

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

ACCORD HEALTHCARE, S.L., con domicilio a efectos de notificaciones en el Moll de Barcelona, s/n, World Trade Center, Edificio Este, planta 6ª, 08039 BARCELONA; y en su nombre y representación, D. MARC COMAS GISBERT, con DNI nº [REDACTED], según escritura de poder que se adjunta como **Doc. 1**, ante este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

EXPONGO

- I. Que, en fecha 20 de septiembre de 2022, fue publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (“PCAP”) que ha de regir el *Contrato de suministro de medicamentos genéricos* (“**contrato**”), licitado por el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) para el Hospital Universitario de Móstoles.

Se adjunta el PCAP como **Doc. 2**, estando toda la documentación de la licitación disponible en el siguiente enlace, donde se acredita también la fecha de publicación del PCAP:

https://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354944625357&definicion=Contratos+Publicos&idPagina=1224915242285&language=es&op2=PCON&pagenome=PortalContratacion%2FPagina%2FPCON_contratosPublicos&tipoServicio=CM_ConvocaPrestac_FA

- II. Que, considerando que el PCAP de la licitación es contrario a Derecho, y al amparo del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”), ACCORD HEALTHCARE procede en tiempo y forma a interponer contra el mismo **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**, solicitando al mismo tiempo la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación y del plazo de presentación de ofertas, sobre la base de las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- ADMISIBILIDAD DEL PRESENTE RECURSO

Procede la admisión a trámite del presente recurso especial en materia de contratación, puesto que se cumplen todos los requisitos de admisibilidad previstos por la LCSP, como a continuación se expone.

1.1. Contrato objeto del recurso

El presente recurso tiene por objeto un contrato administrativo de suministro (cláusulas 1.1, 2 y 3 del PCAP), licitado por el Servicio Madrileño de Salud (Hospital Universitario de Móstoles), por un valor estimado de 866.277,50 € (cláusula 1.3 del PCAP).

Por tanto, el presente contrato es susceptible de recurso especial de acuerdo con el artículo 44.1.b) de la LCSP y con la cláusula 40 del PCAP, puesto que tiene por objeto un suministro con un valor estimado superior al umbral establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

1.2. Acto impugnado

El acto impugnado es el PCAP de la licitación, que se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de septiembre de 2022.

Se trata de un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.2.a) de la LCSP.

1.3. Legitimación

Esta sociedad ostenta legitimación para la interposición del presente recurso de acuerdo con el artículo 48 LCSP, por cuanto está interesada en presentar oferta a esta licitación, y sus intereses resultarán directamente afectados por la decisión que adopte este Tribunal en el presente recurso.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (“TACRC”) ha reconocido que, en el caso de recursos especiales formulados contra Pliegos, ostentan legitimación *“todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y, por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso contra aquél hecho valer”* (en este sentido, por ejemplo, las Resoluciones 45/2012 y 643/2016 del TACRC).

Así, la Resolución 643/2016 del TACRC establece, en su fundamento jurídico segundo, lo siguiente:

*“En el supuesto planteado, la recurrente no tiene todavía la condición de licitadora. No obstante, es una entidad mercantil cuyo objeto social comprende las prestaciones requeridas por el contrato y manifiesta en el recurso su interés por participar en la licitación, por lo que debe concluirse que **sus derechos o intereses legítimos pueden resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso sobre los Pliegos** y ha de reconocérsele la legitimación para interponerlo”.*

Además, la Resolución del TACRC 994/2019, de 6 de septiembre, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece lo siguiente:

“Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. (...)

Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), en la que se lee:

*«Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, **reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a unas determinadas empresas, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad**”.*

Pues bien, en el presente caso, ACCORD HEALTHCARE es una sociedad cuyo objeto social comprende “la comercialización, venta, distribución, importación y exportación de toda clase de sustancias medicinales, productos, preparados y especialidades farmacéuticas, dermatológicas y de higiene” (art. 2 de sus Estatutos)

Se adjunta como **Doc. 3** una copia de la escritura pública de constitución de la sociedad, otorgada en fecha 22 de mayo de 2009, que contiene los Estatutos de la misma.

Así pues, **esta sociedad, por su objeto, tiene plena capacidad para presentarse a la licitación objeto del recurso.**

Además, el presente recurso especial se interpone con el fin de obtener la anulación de determinados puntos del apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP, que establecen como **criterio de adjudicación** el hecho de que el licitador no haya tenido episodios de roturas de stock en el año previo a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas.

Al entender de esta parte, como se argumentará en el presente recurso, este criterio de adjudicación es contrario a Derecho y **perjudica claramente los intereses de ACCORD, impidiendo su participación en la licitación en condiciones de igualdad**, puesto que esta sociedad sí ha tenido algún episodio de este tipo en el último año.

- PACLITAXEL ACCORD 6 mg/ml CONCENTRADO PARA SOLUCIÓN PARA PERFUSIÓN EFG 1 vial
- Expediente: 22PE13225
- Detalle de la causa: Problemas de planificación en la planta de fabricación

Por ello, este criterio de adjudicación impedirá a esta empresa obtener una parte muy relevante de la puntuación correspondiente a los criterios de adjudicación automáticos - concretamente, hasta 5 puntos en todos los lotes-, afectando directamente a sus intereses.

Es evidente, pues, que, en tanto que empresa potencialmente licitadora en este contrato, la resolución del presente recurso sobre la conformidad o no a Derecho del criterio de adjudicación impugnado afectará directamente a los intereses de esta parte y a su posibilidad final de obtener el contrato, por lo que debe reconocerse su legitimación.

1.4. Competencia

Este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM) es competente para la resolución del presente recurso en virtud del artículo 46.1 de la LCSP, y del artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por la que se crea este Tribunal.

1.5. Plazo

El PCAP de la licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de septiembre de 2022, como se acredita en el enlace de la licitación proporcionado en el Expositivo I de este recurso. Por tanto, el presente recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles desde su publicación, como exige el artículo 50.1.b) de la LCSP.

SEGUNDA.- ANULACIÓN DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN “*AUSENCIA DE EPISODIOS DE ROTURA DE STOCK*” ESTABLECIDO EN EL APARTADO 8.2 DE LA CLÁUSULA 1 DEL PCAP

2.1. El criterio de adjudicación impugnado

El apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP establece los criterios de adjudicación de la presente licitación aplicables a cada uno de los 13 lotes que conforman el contrato.

Todos los criterios de adjudicación son de carácter automático: el precio (70 puntos) y los criterios objetivos de calidad técnica (30 puntos).

Pues bien, entre los criterios objetivos de calidad técnica, el apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP prevé el siguiente:

- 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.

Es decir, lo que se valora como criterio de adjudicación es que el licitador no haya tenido episodios de rotura de stock en el año anterior a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas. A tal efecto, debe aportar una declaración responsable del Director Técnico del laboratorio que acredite la ausencia de notificaciones de rotura de stock a la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS).

Este criterio de adjudicación se prevé para todos los lotes del contrato (apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP).

Y además, se trata de un criterio muy relevante dentro de los criterios objetivos de calidad técnica, puesto que su cumplimiento se valora en todos los lotes con 5 puntos sobre los 30 puntos totales, y ésta es la máxima puntuación que se obtiene por este tipo de criterio en el PCAP.

Pues bien, al entender de esta parte, **este criterio de adjudicación debe considerarse nulo**, por cuanto, como se verá: (i) no está relacionado con el objeto del contrato, al referirse a contratos anteriores, y es inadecuado y desproporcionado, vulnerando los artículos 145.5.a) y 145.6 de la LCSP, y (ii) tiene carácter discriminatorio, impidiendo la valoración de todas las ofertas presentadas en condiciones de igualdad y de competencia efectiva, vulnerando los artículos 132 y 145.5.b) y c) de la LCSP.

Por estos motivos, como se argumentará en el presente recurso, procede la anulación del citado criterio de adjudicación.

2.2. Requisitos de los criterios de adjudicación

De acuerdo con el artículo 145.1 de la LCSP, la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación “*en base a la mejor relación calidad-precio*”.

Según el artículo 145.5 de la LCSP, los criterios de adjudicación deben cumplir los siguientes requisitos:

“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”.

El artículo 145.6 de la LCSP, por su parte, establece lo siguiente:

“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”.

Como puede verse, por tanto, los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato, en el sentido de estar referidos a las prestaciones (en este caso, suministros) que deban realizarse en virtud del mismo, en cualquiera de las etapas de su ciclo de vida.

Además, deben ser formulados de forma objetiva y no discriminatoria, y no generar desigualdad entre los licitadores, de forma que garanticen que las ofertas puedan ser evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

2.3. El criterio de adjudicación no está vinculado al objeto del contrato, es inadecuado a la finalidad que persigue y desproporcionado.

Pues bien, en el presente caso, el criterio de adjudicación impugnado debe ser anulado, en primer lugar, por contravenir los artículos 145.5 y 145.6 de la LCSP, al no estar vinculado con el objeto del contrato, ser inadecuado a la finalidad que persigue y ser manifiestamente desproporcionado.

Ello resulta de lo siguiente:

- 1) Como se ha visto, lo que se valora como criterio de adjudicación en el criterio previsto en el apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP es que el licitador no haya tenido episodios de rotura de stock en el año anterior a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas.

Es decir, se valora una cuestión **no relativa a la prestación del contrato objeto de licitación** -el suministro de los medicamentos que tendrá lugar a partir de la formalización de este contrato-, sino **relativa a contratos anteriores del licitador**, en concreto los que haya ejecutado en el último año.

Debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho, los contratos deben adjudicarse en base a la mejor calidad-precio, de forma que los criterios de adjudicación deben estar referidos, o bien al precio, o bien a aspectos que incidan en la calidad de la prestación.

El artículo 145.6 de la LCSP permite considerar vinculados al objeto del contrato los criterios que se refieran a las prestaciones “*que deban realizarse en virtud de dicho contrato*”, y en concreto cualquier aspecto referido a “*cualquier etapa de su ciclo de vida*”.

El ciclo de vida puede hacer referencia al proceso de producción, prestación o comercialización de los suministros objeto del contrato, pero no, lógicamente, a los procesos de producción, prestación o comercialización **de otros productos suministrados anteriormente** en virtud de otros contratos o incluso a otras Administraciones, que ninguna cualidad aportan en relación con la prestación que se va a realizar en virtud de la oferta presentada.

En este sentido, la Resolución 875/2019, de 25 de julio, del TACRC, dispone, en relación con el artículo 145.5 LCSP, lo siguiente:

*“Del contenido del precepto transcrito resulta que el criterio se hallará vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redunda en el hecho de que **la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando***

el criterio se refiere a actividades distintas”.

Por tanto, resulta claro que el artículo 145 de la LCSP **no permite valorar como criterios de adjudicación aspectos relativos a prestaciones realizadas con anterioridad por el licitador en el marco de otros contratos.**

Así resulta también claramente de la Resolución 961/2021, de 30 de julio, del TACRC, relativa a un supuesto muy similar al presente, y que se expondrá en detalle posteriormente.

En el presente caso, aun cuando el apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP indica que todos los criterios de valoración están vinculados directamente con el objeto del contrato, “*en cuanto que afectan a características específicas de los materiales convocados*”, resulta claro que ello no es así en relación con el criterio de “*ausencia de episodios de rotura de stock*”, por lo que este criterio debe ser anulado.

- 2) Además, el criterio de adjudicación impugnado no se refiere a una cualidad o característica de la prestación a realizar, sino a una **condición previa del licitador -una condición de la empresa-**, por lo que no puede admitirse como criterio de adjudicación.

Sobre esta cuestión, cabe citar, por todas, la Resolución 494/2019, de 9 de mayo, del TACRC, que dispone lo siguiente:

“En relación con la experiencia este Tribunal recogió igualmente la improcedencia de incluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como el criterio experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador, en conformidad tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (SST JUE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes–Países Bajos, y de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, Lianakis-Afexandroupolis), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así por todas, SSTs de 11 de junio de 2006 y 21 marzo 2007) (...).

Así dijimos en nuestra resolución 220/2012, de 3 de octubre, reiterada en las Resoluciones 189/2014 y 295/2014, que «se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto»”.

No cabe establecer como criterio de adjudicación, por tanto, cuestiones que son relativas a la empresa, y que no hacen referencia a ninguna característica o cualidad de la oferta, sino a circunstancias personales del licitador.

Los criterios de adjudicación deben ser condiciones que permitan valorar la calidad de las ofertas, evaluando su mejor calidad-precio, y permitiendo una valoración comparativa de las características ofertadas por los licitadores.

Por consiguiente, **no se puede valorar como criterio de adjudicación** el hecho de que ésta no haya tenido en el último año ningún episodio de rotura de stock.

Ello constituye una condición o circunstancia de la empresa, que **nada añade a la calidad de la prestación que se va a realizar en virtud del contrato (oferta)**.

Ello al margen de que, además, tampoco podría ser establecida como condición de solvencia, por lo que se indicará posteriormente.

- 3) Aun cuando el órgano de contratación pretenda justificar dicho criterio por la necesidad de garantizar el suministro de los medicamentos -como se indica en la propia cláusula impugnada-, lo cierto es que el criterio establecido **no es apto para cumplir dicha finalidad**.

En primer lugar, porque el hecho de que la empresa no haya tenido en el último año episodios de roturas de stock **no asegura que no los vaya a tener en el período de ejecución del contrato licitado**.

Evidentemente, nada tiene que ver lo primero con lo segundo, y por este motivo el criterio de adjudicación establecido **no aporta ninguna característica de la oferta que pueda ser valorada**.

Cuestión distinta sería que se valorara el compromiso de la empresa de no sufrir ninguna de estas circunstancias durante la ejecución del contrato. Pero en todo caso, se trataría de un aspecto a verificar durante la ejecución del contrato, pudiendo establecerse penalidades en el caso de que no se cumpliera con lo ofertado, sin que ello afectara a la adjudicación del contrato.

Además, la mera referencia como criterio de adjudicación a la ausencia de roturas de stock en el año previo, sin precisar cuáles hayan sido sus consecuencias, resulta a todas luces **desproporcionada**, puesto que la Administración puede haber iniciado un expediente por rotura de stock y haber concluido finalmente que ésta se hallaba justificada (fuerza mayor), sin llegar a imponer ninguna penalidad ni ninguna otra consecuencia, o incluso concluyendo que el contrato no quedara afectado por dichas circunstancias.

Tampoco se limita el ámbito territorial de las roturas de stock que se tienen en cuenta, de forma que podrían incluirse casos de otras comunidades autónomas, que nada tienen que ver con el suministro de medicamentos al Servicio Madrileño de Salud (Hospital Universitario de Móstoles) -que aquí es lo que se pretende garantizar-, o incluso supuestos que la empresa hubiera podido tener en otros Estados.

Resulta claro, por tanto, que este criterio de adjudicación no tiene relación con el objeto del contrato, es **inadecuado para la finalidad** que supuestamente persigue, y además resulta completamente **desproporcionado**.

- 4) La valoración de este criterio de adjudicación supone, además, **atribuir una consecuencia no prevista legalmente a los supuestos de rotura de stock de medicamentos**.

En efecto, en estos casos, relativos a contratos previos, la normativa de contratación pública tiene mecanismos para penalizar el incumplimiento -ya sea mediante la imposición de penalidades, la resolución del contrato, o incluso el establecimiento de una prohibición de contratar-, y la legislación sanitaria prevé también la posible aplicación de sanciones en el caso de que los medicamentos no estén en condiciones de ser comercializados.

Por ello, en la medida en que esta situación tiene ya sus consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento, **no procede que sea valorada como criterio de adjudicación en la licitación de un nuevo contrato**.

Ello supondría atribuir a esta situación una consecuencia no prevista legalmente, vulnerando la normativa de contratación pública y la legislación sanitaria, e **implicaría la imposición a las empresas de una nueva “penalidad” por una situación por la que ya han respondido**.

En consecuencia, por todos los motivos expuestos, el criterio de adjudicación establecido en el apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP debe considerarse contrario a Derecho, al vulnerar los artículos 145.5 y 145.6 de la LCSP.

Lo anterior **ha sido reconocido por el TACRC**, por ejemplo, en su **Resolución 961/2021, de 30 de julio**, que aborda un supuesto muy similar al presente. En aquel caso, relativo al contrato de servicio de recogida en el Centro Nacional de Dosimetría, transporte y entrega de paquetería a domicilio, la cláusula del Pliego impugnada establecía el siguiente criterio de adjudicación:

“No haber cesado en la prestación del servicio objeto del contrato, de manera unilateral, en los últimos diez años, por motivos de catástrofes naturales, sanitarias o situaciones de emergencia extraordinaria, y comprometerse a no hacerlo de manera unilateral durante la prestación del presente servicio: 16 puntos”.

El TACRC estimó el recurso especial presentado, anulando dicha cláusula del Pliego, por considerar lo siguiente:

*“Quinto. Se cuestiona en el recurso la **cláusula del pliego que pondera entre los criterios de adjudicación la no interrupción en la prestación del servicio objeto del contrato**, de manera unilateral, en los últimos diez años, por motivos de catástrofes naturales, sanitarias o situaciones de emergencia extraordinaria, y comprometerse a no hacerlo de manera unilateral durante la prestación del servicio. (...)*

Pues bien, en cuanto al fondo del motivo de impugnación del criterio de adjudicación, el Tribunal considera que el recurso debe ser estimado.

*La LCSP establece, entre otros, en los artículos 192, 193, 194, 110, 211, y 71.2.c), las consecuencias que debe tener para el adjudicatario el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la demora en la ejecución del contrato, que son, según lo casos, la imposición de penalidades, la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y la tramitación de un procedimiento para declarar la prohibición de contratar, **no considerándose ajustado a Derecho que la consecuencia de los incumplimientos sea otra distinta a las establecidas legalmente, esto es, impedir que la empresa incumplidora pueda devenir adjudicataria del presente contrato por la vía de establecer un criterio de adjudicación que lo imposibilita.***

La finalidad de los criterios de adjudicación es evaluar la mejor relación calidad-precio de las ofertas, permitiendo una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal y como se define en las especificaciones técnicas, y, en opinión del Tribunal, eso no se consigue con el criterio objeto de impugnación, que lo que pretende es penalizar un incumplimiento de la empresa recurrente en otro contrato.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que los incumplimientos alegados respecto del contrato en vigor pudieron ser debidos a la existencia de fuerza mayor, concepto que se define como aquel acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior, imprevisible, y que no hubiera sido posible evitar, aun aplicando la mayor diligencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1965 exige las notas de imprevisibilidad, e inevitabilidad o irresistibilidad.

El artículo 1.105 del Código civil (de aplicación supletoria en las materias regidas por otras leyes, según su artículo 4.3) establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. Y el artículo 1.602 exime de responsabilidad a los conductores por la pérdida o avería de las cosas que reciben, en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Se estima, pues, este motivo de recurso, anulándose el criterio de adjudicación establecido en el apartado 11.1.2.c) del PCAP”.

Como puede verse, por tanto, **no cabe considerar conforme a Derecho un criterio de adjudicación que valora la no interrupción de la prestación en contratos anteriores**, por cuanto ello supone establecer una consecuencia jurídica para esta situación distinta a las previstas legalmente, impidiendo que la empresa devenga adjudicataria del contrato.

Este tipo de criterios no son aptos para evaluar la mejor calidad-precio de las ofertas, ni permiten una evaluación comparativa del rendimiento de la prestación ofertada, de forma que no pueden ser aceptados.

A pesar de que, en aquel caso, el criterio de adjudicación cuestionado impedía el acceso de la empresa a la licitación, al requerirse a los licitadores alcanzar una puntuación mínima que no podía obtenerse sin puntuar en este apartado -lo que no ocurre en el presente supuesto-, **los argumentos considerados por el Tribunal son plenamente trasladables al presente caso, como se ha visto, e impiden mantener dicho criterio de adjudicación en el PCAP**, puesto que en la práctica esta empresa vería gravemente perjudicada su puntuación en los criterios objetivos de calidad técnica, **mermando gravemente sus posibilidades de obtener el contrato.**

Además, en sentido similar, debe citarse la Resolución 521/2019, de 16 de mayo, del TACRC, que anuló una cláusula de Pliego que exigía, como condición de solvencia para participar en la licitación, que los licitadores presentaran un certificado de la Dirección General de Policía que indicara que no constaba ningún expediente sancionador por infracción a la Ley de Seguridad Ciudadana.

Esta Resolución muestra que los expedientes que puedan haberse tramitado a una empresa por situaciones anteriores al contrato no pueden ser valorados ni siquiera como condición de solvencia, por lo que todavía menos podrán ser establecidos como criterios de adjudicación para puntuar la oferta.

El mismo criterio ha sido aplicado por este propio TACPM en su Resolución 516/2019, de 12 de diciembre, que, en relación con un criterio de adjudicación que valoraba que los licitadores hubieran contratado con contrato indefinido al menos a una persona de determinados colectivos en los tres meses anteriores al plazo de ofertas, declaró lo siguiente:

“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 amplié 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”.

Por tanto, como puede verse, también este TACPM ha considerado que las actuaciones previas de la empresa no pueden ser establecidas como criterio de adjudicación, puesto que estos criterios deben ir referidos a las cualidades y prestaciones de la oferta, y no a circunstancias anteriores de la empresa.

Por consiguiente, a la vista de todo lo anterior, procede anular el criterio de adjudicación relativo a la “ausencia de episodios de rotura de stock en el año previo a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas” establecido en el apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP, por vulnerar los artículos 145.5 y 145.6 de la LCSP.

2.4. El criterio de adjudicación es discriminatorio y no permite que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva

Adicionalmente, el criterio de adjudicación impugnado debe ser anulado, por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación (arts. 1.1 y 132 LCSP), al no estar formulado de forma objetiva (art. 145.5.b) LCSP) y no permitir una evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva (art. 145.5.c) LCSP).

Sobre la necesidad de que los criterios de adjudicación se formulen de forma objetiva y no discriminatoria cabe citar, por ejemplo, la Resolución 875/2019, de 25 de julio, del TACRC, que dispone lo siguiente:

“Este Tribunal se refirió a los requisitos que han de cumplir los criterios de adjudicación que se incorporen a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares en la Resolución 764/2019 C.A. Principado de Asturias 52/2018, en cuyo fundamento de derecho octavo se decía: (...)

*Sobre el segundo requisito del criterio (debe respetar el Derecho europeo, especialmente el **principio de no discriminación**, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento) debe indicarse que **un criterio de adjudicación no es admisible si es contrario a la igualdad entre operadores o es discriminatorio**, lo cual ocurre o puede ocurrir si evalúa unas mejoras sobre las condiciones salariales establecidas en un convenio de ámbito territorial determinado respecto de las establecidas en el convenio de otro ámbito territorial distinto dentro del territorio nacional, o respecto de empresas de otros países miembros, bien sean mejores, bien sean peores, pues si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación.” (...)*

*La circunstancia anterior **nos lleva a tener que comprobar si ese criterio de adjudicación, tal y como se configura en el PCAP incide en el rendimiento de las ofertas en la ejecución de los servicios tal y como son definidos en las especificaciones técnicas, si mejoran ese rendimiento o la calidad de la ejecución y si permiten medir esas mejoras de niveles de rendimiento valorando comparativamente los de las distintas ofertas.***

*Pues bien, este Tribunal **no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24, para que un criterio de adjudicación opere como tal y sea admisible.** (...).”*

Igualmente, la Resolución 421/2021, de 17 de septiembre, de este TACPM, indica:

“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”.

Y la Resolución 376/2021, de 26 de agosto, del mismo TACPM, se pronuncia en el mismo sentido, declarando:

“Como ha mantenido este Tribunal en numerosas resoluciones los pliegos han de proporcionar a los empresarios que participen en el procedimiento de contratación acceso en condiciones de igualdad sin crear obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia, con respeto a los principios generales de la contratación de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, y ajustando su actuación al principio de proporcionalidad, siendo este último determinante para evitar que la exigencia de una ponderación desproporcionada de un determinado criterio de adjudicación impida la efectividad de la garantía legalmente prevista de que las ofertas se evalúen en condiciones de competencia efectiva.

Por tanto, el órgano de contratación dispone de un ámbito de discrecionalidad para la fijación de los criterios de adjudicación y para atribuir a cada uno de ellos la ponderación que considere más adecuada en cada caso, pero dentro del marco legal y del respeto a los citados principios de la contratación”.

Pues bien, en el presente caso, como es evidente, el criterio de adjudicación establecido no respeta las exigencias del principio de igualdad ni permite que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Ello porque este criterio, al valorar que los licitadores no hayan tenido episodios de rotura de stock en el año anterior, **sitúa a determinadas empresas -como la aquí recurrente- en una situación de desventaja**, al no poder cumplirlo y no poder obtener su oferta los 5 puntos correspondientes al mismo en cada lote.

En cambio, dicho criterio favorece a las empresas que no hayan tenido este tipo de episodios en este período temporal, aun cuando ello ninguna incidencia tiene en la prestación que se realizará, y a pesar de que como se ha dicho los episodios que se hubieran sufrido pueden haber tenido distintos resultados y consecuencias.

Por tanto, resulta claro que el criterio de adjudicación impugnado es discriminatorio.

Además, como puede apreciarse, este criterio **no permite evaluar el rendimiento de las ofertas presentadas en condiciones de competencia efectiva**, puesto que, por una circunstancia propia y previa de la empresa -que nada tiene que ver con la calidad o rendimiento del suministro que se llevará a cabo en virtud del contrato-, la oferta de esta parte obtendrá una menor puntuación por los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes.

Es decir, que no todas las empresas licitadoras tendrán las mismas oportunidades de formular los términos de su oferta, al no encontrarse en posición de igualdad frente a este criterio.

Se trata, por tanto, de un criterio de adjudicación que resulta contrario al principio de igualdad y no discriminación, y no permite evaluar el rendimiento de las ofertas en condiciones objetivas de igualdad, favoreciendo aquellas que no hayan tenido el tipo de episodios mencionados, sin que ello tenga ninguna relación con la prestación ofertada.

Por este motivo, el criterio de adjudicación relativo a la *“ausencia de episodios de rotura de stock en el año previo a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas”* establecido en el apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP, debe ser anulado, por vulnerar los artículos 1.1, 132, y 145.b) y c) de la LCSP.

Por todo lo expuesto,

SOLICITO que tenga por presentado este escrito, junto con la documentación que se acompaña, y en sus méritos, previos los trámites oportunos, de conformidad con el artículo 44 de la LCSP, tenga por formulado por parte de ACCORD HEALTHCARE **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de referencia, y en su virtud, acuerde la anulación del criterio de adjudicación *“ausencia de episodios de rotura de stock en el año previo a la fecha de inicio del plazo de presentación de ofertas”* establecido en apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP.

OTROSÍ DIGO que, al amparo de lo establecido en el artículo 51.1 de la LCSP, en relación con el artículo 49 de la misma, esta parte solicita que este Tribunal Administrativo **acuerde la adopción de la MEDIDA CAUTELAR consistente en suspender el procedimiento de adjudicación del contrato** hasta que el presente recurso especial sea resuelto, **con suspensión específica del plazo de presentación de ofertas** ex artículo 49.4 de la LCSP, con fundamento en la siguiente

ALEGACIÓN

ÚNICA.- PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA

En el presente caso, al entender de esta parte, procede la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación del contrato y la suspensión del plazo de presentación de ofertas -que finaliza el 17 de octubre de 2022- hasta la resolución del presente recurso especial.

Como es sabido, el artículo 49 de la LCSP dispone lo siguiente:

“1. Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”. (...)

“4. Salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados”.

Por tanto, de acuerdo con este precepto, el órgano competente -en este caso, este TACP- puede acordar la suspensión cautelar del procedimiento, incluyendo la suspensión cautelar del plazo de presentación de ofertas.

Pues bien, en el presente caso, esta medida cautelar solicitada es plenamente procedente, por los siguientes motivos:

- 1) En primer lugar, porque la no suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación que se solicita -y la no suspensión del plazo de presentación de ofertas-, produciría a esta parte un **perjuicio de imposible reparación**, por cuanto implicaría que el procedimiento de licitación siguiera su tramitación hasta la adjudicación y formalización del contrato, **sin que ACCORD hubiera podido presentar una oferta en condiciones de igualdad con los demás licitadores**.

Debe tenerse en cuenta que, cuando este recurso se resuelva, previsiblemente el procedimiento de licitación habrá avanzado hasta tal punto que ya habrá finalizado el plazo de presentación de ofertas -que finaliza el 17 de octubre de 2022-, y **se habrán abierto y puntuado las ofertas presentadas, de forma que se habrá aplicado a esta parte el criterio de adjudicación aquí impugnado**.

Ello implica que, previsiblemente, la oferta de ACCORD no habrá podido obtener la máxima puntuación en los criterios objetivos de calidad técnica, lo que redundará en una menor posibilidad de obtener la adjudicación del contrato, **consolidándose la situación de desigualdad que mediante el presente recurso se pretende evitar.**

Por tanto, es evidente que, de no otorgarse la medida cautelar solicitada, se generarán perjuicios irreparables a esta parte y se haría perder al recurso su efecto útil y su finalidad.

Debe recordarse que el recurso presentado y la medida cautelar que se solicita tienen la finalidad de corregir las infracciones en que ha incurrido el Servicio Madrileño de Salud (Hospital Universitario de Móstoles) al aprobar el PCAP de la licitación, al definir un criterio de adjudicación que es contrario los artículos 1.1, 132, y 145 de la LCSP, por no estar relacionado con el objeto del contrato, vulnerar los principios de igualdad y no discriminación, y no permitir la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

Asimismo, la suspensión cautelar del procedimiento que se solicita pretende impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados, esto es, que se **vulnera el derecho de formular una oferta en condiciones de igualdad de los operadores** que, como ACCORD, pueden ejecutar correctamente el contrato cumpliendo con los requisitos de los Pliegos.

Por ello, la no adopción de la medida cautelar solicitada provocaría, para esta parte, una situación difícilmente reversible que **haría perder la eficacia al presente recurso.**

- 2) En segundo lugar, en el presente supuesto, la **ponderación de los intereses en conflicto debe conducir necesariamente a otorgar la medida cautelar**, puesto que la suspensión del procedimiento de adjudicación (y del plazo de presentación de ofertas) no produciría ningún perjuicio o consecuencia negativa para el interés público del Servicio Madrileño de Salud (Hospital Universitario de Móstoles) sino que, al contrario, redundaría en su propio beneficio.

Debe tenerse en cuenta que el suministro de los medicamentos objeto del contrato puede seguir garantizado mediante la “prórroga forzosa” de los anteriores contratos *ex* artículo 29.4 de la LCSP, de forma que el hecho de suspender el presente procedimiento de adjudicación no supone ningún peligro de interrupción del abastecimiento de dichos medicamentos.

Asimismo, teniendo en cuenta que el interés público radica en la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, que presente una mejor calidad-precio; resulta que este interés público no queda garantizado si se aplica el criterio

de adjudicación impugnado, al poder quedar peor puntuadas ofertas que presenten el mejor precio y una mayor calidad, pero correspondan a empresas que hayan tenido episodios de rotura de stock en el último año.

Es decir, la aplicación del criterio impugnado puede conducir a la adjudicación del contrato a una oferta que no sea la de mayor calidad y mejor precio, lo que sería contrario al interés del Servicio Madrileño de Salud (Hospital Universitario de Móstoles).

El interés público exige, por tanto, la adopción de la medida cautelar solicitada, con el fin de garantizar que no se establezcan este tipo de condiciones y que no se adjudiquen contratos a ofertas que no son las económicamente más ventajosas, lo que vulnera el principio de eficiente utilización de los fondos públicos (art. 1.1 LCSP).


Por otra parte, con la suspensión del procedimiento solicitada, se evitarían las complejidades y los costes de indemnización que podrían generarse si, una vez realizada la adjudicación y la formalización del contrato, el apartado 8.2 de la cláusula 1 del PCAP, relativo a la ausencia de episodios de rotura de stock en el año previo, quedara anulado y la Administración tuviera que retrotraer el procedimiento para dictar una nueva adjudicación del contrato.

Por tanto, queda acreditado que la suspensión cautelar del procedimiento solicitada, incluyendo la suspensión del plazo de presentación de ofertas, no supondría ningún perjuicio al interés público, sino que redundaría en una mayor satisfacción del mismo.

- 3) El *fumus boni iuris* ha quedado acreditado en el cuerpo del presente escrito, por lo que nos remitimos al mismo.

Por lo expuesto,

SOLICITO que, teniendo por efectuadas las anteriores manifestaciones, se sirva acordar la suspensión del procedimiento de licitación del contrato, con suspensión del plazo de presentación de ofertas, en virtud de los artículos 49.4 y 51.1 de la LCSP.

 Digitally signed by
MARC COMAS (R: B65112930)
Date: 2022.10.10 15:32:49 +02'00'

Marc Comas Gisbert
ACCORD HEALTHCARE, S.L.

En Barcelona, a 10 de octubre de 2022.