

CON LA VENIA: *Rico y con fundamento*



Joan Carles Bailach

Abogado de Faus & Moliner

Karlos Arguiñano lleva años enseñándonos cómo preparar todo tipo de platos, desde grandes y complejas recetas hasta aquéllas más sencillas. Pero todas ellas tienen algo en común: el plato debe quedar rico y con fundamento. No se preocupen, hoy no les vengo a hablar de cocina. La fundamentación es el elemento clave de todo acto administrativo. Los actos administrativos también deben ser ricos en fundamentos y estar debidamente motivados.

Hoy les comento una resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) y otra del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) que dan respuesta a una cuestión interesante: ¿pueden los órganos de contratación pública establecer, entre los criterios de adjudicación de valoración automática, una prima para los biosimilares por el simple hecho de serlo? La respuesta, a la gallega: depende.

En ambos casos, los órganos de contratación habían previsto una prima de 20 y 3 puntos, respectivamente, para los licitadores que ofertaran medicamentos biosimilares. A los medicamentos biológicos de referencia, por el contrario, no se les concedía esta ventaja.

Ante esta situación, algunas empresas afectadas plantearon que la prima otorgada a los medicamentos biosimilares vulneraba el principio de igualdad de trato y no discriminación porque los medicamentos biológicos de referencia partirían con desventaja respecto de los biosimilares. En el caso del contrato impugnado ante el TCCSP, además, se

ponía de manifiesto que dicha prima no estaba debidamente motivada en la memoria justificativa de la contratación.

Los tribunales han reconocido un gran margen de discrecionalidad a los órganos de contratación para formular los pliegos como consideren oportuno. Sin embargo, este margen de discrecionalidad no debe comportar un trato desigual y discriminatorio entre los posibles licitadores. La Ley de Contratos del Sector Público es clara en este sentido: se debe dar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a todos los licitadores que concurren a una licitación pública.

En el caso de Catalunya, tras la presentación del recurso, el órgano de contratación reconoció que la prima no estaba debidamente fundamentada y desistió de la licitación. En el caso del TCRC, se consideró que la prima de 3 puntos al medicamento biosimilar estaba bien fundamentada en la memoria justificativa y en los pliegos y, además, que ofrecer estos 3 puntos no implicaba una ventaja desproporcionada.

Estas resoluciones confirman que todos los criterios de adjudicación de valoración automática deben estar debidamente fundamentados, ser proporcionales y no provocar discriminación entre los licitadores. En caso de no ser así, pueden llegar a provocar una indigestión a los órganos de contratación, viéndose obligados a repetir las licitaciones. Como seguro compartirán conmigo, da mucha rabia cocinar un plato y que se te quemé.