos, aumentando enormemente el riesgo de errores en la dispensación y administración de dichos medicamentos, lo que supone un alto riesgo para la salud de los pacientes”*. Entiende, además, que *“dicha cláusula supone una disminución del incentivo a las empresas para aportar su mejor oferta en el momento de la licitación ya que, tal como están definidos los pliegos, resultará adjudicataria independientemente del precio que oferte en el momento de presentación de ofertas y, una vez conozca los precios y puntuaciones técnicas de sus competidores, ofertar mejoras en sus precios que le supongan ponerse en primera posición como adjudicatario preferente (al menos hasta que otra empresa le supere)”*.

VI. Se refiere SANDOZ a continuación a la cláusula “garantía de suministro”, al estimar que es abusiva por pretender el compromiso de suministro, no solo de las presentaciones adjudicadas, sino que dicha garantía se extiende a todas las presentaciones comercializadas por la adjudicataria disponibles en el mercado que cumplan las especificaciones del lote (hayan sido o no ofertadas en la licitación).



VII. Se alega también el supuesto incumplimiento del artículo 63.1 de la LCSP, según el cual *“Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información”*, y ello con base en que los pliegos de la licitación que nos ocupa se encuentran en formato PDF.

VIII. Se alega asimismo la vulneración del procedimiento de contratación como consecuencia de la modificación de los pliegos durante el plazo de presentación de ofertas sin ampliar dicho plazo. A juicio de la recurrente, y en contra de lo que entendió el OC, no se trata de errores materiales, sino que introduce modificaciones en el pliego que debieran haberse tratado como tal. Las modificaciones a las que se refiere la recurrente son las siguientes:

- Se cambia la unidad de medida de un producto, pasando de “*frasco*” a “*bolsa*”.
- En el lote 61 se exige el suministro de un nebulizador, señalando en un primer momento que “*será del tipo malla vibratoria y contará con un sistema que permita la liberación adaptada al patrón respiratorio del paciente*”, y se modifica para señalar que “*será del tipo malla vibratoria*”.
- En los lotes de contrastes, se exigía en un primer momento a los adjudicatarios el suministro sin costes “*de los inyectores que fueran necesarios para la administración del contraste iodado en los Servicios de Radiodiagnóstico*”, y posteriormente se modifica esa exigencia para extenderla a la “*administración del contraste iodado o basado en gadolinio*”.

Sexto. En segundo lugar, en cuanto al recurso interpuesto por TEVA PHARMA, el mismo se basa en dos motivos:

I. En primer lugar, se invoca la nulidad de la causa específica de resolución de los contratos prevista en el apartado X del Cuadro de Características Técnicas del Expediente, según el cual “*Por razones de interés público podrá procederse a la resolución de los contratos correspondientes a un determinado lote, cuando haya cambios en el mercado, particularmente cuando se comercialicen nuevos medicamentos genéricos o biosimilares*”.



Entiende la recurrente que *“Existe competencia y ya hay en el mercado diversos medicamentos genéricos comercializados con el mismo principio activo, que cumplen las especificaciones técnicas y que son comercializados por diferentes compañías farmacéuticas. Esta cláusula permite al Órgano de contratación, de manera discrecional, rescindir algún lote solo porque un nuevo operador económico haya entrado en el mercado cuando en la actualidad ya existe una competencia activa y real sobre ese mismo lote”*. A su juicio esta arbitrariedad pone de manifiesto que la licitación tiene una duración incierta, dado que cada mes son autorizados por la AEMPS nuevos medicamentos genéricos, que podrían tener los mismos principios activos y cumplir con los requerimientos técnicos del pliego. Dice además que *“el expediente se ha tramitado como un Acuerdo Marco mediante procedimiento abierto, no se ha convocado como un Sistema Dinámico de Adquisición”*.

II. En segundo lugar, critica la forma de valoración de los criterios cuantificables mediante juicios de valor, por recoger distintos criterios que no han sido baremados según la importancia. Así, el pliego dice que *“se puntuarán proporcionalmente a su relevancia”*, pero, y esto es lo que critica la recurrente, no se entra después a detallar si el criterio 1 es más relevante que el 2 o viceversa, y así, sucesivamente. Entiende que con ello se genera indefensión a los licitadores.

Séptimo. A la vista de los recursos citados, se elaboraron sendos informes por el OC, que solicitó la desestimación de los mismos con base en los siguientes argumentos:

I.- En cuanto a la alegación relativa al incumplimiento del artículo 145.5. b) de la LCSP, como consecuencia de la falta de información sobre las puntuaciones de los subcriterios, dice el OC que *“El criterio de adjudicación puntúa 10 puntos, alrededor de un 10 % de la puntuación total ya que no todos los lotes tienen una ponderación máxima del 100 %, pero el citado criterio de adjudicación se ha desglosado en numerosos elementos que pueden ser objeto de valoración individual de cada oferta y además por supuestos diferenciales con otras ofertas, lo que debe quedar plasmado en un informe técnico que será publicado en el perfil de contratante y que será accesible por cualquier licitador. El criterio de adjudicación cumple la doctrina del TACRC y los requisitos impuestos por el artículo 145 LCSP”*.



II.- En segundo lugar, en cuanto a la alegación de incumplimiento del artículo 145.5.b) de la LCSP con base en la incorrecta clasificación de criterios objetivos como criterios sujetos a juicio de valor, así como inconcreción de los mismos, indica el OC que *“no se trata de un criterio de adjudicación ni de un subcriterio, como defiende el recurrente, sino de elementos que se integran junto con otros las circunstancias para valorar “la característica de la forma farmacéutica”, que sí es el criterio de adjudicación inserto en el PCAP. Estos elementos que impugna el recurrente podrían ser automáticos si tuvieran sustantividad propia pero no tienen autonomía, sino que deben valorarse junto con el resto de elementos (...), para valorar correctamente a través del presente criterio de adjudicación”*.

III.- En tercer lugar, en cuanto a la impugnación de los pliegos con base en la inclusión, como criterios de valoración, de características que son en realidad requisitos mínimos de obligado cumplimiento en el expediente, por disponerlo así el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, dice el OC que *“la impugnación carece de fundamento puesto que es cierto que la normativa obliga a incluir los datos mencionados en el acondicionamiento primario (nombre del medicamento, fecha de caducidad, etc) pero este requisito mínimo no se valora, solo resulta como criterio de adjudicación el hecho de que tal información aparezca en la “unidosis”, requisito que no figura como preceptivo ni como requisito mínimo en la normativa invocada por el recurrente”*.

IV. A continuación, se refiere el recurso a la falta de proporcionalidad en las exigencias a los licitadores, señalando el OC que *“Esto puede suponer un esfuerzo indudable para preparar la oferta, pero cumple de forma escrupulosa con el procedimiento de apertura de sobres establecido en la LCSP. Por tal razón, siendo el plazo mínimo para presentar ofertas de 30 días por tratarse de licitación electrónica se fijó inicialmente el 2 de diciembre como plazo final que fue ampliado al 19 de diciembre de 2019 lo que supone 52 días desde el envío del anuncio al DOUE para preparar las ofertas. Esto, indudablemente, no es una falta de proporcionalidad”*.

V. El siguiente motivo del recurso se refiere a las modificaciones contractuales previstas en el apartado V) del cuadro resumen, manifestando el OC que *“La oferta técnica y la puntuación de la oferta económica no sufre ninguna variación en todo el Acuerdo Marco –desconocemos la razón por la cual Sandoz lo interpreta de distinta forma- pero es obvio que si una empresa*



ya es adjudicataria de un contrato basado y decide aplicar precios más bajos, favorece el interés público, el ahorro económico de la Administración y no quebranta los pliegos. Además, la reducción del precio de un contrato no es en sí misma una modificación del contrato (todas las alusiones de la LCSP a la modificación del precio lo realizan “al alza” no a la baja)”. Dice además que “Esta interpretación es avalada por la Intervención General de la Administración General del Estado que configura la reducción del precio de un contrato, no como una modificación del mismo sino de una minoración del gasto”, y que “la reducción del precio se realiza a instancia del contratista, no lo incoa la Administración, y sin afección de su puntuación por lo que no resulta lesivo ni perjudicial a ningún otro licitador”.

VI. En cuanto a la alegación del carácter abusivo de la cláusula “garantía de suministro”, manifiesta el OC que *“simplemente se trata de asegurar que, si los medicamentos ofertados por la empresa e incluidos en el contrato correspondiente sufren un desabastecimiento, la empresa, si tiene otros medicamentos disponibles en el mercado con la misma eficacia terapéutica, pueda suministrarlo al Sescam para atención sanitaria. Por tal razón, se considera que es una causa justificada contratar fuera del Acuerdo Marco exclusivamente estos productos y abonarlos, tal como indica el punto 3.2 del PPT, al precio máximo financiado (no al precio ofertado puesto que el medicamento correspondiente no formaría parte del contrato). Al facturar por el precio máximo financiado, por un lado, la empresa no sufre lesión alguna en términos económicos y, por otro lado, se asegura el abastecimiento del medicamento que deba ser consumido por el Servicio de Salud. La cláusula no regula las condiciones de medicamentos que no hayan sido contratados”.*

VII. En cuanto al supuesto incumplimiento del artículo 63.1 de la LCSP, solicita el OC la inadmisión del motivo al entender que esta cuestión no puede ser objeto del recurso especial, y señala que en todo caso, aunque es cierto que los documentos inicialmente se publicaron en formato pdf, *“ya se encuentran disponibles en formato editable”*, y que *“el anexo de las ofertas económicas en formato editable se encuentra a disposición de los licitadores desde el comienzo de la publicación prácticamente para facilitarles la confección de las ofertas económicas”.*

VIII. Por último, en cuanto a la modificación de los pliegos durante el plazo de presentación de ofertas sin ampliar dicho plazo, insiste en que se trata de correcciones de errores, y



manifiesta además que “según la información de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Sescam, a través del Área de Farmacia, la empresa recurrente no dispone de medicamentos ni es proveedor del Sescam en estos lotes. Tampoco lo es, según la misma información, proveedor de ningún otro servicio sanitario, por lo que Sandoz no siendo capaz de ejecutar la prestación de estos lotes, 109, 110 y 111 se manifiesta como mala fe del recurrente debiendo ser objeto de inadmisión su alegación en esta cuestión”.

IX. En cuanto a la causa de resolución consistente en que “Por razones de interés público podrá procederse a la resolución de los contratos correspondientes a un determinado lote, cuando haya cambios en el mercado, particularmente cuando se comercialicen nuevos medicamentos genéricos o biosimilares”, dice el OC que dicha cláusula “supone una seguridad jurídica para la Administración y para el contratista puesto que en el supuesto de producirse el supuesto de hecho que regula “cambios en el mercado, particularmente cuando se comercialicen nuevos medicamentos genéricos o biosimilares”, puede proceder a la iniciación de un procedimiento de resolución por desistimiento incluido en el propio artículo 306.b) de la LCSP”. Manifiesta además que “el Consejo de Estado tradicionalmente ha configurado el ahorro económico para la Administración como una causa suficientemente motivada para proceder a la resolución del contrato, declarando el desistimiento del contrato por el procedimiento legalmente previsto”.

Hace hincapié el OC en el hecho de que “la aparición de estos medicamentos no supone de forma automática la resolución, sino que será preciso tramitar el correspondiente procedimiento administrativo de resolución de contrato, donde quede acreditado que la posibilidad de contratar biosimilares o genéricos en el que se produzca un ahorro económico y la misma eficacia sanitaria”, por lo que es, dice “una estipulación motivada y conforme a derecho”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.a de la LCSP.



Tercero. Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello. En ambos casos, la legitimación de las recurrentes deriva del hecho de constar entre su objeto social la actividad económica que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir (arts. 50.1.b) de la LCSP).

Quinto. Entrando ya en el fondo de los recursos, pasamos a analizar cada una de las cuestiones controvertidas en los mismos, comenzando por la alegación, incorporada a los dos recursos que analizamos, de que los pliegos incumplen lo dispuesto en el artículo 145.5. b) de la LCSP, como consecuencia de la falta de información sobre las puntuaciones de los subcriterios.

Dispone el precepto citado que *“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”.

Sobre la falta de parametrización de los criterios evaluables mediante juicio de valor, nos pronunciamos en nuestra Resolución 908/2019, en el siguiente sentido: *“Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la*

determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos del órgano de contratación.

El artículo 146.3 de la LCSP establece que “Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada”.

De la lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que como norma general se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada. Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar a priori cuál debe ser esa amplitud. Pero también lo es que la norma no exige una ponderación de cada uno de los subcriterios o subconceptos incluidos en el criterio de valoración al que se ha atribuido una ponderación relativa. En el presente caso, entendemos que la redacción de la definición de cada criterio de valoración y la ponderación atribuida cumplen de forma suficiente con las exigencias de la LCSP, y concretan de forma suficiente la información de la que precisa el licitador para conocer los criterios que van a ser valorados de su oferta”.

Pues bien, como en aquél caso, en el que ahora nos ocupa estimamos que es correcta la configuración de los pliegos, habida cuenta de la discrecionalidad técnica de la que goza el OC en la fijación de los subcriterios en el pliego, al entender que la exigencia de una mayor exhaustividad daría lugar a la conversión de criterios evaluables mediante juicio de valor en criterios automáticos o reglados, por lo que la pretensión de las recurrentes debe ser desestimada.

Sexto. En segundo lugar, en cuanto al supuesto incumplimiento del artículo 145.5.b) de la LCSP, con base en la incorrecta clasificación de criterios objetivos como criterios sujetos a



juicio de valor, así como concreción de los mismos, defiende el OC que se trata de elementos que se integran, junto con otros, para valorar *“la característica de la forma farmacéutica”*. Esto debe entenderse en conexión con lo que hemos expuesto en el fundamento anterior, en el sentido de que la exigencia de una mayor exhaustividad daría lugar a la conversión de criterios evaluables mediante juicio de valor en criterios automáticos o reglados. No es eso lo que ha querido el OC, sino que estos subcriterios no tienen autonomía, al incluirlos junto con otros elementos para valorar de forma conjunta la característica de la forma farmacéutica.

Así, en cuanto al mayor número de presentaciones, el OC deberá valorar las que ofrezca cada licitador, no de forma aislada, sino en relación con los demás licitadores que han formulado oferta. Si el licitador, como manifiesta la recurrente, tiene dudas acerca de si el número de presentaciones se refiere a tipos de dispositivo, dosis del mismo principio activo, o al número de unidades contenidas en cada envase, puede solicitar una aclaración al OC, pero no concurre, a juicio de este Tribunal, el motivo de impugnación del pliego alegado por la empresa recurrente. Y ello sin perjuicio de que, lógicamente, la valoración que se haga deberá justificarse en el correspondiente informe técnico, que los licitadores podrán impugnar si estiman que no respeta las exigencias de la Ley.

Del mismo modo, en cuanto al subcriterio consistente en que *“las presentaciones sean de tamaño menor o similar a los que se usan actualmente, lo que favorece su utilización en armarios automatizados y frigoríficos, evitando los problemas de dimensionamiento y reestructuración que conllevan las presentaciones de dimensiones superiores”*, aun estando de acuerdo con la recurrente en el interés que asiste a todos los licitadores para conocer cuál es ese tamaño, entendemos que no se trata de una causa de nulidad de la cláusula del pliego, sino que debe resolverse solicitando la correspondiente aclaración al OC. Alega la recurrente que se trata de un criterio objetivo, pero, como en el supuesto anterior, entendemos que su subjetividad viene dada por su valoración, dependiente, por un lado, de lo que oferte cada uno de los licitadores que concurran a un mismo lote, y por otro, con base en los demás elementos que forman parte del criterio de valoración *“características de la forma farmacéutica”*.

Séptimo. El tercer motivo que debemos analizar es el de la inclusión, como criterios de valoración, de características que son en realidad requisitos mínimos de obligado



cumplimiento en el expediente. Se refiere en este punto a los criterios de valoración referidos al acondicionamiento primario de la unidad, y que aplican a todos los lotes, siendo los siguientes:

- denominación comercial del medicamento
- principio activo
- dosis (si es forma líquida concentración y volumen)
- dosis consignadas por diferencias por colores
- vía de administración
- lote y caducidad

Señala el artículo 31 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, que *“1. El etiquetado del medicamento deberá incluir la información detallada en el anexo III”*. Dicho anexo III se refiere, en su parte primera, a la información que debe incluirse en el embalaje exterior, y en su parte segunda, a la que debe incorporarse al acondicionamiento primario.

El punto cuatro de esa segunda parte establece lo siguiente: *“4. Los acondicionamientos primarios de medicamentos presentados en forma de blíster y tiras cuando estén contenidos en un embalaje exterior, deberá llevar como mínimo la información siguiente:*

- a) Nombre del medicamento, tal como se contempla en el apartado 1 de la parte primera,*
- b) fecha de caducidad,*
- c) número de lote de fabricación,*
- d) nombre del titular de la autorización de comercialización del medicamento,*
- e) cualquier otra información necesaria para la conservación y uso seguro del medicamento.*



En el caso de que el acondicionamiento primario esté preparado para cortarse en unidades, la integridad de la identificación del producto, la fecha de caducidad y el número de lote, deberá garantizarse en cada unidad”.

Pues bien, dice el OC que la normativa obliga a incluir los datos mencionados en el acondicionamiento primario, y, sin embargo, según él, lo que se valora es el hecho de que tal información aparezca en la unidosis, a la vez que alega que ese requisito *“no figura como preceptivo ni como requisito mínimo en la normativa invocada por el recurrente.”*

No estamos de acuerdo en este punto con lo que alega el OC, y ello en la medida en que el envase unidosis es en realidad un tipo de acondicionamiento primario, siendo este último *“el recipiente en contacto directo con el medicamento”*, y la unidosis *“un envase que contiene una cantidad de preparación destinada a ser utilizada una única vez”*. Las unidosis, por tanto, han de contener necesariamente la información establecida en el citado punto cuarto de la parte segunda del anexo III del RD 1345/2007.

Nada impide al órgano de contratación establecer criterios de adjudicación consistentes en mejoras respecto de los requisitos mínimos establecidos (en el PPT y/o en la normativa que resulte de aplicación), pero no se pueden valorar las características técnicas que son de obligado cumplimiento para todos los licitadores.

A la vista de lo anterior, este motivo debe ser estimado, lo que debe llevar a la modificación de los pliegos para suprimir como criterio de valoración la inclusión en las unidosis de aquellos datos cuya presencia viene exigida por el RD 1345/2007. Es decir, todos los reflejados en el criterio de valoración *“características del acondicionamiento primario de las unidosis”*, a excepción del subcriterio *“dosis consignadas diferencias por colores, 1 punto”*.

Octavo. A continuación, se refiere el recurso a la falta de proporcionalidad en las exigencias a los licitadores, como consecuencia de la nota aclaratoria de fecha 7 de noviembre de 2019, que en su punto 8.1, en respuesta a la pregunta de si en la documentación justificativa para los criterios de adjudicación de juicio de valor y para otros criterios hay que aportar fotografías y documentación técnica, señala lo siguiente: *“En el sobre 2 relativo a los criterios de adjudicación basados en juicios de valor, no puede incorporarse datos relativos a los criterios de adjudicación mediante reglas o fórmulas. Por tanto, debe ocultarse la información en el*



material gráfico, fotografías, etc. El hecho de incluir esta información indicada o anticipar la información relativa a criterios de adjudicación mediante reglas o fórmulas puede suponer la exclusión del procedimiento”.

Debemos oponernos a este motivo del recurso, no ya porque estimemos que dicha aclaración es conforme a Derecho, sino porque dicha exigencia viene impuesta por la LCSP, sin que dependa del arbitrio del OC. En este sentido, dice el artículo 146.2 de la LCSP: *“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*; norma que reitera el art. 26 del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, al disponer con total claridad que *“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”*. Por otro lado, con arreglo al artículo 139.2 de la LCSP, *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”*. Y con arreglo al artículo 157 de la LCSP, *“1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición. Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario. 2. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*.



Es decir, la propia norma impone, más allá de lo que establezcan los pliegos, que en primer lugar deben evaluarse los criterios que no sean cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Y para garantizar que esa valoración se haga con pleno respeto al principio de neutralidad, se impone la presentación de unos y otros documentos en distintos sobres o archivos electrónicos. Ello es en realidad una garantía para todos los licitadores, al asegurar que, a la hora de valorar las proposiciones cuya ponderación depende de un juicio de valor, ese juicio sea lo más objetivo posible, y no se vea afectado por la oferta económica ni por las mejoras ofrecidas por unos u otros licitadores.

Por lo expuesto, el presente motivo debe ser desestimado.

Noveno. El siguiente motivo del recurso se refiere a las modificaciones contractuales previstas en el apartado V) del cuadro resumen, según el cual *“si durante la vigencia del contrato o contratos resultantes de este procedimiento, el adjudicatario viniera a ofertar unas condiciones económicas más ventajosas a las incluidas en el contrato en vigor, por razones de interés público se procederá a modificar el contrato de acuerdo a las mismas”*.

Alega la recurrente que con esta previsión se pretende que todos aquellos licitadores cuya oferta cumpla con los requisitos técnicos podrán realizar mejoras de precio en sus productos a lo largo del contrato, lo que supondría, dice, una variación constante de una de las puntuaciones que se deben de tener en cuenta a la hora de identificar cuál es la mejor oferta de cada lote en los contratos basados.

Frente a ello, el OC pone de manifiesto que no se trata de mejoras en el precio de todos los licitadores, sino de que, si una empresa ya es adjudicataria de un contrato basado y decide aplicar precios más bajos, favorece el interés público, el ahorro económico de la Administración y no quebranta los pliegos.

Como hemos dicho en nuestra reciente Resolución del Recurso 1479/2019, relativa a este mismo procedimiento de contratación, esta cláusula no es sino la aplicación al presente Acuerdo Marco de lo que establece el artículo 193.5.e) del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual el órgano de contratación determinará en el PCAP, en particular, los siguientes aspectos específicos:



“e) Obligación de los adjudicatarios de aplicar a los bienes durante la vigencia del contrato de adopción del tipo, los precios y condiciones con que concurren en el mercado si mejoran los de adjudicación, siempre que las circunstancias de la oferta sean similares. Los adjudicatarios vendrán obligados a comunicar al citado centro directivo los nuevos precios y condiciones para su aplicación generalizada a los sucesivos suministros del tipo”.

Las condiciones económicas más ventajosas podrán realizarse, tanto por los ya adjudicatarios de los contratos basados, como lo que no lo sean, y, en consecuencia, podrían influir en la adjudicación de los contratos basados, si el precio es uno de los criterios de adjudicación.

Todo lo cual se considera conforme a Derecho, por lo que el presente motivo debe ser rechazado.

Décimo. El siguiente motivo de recurso se refiere a la cláusula “garantía de suministro”, que a juicio de SANDOZ es abusiva por pretender el compromiso de suministro, no solo de las presentaciones adjudicadas, sino que dicha garantía se extiende a todas las presentaciones comercializadas por el adjudicatario disponibles en el mercado que cumplan las especificaciones del lote (hayan sido o no ofertadas en la licitación).

Dice en este sentido el PPT que *“La presentación de la oferta implica el compromiso implícito de la empresa licitadora de garantizar la capacidad de producción del medicamento para todos los consumos previstos y de suministrar cualquiera de las presentaciones que comercialice disponibles en el mercado que cumplan las especificaciones del lote (hayan sido o no ofertadas en la licitación), al precio unitario ofertado, o en su caso, al precio máximo financiado”.*

De nuevo es distinta la interpretación de la cláusula que hacen la recurrente y el OC. Para la primera, implica que el OC pueda exigir cualquier presentación del medicamento contratado, aun cuando no haya sido ofertada, criticando que *“resulta además tremendamente indeterminada, ya que no se recoge durante cuánto tiempo se está obligado (dado que la obligación se extiende a presentaciones no ofertadas, no necesariamente tiene que aplicarse la vigencia temporal del contrato derivado de esta licitación) ni si se refiere únicamente a presentaciones comercializadas en el momento de presentación de la oferta o se aplica también a presentaciones que las empresas pudieran comercializar en el futuro”.*



Frente a ello, el órgano de contratación pone de manifiesto que dicha exigencia se dará únicamente en aquellos casos en los que los medicamentos ofertados por la empresa, (e incluidos en el contrato basado) sufren un desabastecimiento. Alega en su informe que *“se considera que es una causa justificada contratar fuera del Acuerdo Marco exclusivamente estos productos y abonarlos, tal como indica el punto 3.2 del PPT, al precio máximo financiado (no al precio ofertado puesto que el medicamento correspondiente no formaría parte del contrato). Al facturar por el precio máximo financiado, por un lado, la empresa no sufre lesión alguna en términos económicos y, por otro lado, se asegura el abastecimiento del medicamento que deba ser consumido por el Servicio de Salud. La cláusula no regula las condiciones de medicamentos que no hayan sido contratados”*.

Pues bien, el recurso debe ser estimado en este punto, ya que no es admisible *“contratar fuera del Acuerdo Marco”*. No se considera ajustado a Derecho establecer una cláusula en los pliegos de un Acuerdo Marco relativa a la adquisición de productos no incluidos en dicho Acuerdo Marco. Las adquisiciones de medicamentos y otros productos no incluidos en el Acuerdo Marco deberán realizarse mediante una contratación independiente del Acuerdo Marco, por el procedimiento que corresponda a su valor estimado.

Además, en relación con lo alegado por el órgano de contratación, en el Cuadro Anexo se establece, en cuanto a la ejecución del acuerdo marco, que el adjudicatario de cada contrato basado será *“la mejor oferta de cada lote”*, y que ese criterio se podrá excepcionar, entre otros supuestos, en el caso de *“desabastecimiento o problemas de ejecución del suministro que no pueda ser atendido por cada empresa contratista en función de la clasificación de las ofertas”*, ya que entonces se atenderá a la oferta siguiente que tenga mayor puntuación. En coherencia con estas normas de ejecución se contempla, entre las penalidades que se pueden imponer en los contratos basados, la correspondiente a aquellos supuestos en los que *“por un retraso en el suministro (desabastecimiento) algún centro tuviera que recurrir a adquirir otro medicamento alternativo a otro proveedor que esté en disposición de realizar el suministro inmediato, y así satisfacer las necesidades de salud de los pacientes”*, en cuyo caso el OC podrá imponer al adjudicatario una penalidad del 10% del precio del contrato (IVA excluido), que podrá repercutirse contra la garantía definitiva.

Entendemos, por lo expuesto, que el motivo debe ser estimado.



Undécimo. Se alega también el supuesto incumplimiento del artículo 63.1 de la LCSP, según el cual *“Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información”*, y ello con base en que los pliegos de la licitación que nos ocupa se encuentran en formato PDF.

Este motivo debe ser rechazado, ya que, al margen de que se trata de una cuestión meramente formal que no afecta a la validez ni de los pliegos ni del anuncio de licitación, dicho defecto ya ha sido corregido por el OC, tal y como pone de manifiesto en su informe.

Duodécimo. Se alega la vulneración del procedimiento de contratación como consecuencia de la modificación de los pliegos durante el plazo de presentación de ofertas, sin ampliar dicho plazo. A juicio de la recurrente, y en contra de lo que entendió el OC, no se trata de errores materiales, sino que introduce modificaciones en el pliego que debieran haberse tratado como tal.

Dado que, por lo expuesto en otros fundamentos de esta misma resolución, se estiman parcialmente los presentes recursos, y ello implicará la retroacción del procedimiento para modificar diversas cláusulas de los pliegos, entendemos innecesario entrar a analizar este motivo, ya que deberá concederse un nuevo plazo de presentación de ofertas.

Decimotercero. Por último, se invoca la nulidad de la causa específica de resolución de los contratos prevista en el apartado X del Cuadro de Características Técnicas del Expediente, según el cual *“Por razones de interés público podrá procederse a la resolución de los contratos correspondientes a un determinado lote, cuando haya cambios en el mercado, particularmente cuando se comercialicen nuevos medicamentos genéricos o biosimilares”*.

Entiende la recurrente que *“Esta cláusula permite al Órgano de contratación, de manera discrecional, rescindir algún lote solo porque un nuevo operador económico haya entrado en el mercado, cuando en la actualidad ya existe una competencia activa y real sobre ese mismo lote”*.



Frente a ello, a juicio del OC esta previsión *“supone una seguridad jurídica para la Administración y para el contratista puesto que en el supuesto de producirse el supuesto de hecho que regula “cambios en el mercado, particularmente cuando se comercialicen nuevos medicamentos genéricos o biosimilares”, puede proceder a la iniciación de un procedimiento de resolución por desistimiento incluido en el propio artículo 306.b) de la LCSP. Es decir, la cláusula impugnada no tiene autonomía propia, sino que resulta integrada en el desistimiento de la Administración, todo ello siempre en aras de favorecer el interés público y el ahorro económico de la Administración”*.

El artículo 306 de la LCSP dispone lo siguiente: *“Son causas de resolución del contrato de suministro, además de las generales, las siguientes:*

(...)

b) El desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”.

Pues bien, para poder analizar la conformidad a Derecho de esta cláusula, debemos partir de que la LCSP no establece las mismas causas para la resolución del contrato que las que se establecían en el TRLCP. Así, el artículo 223 TRLCP establecía una cláusula residual que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al órgano de contratación para fijar las causas de resolución que considerase oportunas, al señalar que *“Son causas de resolución del contrato: (...) h) Las establecidas expresamente en el contrato”*. Dicha remisión a las causas que establezca el contrato no se contempla, sin embargo, en el actual artículo 211 de la LCSP.

El desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor

Tal y como está redactado el apartado X del Cuadro de características del PCAP, las causas de resolución del acuerdo marco son las previstas en el artículo 306 de la LCSP, que son las que determina a su vez la cláusula 40 del PCAP, si bien ésta añade también las causas que se establezcan expresamente en el apartado X del Cuadro de Características; Y ese apartado

del Cuadro, además de remitirse a las del precepto citado añade la determinación “Indicar otras causas de resolución específicas, en su caso, SÍ, NO,” y se marca con un aspa el adverbio SÍ. A continuación, se añade: *“Por razones de interés público podrá procederse a la resolución de los contratos correspondientes a un determinado lote, cuando haya cambios en el mercado, particularmente cuando se comercialicen nuevos medicamentos genéricos o biosimilares”*.

Por tanto, tal y como está redactado el apartado X del Cuadro, esa determinación introduce es una causa nueva especial de resolución del acuerdo marco y de los contratos basados, distinta a las establecidas en el artículo 306, b,) de la LCSP, es decir, no es una causa de desistimiento del contrato en ejecución unilateral de la entidad contratante sujeta al régimen de efectos del artículo 307. Es cierto que podría ser un supuesto específico de desistimiento unilateral del acuerdo marco en ejecución por el órgano de contratación, pues no pueden introducirse causas de resolución distintas a las que prevé la LCSP, con carácter general para todos los contratos o especial para cada tipo de contrato; pero también es lo cierto que en el texto que se ha reproducido dicha causa aparece como distinta a las del artículo 306, no como una causa específica de desistimiento, por lo que procede estimar el motivo, simplemente para que se suprima esa causa especial de resolución, sin perjuicio de que si se quiere configurar como una causa específica de desistimiento, se redacte correctamente y con la debida precisión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar en parte los recursos formulados respectivamente por D. E.R.G., en nombre y representación de SANDOZ FARMACEUTICA S.A. (en adelante, SANDOZ) y por D. C.A.D.T. y D. J.E.L., en nombre y representación de TEVA PHARMA, S.L.U. (en adelante, TEVA PHARMA), contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud de Castilla- la Mancha para contratar el *“Acuerdo Marco para la selección de proveedores de medicamentos, sueros y contrastes para los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (exp nº 2019/000150)”*, anular como criterio de valoración la inclusión en



las unidosis de aquellos datos cuya presencia viene exigida por el RD 1345/2007, conforme a lo expuesto en el FD 7º, en segundo lugar, la cláusula relativa a la “garantía de suministro” en los términos expuestos en el FD 10º, y la cláusula de resolución especial adicional a las del artículo 306 de la LCSP, prevista en el apartado X del Cuadro de Características Técnicas del Expediente, por los motivos expuestos en el FD 13, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos

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 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 Castilla- La Mancha, 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.