



Recurso nº 1472/2020 C.A Región de Murcia 104/2020

Resolución nº 365/2021

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

En Madrid, a 9 de abril de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.R.N., en nombre y representación de NOVO NORDISK PHARMA, S.A. (en adelante NOVO NORDISK) contra los Pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud Murciano para contratar el "*Acuerdo Marco para el Suministro de somatropina (DOE) inyectable*", expediente CS/9999/1100954122/2020/AM, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El Servicio Murciano de Salud publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 30 de noviembre de 2020, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento basado en acuerdo marco con tramitación ordinaria, para la adjudicación del contrato de suministro de somatropina inyectable, con un valor estimado que asciende a 8.079.577 euros, cuyo objeto está dividido en 4 lotes. En la misma fecha se llevó a cabo la publicación en el DOUE.

Segundo. - Publicados los Pliegos, el día 22 de diciembre de 2020 se interpone por NOVO NORDISK el recurso especial en materia de contratos ante este Tribunal.

Tercero. En fecha 12 de enero de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 19 de enero de 2021 se presentan alegaciones por la mercantil PFIZER.

Cuarto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 26 de enero de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el 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 del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La legislación aplicable es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente al amparo del art. 46 de LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Tercero. El recurso se dirige frente a un acto susceptible de recurso especial de contratación de acuerdo con el art. 44.1 b) con relación al art. 44.2 a) LCSP dado el valor estimado del contrato. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido para ello en el artículo 50.b) de la LCSP.

Cuarto. Respecto a la legitimación del recurrente, debemos señalar lo siguiente:

El artículo 48 de la LCSP, dispone que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

En la medida que el recurrente es licitador en el curso del procedimiento, es clara su legitimación en la interposición de este recurso.

Quinto. Se alza el recurrente contra el Pliego alegando las siguientes causas de impugnación:



- (i) La nulidad del Acuerdo Marco al “reservar” los tres primeros lotes a cada uno de los adjudicatarios del acuerdo marco anterior
- (ii) La nulidad del lote 4 por no haber concretado, según expone, las condiciones objetivas para determinar la adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco.
- (iii) La nulidad de los criterios de adjudicación por supuesta ausencia de motivación material de los mismos; por limitar artificialmente la competencia al reproducir características clave y exclusivas de un licitador y por establecer criterios no vinculados al objeto del contrato.

Las alegaciones formuladas por PFIZER SA reclaman la conformidad a derecho de los Pliegos por considerar:

- Que la división por lotes respeta los principios sobre los que se asienta la normativa de contratación pública, principios que se combinan la libertad de prescripción médica de la somatropina por el personal facultativo al tratarse de un medicamento biológico que por las características de su materia prima y/o por el proceso de fabricación no garantiza que el principio activo sea idéntico entre las diferentes marcas comerciales, lo que se traduce en la imposibilidad -salvo indicación contraria del médico prescriptor- que un paciente pueda cambiar de producto (esto es, de marca comercial) una vez iniciado el tratamiento con este fármaco.
- Que el lote 4 sí establece los criterios de adjudicación dado que estos derivan de la libre prescripción del facultativo en la dispensación de un tipo u otro de somatropina.
- Que el acuerdo marco recoge unos criterios de adjudicación debidamente motivados (y los analiza individualmente) acordes con el objeto del contrato, sin que vincule o limite indebidamente los posibles adjudicatarios, y sin restringir la competencia.

El órgano de contratación señala a su vez:

- Que se incumple el art. 50 1. B) LCSP al formular el recurso el mismo día que presento la oferta y considerar que, aunque mediara una diferencia de 4 horas entre ambos trámites, dicho plazo debe ser computado por días.



- Que la división en lotes efectuada no restringe la libre competencia dado que los lotes 1, 2 y 3 se han configurado con el objetivo de asegurar la continuidad de los tratamientos iniciados con SOMATROPINA en el Servicio Murciano de Salud, justificando detalladamente la motivación en los pliegos por tratarse de un medicamento biológico que no es sustituible directamente sin una valoración individualizada por el médico prescriptor, debido a que por las características de su materia prima o su proceso de fabricación no se puede asegurar que el principio activo sea idéntico. Por ello, y con el fin de asegurar la libre competencia se configura el lote 4, para el inicio de nuevos tratamientos, donde pueden presentarse todos los laboratorios que cumplan las condiciones técnicas mínimas indicadas en el PPT, por lo que el Acuerdo Marco está configurado para asegurar la continuidad de los tratamientos, pero sin limitar la concurrencia.
- Que las condiciones de adjudicación del lote 4 están meridianamente claras y no requieren posterior licitación dado que las condiciones de adjudicación del suministro derivan de las peticiones de suministros del medicamento por los diversos Hospitales a lo largo del plazo de duración del contrato.
- Finalmente considera que las condiciones de adjudicación del acuerdo marco están vinculadas con el objeto del contrato (desgranando individualmente cada una de ellas), guardando la debida proporcionalidad sin limitar o restringir indebidamente la competencia.

Sexto. En cuanto a la cuestión preliminar suscitada por el órgano de contratación este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones haciéndose eco del origen de la norma y su alcance e interpretación.

La Resolución de 19 de junio de 2019, Recurso nº 659/2019, Resolución nº 728/2019 disponía:

“TERCERO Hemos de analizar seguidamente la cuestión acerca de la admisibilidad del recurso que se ha planteado por el órgano de contratación en su informe en referencia a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50.1.b) LCSP, a cuyo tenor:

“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación



correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

Esta previsión legal responde al carácter vinculante de los pliegos para aquellos licitadores que hayan presentado sus proposiciones, lo que les imposibilita impugnar aquéllos tras la formulación de su proposición, dado que ello que supone, conforme al taxativo tenor del art. 139.1 LCSP, “la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”. Por tal razón, una vez formulada su oferta el licitador se sujeta incondicionadamente al contenido de los pliegos, los consiente, y pierde por ello la posibilidad de impugnarlos, con la salvedad que contempla el propio precepto relativa a la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho.

A la génesis y razón de ser de este precepto se ha referido el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su Resolución nº 26/2019, de 7 de marzo de 2019, en la que se indica lo siguiente:

“La redacción de este precepto obedece a la propuesta efectuada al efecto en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado nº 1116/2016, de 10 de marzo, sobre el mismo artículo 50.1.b) del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el cual, a diferencia de la redacción finalmente adoptada, disponía que “En ningún caso se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente”.

Argumentaba el Consejo de Estado que el sentido de esta cláusula “es claro y responde a la llamada condición de contractus lex -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato. Según una antigua y reiterada jurisprudencia, la regla general es que el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento. De este modo, al haber sido aceptada -ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, esta impediría a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez a lo actuado (cfr., entre otras muchas,



las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de junio de 1972 y de 31 de marzo de 1975).

»Una solución de este tipo encontraría apoyo, además, en lo dispuesto por el artículo 139.1 del anteproyecto, en términos similares a los establecidos hoy por el artículo 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: `Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)´.

Sin embargo, el Dictamen pone de manifiesto que "Frente a esta doctrina y la consecuente excepción del acto consentido juegan tres tipos de razones: i) que en todo caso lo anterior ha de dejar en pie la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; ii) alguna otra jurisprudencia que ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación, incluso en casos de simple anulabilidad; y iii) la circunstancia de que el Derecho de la Unión Europea impone el efecto útil de la Directiva de recursos y es contrario a una regla de este tipo.(...) »A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado sugiere que la regla sea suprimida dejando en cada caso la respuesta sobre la impugnabilidad al órgano competente para conocer del recurso, que deberá ponderar las circunstancias en juego. » En cualquier caso, de mantenerse la norma, debe formularse en términos de regla general que admite excepciones (no taxativos) y ha de incluir la salvedad -i. e. la posibilidad de recurso- frente a los pliegos o documentos contractuales en que concurren vicios de nulidad de pleno derecho. Podría establecerse en los siguientes o similares términos: `Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho´. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado" (...)."

Esta última sugerencia es la acogida por el legislador en el art. 50.1.b) de la LCSP, tal y como resulta de su texto previamente citado.

No podemos dejar de resaltar, para culminar nuestro razonamiento sobre esta cuestión, que la causa de inadmisibilidad del recurso especial que establece el precepto que venimos



analizando se refiere exclusivamente a quien, siendo ya licitador por haber presentado su proposición, aceptando con ello el contenido de los pliegos y sometiéndose a los mismos, conforme a las previsiones del art. 139 LCSP, sin embargo viene posteriormente, en contradicción con ello, a interponer recurso especial impugnando los pliegos. Distinta es la situación de aquel empresario que, estando interesado en concurrir a la licitación, y advirtiendo la existencia de algún vicio de legalidad en los pliegos, interpone recurso frente a los mismos y, para evitar verse perjudicado ante una eventual desestimación de su recurso, dado el carácter preclusivo del plazo de presentación de proposiciones, formula posteriormente su oferta en el procedimiento de licitación en el que ya ha impugnado los pliegos. En este caso su recurso es admisible, y además se salva el óbice que, respecto de la impugnación de los pliegos, viene advirtiendo este Tribunal en relación con la legitimación de aquel recurrente que no presenta oferta a la licitación.

A esta cuestión, resaltando la diferencia entre el licitador recurrente y el recurrente licitador, nos hemos referido en nuestra Resolución nº 249/2019, razonando en los términos siguientes:

“El Tribunal ha mantenido una vez entrada en vigor la LCSP el mismo criterio establecido al amparo de la normativa de contratación anterior. En la Resolución 790/2018, de 14 septiembre se resumen la doctrina fijada por el Tribunal sobre la legitimación para recurrir de una empresa no licitadora. Así: “Este Tribunal se ha pronunciado ya en diferentes recursos sobre las consecuencias de tal circunstancia. Para comenzar, se expuso ya en nuestra Resolución 967/2015, de 23 de octubre de 2015, que la interposición del recurso especial en materia de contratación no suspende el plazo para la presentación de la oferta de licitación, al señalar en su fundamentó de derecho quinto: “Que el artículo 43.4 TRLCSP (artículo 49.4 de la LCSP) dispone que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados. Ello lleva aparejado el hecho de que, si no se presenta una oferta, por mucho que se haya formulado recurso, el recurrente perderá la posibilidad de participar en la licitación, en la cual, evidentemente, estará interesado con carácter general. Por tanto, es ostensible que no es similar la posición del licitador recurrente, que la del recurrente licitador, pues en el primer caso, nos encontramos con un sujeto que presenta una propuesta, y, sin embargo, pretende cambiar las reglas a posteriori; mientras que, en el segundo caso, tenemos a una entidad que



cuestiona las reglas que han de regir, la contratación, pero que, aun así, decide participar en el procedimiento por si las mismas no fueran modificadas. Y todo ello, porque como hemos visto, la interposición del recurso, aun cuando se soliciten y adopten medidas cautelares, no afecta al plazo de presentación de ofertas. (...)

A la vista de esta doctrina, la recurrente no ha presentado oferta de ningún tipo, y el plazo de presentación de ofertas ya ha precluido. Como consecuencia de lo anterior, el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre. Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), circunstancia esta que no es el caso ahora examinado.”

En definitiva, no cabe sino concluir en que en el régimen establecido por la vigente LCSP la admisibilidad del recurso especial frente a los pliegos requiere que el empresario que, encontrándose interesado en participar en una licitación, advierta en los pliegos de la misma algún vicio de invalidez que estime procedente cuestionar y que no constituya un supuesto de nulidad de pleno derecho, tenga que impugnar los mismos antes de presentar su oferta para que su recurso resulte admisible, y, una vez formulado dicho recurso, si el vicio de invalidez denunciado no le imposibilita participar en la licitación, habrá entonces de formular su proposición en dicho procedimiento.”

En nuestro caso, es claro que nos encontramos ante un supuesto de recurrente licitador no siendo posible realizar la interpretación restrictiva y limitativa de la acción impugnatoria reclamada por el órgano de contratación. Más aún, teniendo en cuenta que el plazo para presentar ofertas finalizaba el 23/12/2020 a las 14:00. El recurrente presenta el recurso el 22 de diciembre de 2020 y posteriormente la oferta, (con una diferencia de 4 horas). Consideramos que no se le puede exigir que presente su oferta en el último día de plazo, cuando precisamente la constante es insistir en que las ofertas se presenten con tiempo para evitar problemas técnicos, cuando precisamente el recurrente ha presentado su oferta



con posterioridad al recurso presentado, por lo que entendemos que es procedente admitirlo como recurrente licitador y que no es. Y aún en el caso de que pudiéramos hacer referencia a una interpretación como la que sostiene el órgano de contratación (que tanto recurso como oferta se presentaron el mismo día) dicha interpretación ni siquiera permitiría afirmar que el recurrente fue antes licitador que recurrente, al haber presentado su oferta el mismo día (4 horas después) que su recurso sino en todo caso, que fue a la vez recurrente y licitador, por lo que en definitiva, deberíamos descender al momento exacto de presentación del recurso y la oferta para resolver la cuestión.

Séptimo. En segundo lugar, debemos pronunciarnos sobre la nulidad del Acuerdo Marco al “reservar” los tres primeros lotes a cada uno de los adjudicatarios del acuerdo marco anterior. Este Tribunal ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la discrecionalidad que ampara al órgano de contratación a la hora de establecer las necesidades del contrato, su objeto, así como proceder a la división en lotes de éste.

En particular y respecto de la división en lotes se debe partir de que el criterio general en la LCSP es la división en lotes, invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, norma que se establece con el fin de facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas.

El artículo 99 precisa: *“2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”.*

Del recurso presentado, se deduce que la recurrente no comparte el criterio técnico seguido a la hora de dividir los lotes, pues considera que restringe indebidamente la competencia porque en definitiva se le impide licitar al no disponer de productos con los requisitos técnicos requeridos. Ahora bien, el razonamiento por sí solo no evidencia una limitación de



la concurrencia, pues consta en el expediente que se han presentado ofertas por otras empresas a las que la configuración de los lotes no les ha impedido licitar, y tampoco evidencia error en el criterio seguido por el órgano de contratación, cuya decisión goza de discrecionalidad técnica. En cuanto a la imposibilidad de concurrir como consecuencia de los requisitos técnicos establecidos en los Pliegos, ya rechazábamos en nuestra Resolución 834/2015, de 18 de septiembre, que pueda erigirse lo dicho en causa de restricción de la libre concurrencia.

Dice la Resolución: *“En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: “Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”. En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.”*

En contra de lo que se sostiene en el recurso, el Pliego es claro al señalar las necesidades del contrato y la justificación de los lotes:



La somatropina es una potente hormona metabólica de importancia para el metabolismo de lípidos, carbohidratos y proteínas. En niños con hormona de crecimiento endógena inadecuada, la somatropina estimula el crecimiento lineal y aumenta la tasa de crecimiento. En adultos, así como en niños, la somatropina mantiene una composición corporal normal incrementando la retención de nitrógeno y estimulando el crecimiento del músculo esquelético, así como movilizand la grasa corporal. El tejido adiposo visceral responde de forma especial a la somatropina. Además del incremento de la lipólisis, la somatropina disminuye la absorción de triglicéridos en los depósitos adiposos del cuerpo. Las concentraciones séricas de IGF-I y de IGFBP3 (proteína transportadora del factor de crecimiento insulínico) son incrementadas por la somatropina.

La somatropina está indicada en niños para el tratamiento de diferentes trastornos del crecimiento y en adultos como terapia sustitutiva para aquellos adultos con un déficit marcado de hormona de crecimiento.

Existen diferentes marcas comerciales de somatropina comercializadas y que suponen un alto impacto económico para el Servicio Murciano de Salud. Al ser un medicamento biológico, conforme a la Orden Ministerial SCO/2874/2007 los medicamentos biológicos (insulinas, hemoderivados, vacunas, medicamentos biotecnológicos) no son sustituibles directamente sin una valoración individualizada por el médico prescriptor, debido a que por las características de sus materias primas o el proceso de fabricación no se puede asegurar que el principio activo sea idéntico.

Por tanto, es necesario, asegurar la posibilidad de continuar con la misma marca comercial en aquellos pacientes que ya se encuentran en tratamiento con este fármaco, no pudiendo restringir la compra a una única marca comercial.

El recurso señala que la motivación expuesta por el órgano de contratación para reservar y cerrar los lotes 1, 2 y 3 en favor de un único laboratorio farmacéutico es insuficiente e inválida, al gravitar en la Orden Ministerial SCO/2874/2007 pero lo cierto es que dicha Orden lo que explica, no es la justificación por lotes, sino precisamente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, los medicamentos que no pueden sustituirse en el acto de dispensación sin la autorización expresa del médico prescriptor, entre los que se encuentran los medicamentos biológicos (insulinas, hemoderivados, vacunas,

medicamentos biotecnológicos). Dicha definición conlleva lógicamente un deber para la Administración de garantizar la posible prescripción de tales medicamentos mediante el suministro adecuado de ellos, razón que justifica la necesaria previsión mediante el establecimiento de lotes que aseguren su suministro.

Octavo. En cuanto a la segunda causa de impugnación, la nulidad del lote 4 por no haber concretado las condiciones objetivas para determinar la adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco, debemos igualmente discrepar. Coincidimos con el Órgano de Contratación que las condiciones de adjudicación del lote 4 están meridianamente claras y no requieren posterior licitación dado que las condiciones de adjudicación del suministro derivan de las peticiones de suministros del medicamento por los diversos Hospitales a lo largo del plazo de duración del contrato.

Efectivamente el Pliego dispone:

8.2. El procedimiento de contratación se desarrollará en dos fases:

8.2.1. Primero, mediante la celebración de un Acuerdo Marco con los empresarios seleccionados.

8.2.2. Segundo, mediante los correspondientes pedidos derivados del AM, tramitados posteriormente para la adquisición efectiva de los bienes, entendiendo que han quedado establecidos todos los términos y sin que sea precisa, por tanto, una nueva licitación. En este sentido se considera que todas las empresas que han sido seleccionadas para la suscripción del AM, son adjudicatarias del mismo a partir de cuyo momento y tras los trámites administrativos pertinentes, desde los diferentes Centros gestores se podrán efectuar pedidos a los distintos adjudicatarios, si bien el SMS no garantiza porcentajes de consumo alguno a ninguno de los adjudicatarios, extremos estos aplicados especialmente al Lote 4 en la medida que puede haber más de un adjudicatario.

En definitiva, a la vista de la prescripción facultativa, los diferentes Centros concertarán los contratos de suministro, sin que sea posible garantizar un pedido mínimo. Por lo tanto, es claro el criterio que regirá para los centros hospitalarios la celebración de tales contratos, la prescripción que marque el facultativo con indicación del tipo de medicamento que requiere su paciente y por ello es claro en el Pliego que las condiciones de adjudicación



del suministro derivan de las peticiones de suministros del medicamento por los diversos Hospitales a lo largo del plazo de duración del contrato.

Noveno. Finalmente se alza el recurrente contra varios de los criterios de adjudicación por limitar artificialmente la competencia al reproducir características clave y exclusivas de un licitador y por establecer criterios no vinculados al objeto del contrato.

Cabe tener en cuenta, con carácter previo, que el régimen de valoración de la licitación se esquematiza de la forma siguiente:

A. Criterios estimables mediante juicios de valor (máx. 45 puntos.)

A1 Criterios técnicos

A1.1 Facilidad y seguridad de la administración y manipulación 16 ptos.

A1.2 Identificación del medicamento 2 ptos.

A1.3 Guía de uso racional del medicamento 2 ptos.

A1.4 Alerta de seguridad y calidad del medicamento 2 ptos.

A2 Atención e información al paciente

A2.1 Formación y soporte al paciente 10 ptos.

A2.2 Suministro dispositivos, transporte y desecho de medicamentos 5 ptos.

A2.3 Teléfono de atención al paciente 2 ptos.

A3 Políticas de gestión medioambiental 6 ptos.

B) Criterios evaluables mediante cifras y porcentajes (55 ptos)

B1 Precio 20 ptos.

B2 Forma farmacéutica preparada para la administración 6 ptos.

B3 Periodo de estabilidad de las prestaciones máx. 6 ptos.

B4 Porcentaje de rappel por volumen anual de ventas máx. 5 ptos.

B5 Seguimiento y control de la adherencia máx. 5 ptos.

→ *Disponibilidad de dispositivo capaz de monitorizar el cumplimiento del tratamiento y medir el seguimiento de la terapia por parte del paciente.... 5 PUNTOS.*



→No disponibilidad de dispositivo capaz de monitorizar el cumplimiento del tratamiento y medir el seguimiento de la terapia por parte del paciente.... 0 PUNTOS.

B6 Presentación en monodosis máx. 5 ptos.

B7 Indicadores terapéuticos máx. 3 ptos.

B8 Medicamento biosimilar 3 ptos.

B9 Excipientes de declaración obligatoria 2 ptos.

Este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, que con cita a la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y, la Resolución 756/2014, afirmaba: *“pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 756/2014, de 15 de octubre).”*

En este mismo sentido, hemos de citar la Resolución número 1509/2019, de 26 de diciembre, donde decíamos: *“De acuerdo con el texto del citado precepto, al órgano de contratación se le encomienda la facultad de decidir discrecionalmente sobre la forma de velar por los intereses públicos, y con ello de configurar libremente cuál va a ser el objeto del contrato a licitar y sus prestaciones. Es más, la discrecionalidad legal de la que goza el órgano de contratación, se extiende también a la facultad de definir y determinar los criterios técnicos a consignar en los pliegos. Citábamos en nuestras Resoluciones 609/2015, 688/2015, 699/2015 y 834/2015, la Resolución 548/2014, de 18 de julio, (fundamento octavo), donde decíamos a su vez “que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos,*

así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad””.

Corresponde, en definitiva, al órgano de contratación, definir el interés público a satisfacer con el contrato de suministros, fijar su objeto, así como los requisitos técnicos que han de exigirse para su correcta ejecución (Resolución 548/2015). La definición del objeto del contrato, decíamos en la Resolución 468/2018, de 11 de mayo, constituye una facultad discrecional, y por ello, se insiste, *“la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él”* (también, Resoluciones 156/2013, de 18 de abril, y 194/2013, de 23 de mayo).

Más recientemente la Resolución de 5 de marzo de 2020 ya citada al hacer referencia a las anteriores causas de impugnación.

Vamos a hacer referencia a cada una de las condiciones impugnadas:

- Cláusula A.1.1 que valora la facilidad y seguridad de la administración y manipulación. El recurrente considera que la elevada ponderación que se atribuye a este criterio de adjudicación (16 puntos sobre 100) y la excesiva amplitud de su banda de valoración (de 0 a 16 puntos) resultan contrarios al principio de proporcionalidad y convierten a este criterio de adjudicación en una verdadera prescripción técnica y, por ende, en un obstáculo insalvable para la competencia. Discrepamos de dicha conclusión dado que el criterio de adjudicación es consecuente con la propia dispensación del medicamento por el propio paciente en su domicilio, por lo que es razonable que se califique como característica técnica requerida con el fin de garantizar al paciente la tenencia de un dispositivo que facilite la inyección y aporte seguridad al propio proceso realizado por el paciente.
- Cláusula B.5 Seguimiento y control de la adherencia (máximo 5 puntos). Considera el recurrente que existe un trato discriminatorio en favor de la mercantil MERK, dado que su producto cumple tal requisito. Sin embargo, lo cierto es que en primer lugar es clara la razonabilidad del requisito en la medida que, si el

medicamento garantiza el seguimiento y control del tratamiento, dicha condición permitirá garantizar su éxito y el control por el médico prescriptor de la relación dosis-respuesta. Además, a la vista de los licitadores que han concurrido a la licitación, se observa que no son solo los presuntamente beneficiados por las condiciones técnicas criticadas y ni mucho menos puede considerarse que la puntuación otorgada sea desproporcionada.

- Cláusula B6 Presentación en monodosis (máximo 5 puntos). Traslada idéntica crítica el recurrente a este criterio de adjudicación que la vista en el criterio anterior, si bien ahora considerando que se beneficia indebidamente a PZIFER si estar debidamente motivado su exigencia a la vista del Pliego. No obstante, las características del suministro que nos ocupa, un medicamento biológico previsto para su administración por el paciente en su domicilio, en enfermedades crónicas o cuyo tratamiento se alarga en el tiempo, sí justifica su necesidad. Efectivamente el propio órgano de contratación señala que la somatropina se administra por el paciente en su domicilio y que la presentación en monodosis supone una menor manipulación del medicamento y evita el desecho de fármaco por parte del paciente, lo cual se considera ventajoso y, es por ello, que se valora la presentación monodosis sobre la multidos. Además, este criterio es debidamente proporcional, sin suponer un condicionante o desequilibrio en la adjudicación al hacer referencia a 5 puntos sobre un total de 100. Así, este criterio, no limita la concurrencia ni vulnera el principio de proporcionalidad.

- Clausula B8 medicamento biosimilar. Sobre esta impugnación, hemos tenido ocasión de pronunciarnos en los recursos 1467/2020 y 1487/2020. En concreto, señala el recurrente que dicha cláusula vulnera el principio de igualdad y no discriminación y que supone una ventaja competitiva respecto en favor de SANDOZ FARMACÉUTICA SA que comercia con dicho producto frente a los competidores que comercien con el producto original. Este Tribunal, como ya señalamos en los otros recursos, coincide con el órgano de contratación al señalar que la configuración de uno de los requisitos valorativos mediante fórmulas o cifras sea si el medicamento es o no biosimilar (clausula B8) dado que forma parte de la discrecionalidad del órgano de contratación en la definición y descripción del objeto del contrato. La justificación de la exigencia del criterio de adjudicación

“medicamento biosimilar” está ampliamente motivada por el órgano de contratación en el informe remitido y en el propio Pliego, que se hace eco de que la mejora en la eficiencia en la adquisición de medicamentos es un objetivo básico del Servicio Murciano de Salud, por lo que se considera que el establecimiento de dicho criterio valorativo está dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, doctrina reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal Administrativo en multitud de resoluciones, ya citadas, que inciden en que determinadas cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, no se pueden corregir aplicando criterios jurídicos. Por ello debe considerarse que el criterio de adjudicación impugnado cumple con el requisito de vinculación al objeto del contrato, previsto en el artículo 145.5.a) de la LCSP siendo la valoración ofrecida absolutamente proporcional de suerte que no cabe sostener que con ella se impida o limite el acceso a la contratación o se condicione su acceso a ciertos licitadores en detrimento de otros, al no tratarse de una puntuación desorbitada.

- Finalmente se impugnan las siguientes cláusulas por considerar que suponen mejoras encubiertas y no estar relacionadas con el objeto del contrato:

- o Cláusula A.2.1 “Formación y soporte al paciente” (máximo 10 puntos)
- o Cláusula A.2.2 “Suministro dispositivos de transporte y desecho medicamentos” (máximo 5 puntos)
- o Cláusula A.2.3 “Teléfono atención al paciente” (máximo 2 puntos)
- o Cláusula A.3 “Políticas de Gestión medioambiental” (máximo 6 puntos)

En este extremo hay que partir del art. 145 apartados 2, 5 y 6 de LCSP que disponen:

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las

características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

3.º El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un

planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

La formación y soporte al paciente, así como el suministro de dispositivos de transporte y desecho de medicamentos están integrados en la prestación objeto del contrato ya que el transporte, administración y desecho del medicamento por parte del paciente forma parte del ciclo de vida del medicamento.

Por último, cabe estimar el motivo de recurso referido al criterio de adjudicación contenido en la cláusula, 8.3.1, apartado A.3. Tal criterio valora que la empresa disponga de un sistema de gestión medioambiental que acredite compromisos medioambientales, enumerándose a modo ejemplificativo algunos de variado signo.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“Se valorará positivamente que la empresa disponga de un sistema de gestión medioambiental en la que se acrediten compromisos medioambientales, que dispongan de un sistema estructurado y reconocible de gestión que abarque planificación de las actividades, las responsabilidades, las prácticas, los procesos, los procedimientos, productos y recursos para desarrollar y llevar a efecto sus compromisos en materia de protección ambiental, prácticas, hábitos y medidas que pueden abarcar ámbitos como la reducción progresiva de residuos, utilizar racionalmente los recursos naturales y energéticos, la utilización de productos respetuosos con el Medio Ambiente como pueden ser los envases, actuar con criterios de transparencia, manteniendo una relación de cooperación con las autoridades, basar sus líneas de investigación en modelos sostenibles y responsables con el medioambiente, etc

Sobre la admisibilidad de este tipo de criterios de adjudicación nos hemos pronunciado entre otras, en nuestras Resoluciones nº 389/2019, de 17 de abril y nº 786/2019, de 11 de julio, señalando que cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental de la empresa, no estamos ante la valoración de características de la prestación en sí misma considerada de modo que permita una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato y ello porque estos requisitos no repercuten de tal modo en el resultado de la concreta prestación, en su calidad intrínseca, ya que se predicen de la empresa y no de la oferta o propuesta que el licitador formalice. Los criterios de adjudicación han de cualificar las ofertas propuestas y no los requisitos de los licitadores.

El disponer de políticas de gestión medioambiental viene referido en la cláusula impugnada a las condiciones subjetivas de los licitadores, requisitos que cualificarían subjetivamente al licitador pero que no se encuentran vinculadas ni cualifican directamente el concreto objeto de la prestación contratada.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.M.R.N. en nombre y representación de NOVO NORDISK PHARMA, S.A. (en adelante NOVO NORDISK) contra los Pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud Murciano para contratar el Acuerdo Marco para el “*Suministro de somatropina (DOE) inyectable*”, expediente CS/9999/1100954122/2020/AM, anulando la cláusula 8.3.1, apartado A.3, “Políticas de gestión medioambiental”, con retroacción 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 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.