

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ACCORD HEALTHCARE S.L. (en adelante Accord), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de medicamentos genéricos del Servicio Madrileño de Salud, para el Hospital Universitario de Móstoles”, número de expediente A/SUM-023198/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 20 de septiembre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 13 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 866.277,50 euros y su plazo de duración será de 12 meses.

Con fecha 17 de octubre de 2022, finalizo el plazo de licitación, no constando el número de propuestas admitidas.

Segundo.- A los efectos de resolver el presente recurso debemos transcribir el apartado 8.2 de la cláusula primera del PCAP:

“Ausencia de episodios de rotura de stock en el año previo a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas:

Si 5 puntos

No 0 puntos

Justificación: Por garantía de suministro del medicamento.

Forma de acreditación: Declaración responsable del Director Técnico del laboratorio de ausencia de notificaciones de rotura de stock a la AEMPS”.

Tercero.- El 10 de octubre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Accord en el que solicita la anulación del criterio de adjudicación transcrito por considerar que no está vinculado al objeto del contrato.

El 20 de octubre de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de fecha 13 de octubre de 2022.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los licitadores el 20 de septiembre de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 10 de octubre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el pliego de cláusulas administrativas particulares en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se circunscribe a la determinación de si el criterio de adjudicación transcrito en los fundamentos de hecho de esta Resolución se encuentra vinculado al objeto del contrato.

Recordemos que dicho criterio otorga 5 puntos a aquellas ofertas que acrediten que en contratos anteriores no se han producido rupturas del stock.

El recurrente en defensa de sus pretensiones considera que este criterio no está relacionado con el objeto del contrato al referirse a contratos anteriores, por lo que está vinculado con el comportamiento anterior de la empresa no con el contrato que se está licitando, por ello considera que tiene un carácter discriminatorio impidiendo la valoración de todas las ofertas presentada en condiciones de igualdad y competencia efectiva, vulnerando los artículos 132 y 145.5 b) y c) de la LCSP.

Argumenta que de acuerdo con el art. 145.5 de la LCSP los criterios de adjudicación que elija el órgano de contratación deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Estar vinculados al objeto del contrato
- Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad
- Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Trae a colación el textual del art. 145.6, donde se define que debe entenderse por vinculación al objeto del contrato: *“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”.

En consecuencia, considera que las actuaciones anteriores efectuadas por la empresa no deben incidir en la calificación del contrato que se encuentra en licitación, pues esa actuación anterior no puede entenderse como vinculada al objeto del contrato, al no aportar ninguna mejora de la oferta presentada.

A mayor abundamiento no distingue el criterio de adjudicación las causas por las que ha podido romperse el stock en el suministro, no haciendo excepciones en casos de fuerza mayor, lo que provoca sin duda una desigualdad entre licitadores y una falta de proporcionalidad en la aplicación de la puntuación del criterio.

En definitiva considera que la admisión de este criterio no solo no ayuda a la determinación de la mejor oferta sino que provoca una situación de desigualdad entre licitadores.

Invoca numerosas Resoluciones de distintos Tribunales de Contratación que coinciden con su interpretación.

Por su parte el órgano de contratación considera en su informe al recurso que el criterio objeto de controversia no impide a ningún licitador presentar su oferta, si cumple con su requisito obtendrá cinco puntos y en caso contrario cero puntos, pero podrá ser puntuable en el resto de criterios.

Manifiesta que la vinculación con el objeto del contrato afecta también a su distribución y por ello: *“Las consecuencias de los problemas de abastecimiento las sufren en primer lugar los pacientes. Pero, además, suponen una importante sobrecarga para médicos, farmacéuticos y administraciones sanitarias encargadas de solventarlas con elevados costes asociados directos (sobrecoste de las alternativas)*

e indirectos (horas dedicadas a resolver los problemas de suministro y seguimiento de los medicamentos sustitutos)”.

Prosigue argumentado que: “Por tanto, al introducir este criterio, que sólo es justificable, como antes se ha dicho, en las circunstancias actuales de crisis de mercado, no se intenta excluir a ninguna empresa, por lo que todas las empresas pueden participar en la licitación y resultar adjudicatarios, sino sólo se pretende premiar a aquellas empresas que en la situación actual están manteniendo una trayectoria de compromiso en relación a ejecución de los contratos firmados.

La empresa recurrente argumenta que el valor del criterio es desproporcionado. Hay que recordar que el órgano de contratación tiene la potestad de establecer la importancia que tiene cada uno de sus criterios de valoración, y que esta sólo sería discriminatoria si se aplicase de forma diferente a los distintos licitadores, o se estableciera sobre parámetros no definidos en su totalidad y que se pudiesen construir a posteriori, dejando esto en indefensión a las empresas. Como ya ha quedado justificado con anterioridad, la trayectoria de las empresas en el cumplimiento de sus compromisos en los últimos meses es suficientemente importante como para atribuirle un 5% del peso de la valoración general en la medida que se ajusta a nuestras necesidades actuales”.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal debe inicialmente determinar si el criterio invocado se encuentra vinculado al objeto del contrato o no lo está.

El art. 145.6 de la LCSP es claro al determinar cuándo un criterio de valoración se encuentra vinculado al objeto del contrato y el que nos ocupa no se encuentra vinculado en tanto en cuanto no recae en la precisa oferta al contrato que estamos licitando sino al comportamiento de la empresa en el pasado. Es obvio que nos encontramos más ante un dato de solvencia comercial que ante un criterio de adjudicación, que recaerá siempre a futuro, es decir hacia el contrato que se adjudique.

Las actuaciones previas de la empresa no pueden ser valoradas como criterios de adjudicación, pues afectan a otras licitaciones y no incide en la determinación de la mejor oferta en relación calidad-precio del contrato en trámite de licitación.

Este criterio ha sido mantenido por este Tribunal de forma reiterada valga por todas la Resolución 516/2019 de 12 de diciembre que establece: *“Resulta obvio que el criterio no valora una oferta determinada sino una cualidad o característica de la empresa anterior a la licitación, de tal manera que los licitadores difícilmente van a poder acomodar su oferta para cumplir el criterio, aun cuando se les dé como plazo el de presentación de proposiciones o se les amplíe el mismo, como dice el órgano de contratación que ha hecho.*

La situación previa o concurrente de la empresa no puede ser objeto de valoración en ningún caso puesto que los criterios de adjudicación han de ir referidos a la oferta, artículo 145.6 LCSP que exige que “se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse”.

Si bien entre las competencias del órgano de contratación encontramos la de formular sus necesidades establecida en el art. 28 de la LCSP y la forma de conseguir determinar la mejor oferta, esta capacidad se encuentra limitada por los principios generales en materia de contratación de igualdad entre licitadores. Así nos hemos expresado en numerosas ocasiones valga por todas la Resolución 376/2021, de 26 de agosto, donde establecimos: *“Este Tribunal ha de recordar que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 145.5 del LCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora y deben ser formulados de manera objetiva, con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y garantizando que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Y en el presente supuesto no se*

considera que el criterio esté formulado con la debida proporcionalidad, vulnerándose asimismo lo dispuesto en el artículo 132 de la LCSP”.

Es indudable que en el concreto caso que nos ocupa, la trayectoria de la empresa licitadora no forma parte de una característica que determine su vinculación al objeto de la contratación y por lo tanto no puede tomarse en consideración para la formulación de un criterio de valoración que puntúe su trayectoria anterior y no la calidad de la oferta presentada. Sin obviar que lo efectuado con anterioridad no tiene por qué repetirse en el futuro.

Por todo ello se estima el recurso interpuesto y se ordena la anulación del pliego de cláusulas administrativas, que deberá ser corregido en los términos expuestos en esta resolución de perdurar la necesidad de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ACCORD HEALTHCARE S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de medicamentos genéricos del Servicio Madrileño de Salud, para el Hospital Universitario de Móstoles”, número de expediente A/SUM-023198/2022.

Segundo.- 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.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal en 13 de octubre de 2022.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.