



¿Se puede primar a los medicamentos biosimilares en las licitaciones públicas?

Resoluciones 172/2021, de 27 de mayo, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y 365/2021, de 9 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Recientemente se han publicado diversas resoluciones de tribunales administrativos en las que se valora si los órganos de contratación pueden establecer, entre los criterios de adjudicación de valoración automática, una prima para los medicamentos biosimilares por el simple hecho de serlo. La justificación de esta decisión y la proporcionalidad de la puntuación establecida son dos de los criterios clave para valorar si esta prima es ajustada a derecho o no.

La posición del TCCSP y del TACRC

La Resolución 172/2021 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) inadmite dos recursos especiales en materia de contratación pública presentados contra una licitación en cuyos pliegos se establecía un criterio de adjudicación automática que otorgaba 20 puntos si el medicamento ofertado era biosimilar. A los medicamentos biológicos ofertados y que no fueran biosimilares, por el contrario, no se les concedía ningún punto.

Las recurrentes impugnaron dicho criterio por considerar que vulneraba el principio de igualdad de trato y no discriminación respecto a los titulares de los medicamentos biológicos de referencia, que partirían con desventaja respecto de los biosimilares. Además, se argumentaba que la inclusión de este criterio no estaba debidamente argumentada en la memoria justificativa de la contratación. Tras recibir las alegaciones de las recurrentes, el órgano de contratación desistió del procedimiento.

En el caso de la Resolución 365/2021, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) resolvió que primar con 3 puntos extra al medicamento biosimilar sí es ajustado a derecho. En este caso la prima estaba motivada por el órgano de contratación en el informe remitido al TACRC y en los pliegos. Además, el TACRC añade que ofrecer estos 3 puntos no impide o limita el acceso a la contratación ni condiciona su acceso a ciertos licitadores en detrimento de otros, al no tratarse de una ventaja desorbitada.

La discrecionalidad técnica de la administración y la proporcionalidad

Los tribunales administrativos han venido reconociendo un amplio margen de discrecionalidad a la administración para formular los pliegos de contratación pública. La configuración de los criterios de valoración que figuran en los pliegos forma parte de la discrecionalidad en la definición y descripción del objeto del contrato. Sin embargo, la Ley de Contratos del Sector Público establece que los órganos de contratación deberán dar a los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio, ajustando su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. Estas resoluciones confirman el principio de que todos los criterios de adjudicación de valoración automática deben estar debidamente motivados, deben ser proporcionales y no pueden provocar discriminación entre los potenciales licitadores.