

Barcelona, 17 de gener de 2023

Resolució: 11/2023 (recurs N-2021-0560)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per M.J.S.L., en nom i representació de CSL BEHRING, SAU, contra l'acord d'exclusió del contracte de subministrament de medicaments exclusius, licitat pel CONSORCI CORPORACIÓ SANITARIA PARC TAULÍ DE SABADELL (expedient 21SMAO2P), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 28 de juny 2021 es va publicar l'anunci de licitació del contracte de referència en el perfil de contractant del CONSORCI CORPORACIÓ SANITARIA PARC TAULÍ DE SABADELL (en endavant, CCSPT), allotjat en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (PPT), entre altra documentació contractual.

Inicialment es va fixar una durada de 2 anys, amb previsió de 3 pròrrogues anuals. El valor estimat del contracte es de 56.096.185,45 euros, dividit en setanta lots, essent el valor estimat del lot 20 (amb codi EX130701), objecte d'aquest recurs, de 813.648,50 euros.

SEGON. Van concórrer a la licitació del lot 20 les empreses següents:

- CSL BEHRING, SAU (en endavant, BEHRING o l'empresa recurrent)
- OCTAPHARMA, SA (en endavant, OCTAPHARMA)

TERCER. En data 15 de novembre de 2021, es va emetre l'informe tècnic de valoració de sobre B relatiu a les propostes avaluable mitjançant l'aplicació de criteris que depenen d'un

judici de valor, el qual va ser publicat a Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya en data 18 de novembre de 2021, d'on es desprèn que l'empresa recurrent resta exclosa del procediment de contractació referenciat per no assolir amb la puntuació atorgada el llindar mínim de punts previst en el PCAP.

QUART. En sessió pública celebrada en data 19 de novembre de 2021, la mesa de contractació va fer pública la valoració assignada a les propostes presentades. A l'acte van assistir, entre d'altres, l'empresa BEHRING, la qual va deixar constància de la seva disconformitat amb les puntuacions obtingudes en l'informe tècnic esmentat.

En aquesta mateixa sessió es va procedir a l'obertura del sobre C que contenia les propostes econòmiques dels licitadors valorables mitjançant criteris automàtics i es va procedir a valorar-les.

CINQUÈ. En data 23 de novembre de 2021, BEHRING, mitjançant correu electrònic, va remetre a l'òrgan de contractació escrit d'al·legacions contra les valoracions obtingudes en l'informe tècnic de 15 de novembre de 2021, sol·licitant que es realitzés una nova valoració, atès que va considerar que no s'havien valorat correctament les característiques del producte ofert, i va informar a l'òrgan de contractació de la seva disposició per aportar qualsevol aclariment addicional que es consideres necessari.

En data 24 de novembre de 2021, l'òrgan de contractació va desestimar les al·legacions presentades per BEHRING, ratificant les valoracions efectuades en l'informe esmentat i conclouent que *"l'informe justifica a la vista dels plecs i en aplicació del principi de discrecionalitat tècnica la seva decisió, sens que es pugui considerar errònia, ni mancada de fonament"*. Si bé l'òrgan de contractació assenyala que aquest escrit es va trametre a l'empresa recurrent, i aquesta reconeix tenir-ne coneixement, no queda constància a l'expedient el mitjà emprat per comunicar l'escrit a BEHRING.

SISÈ. En data 14 de desembre de 2021, BEHRING va presentar, davant del registre del Departament d'Economia i Hisenda, recurs especial en matèria de contractació contra l'acord d'exclusió. El recurs va ser derivat al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) en data 16 de desembre de 2021.

En síntesi, BEHRING sosté que la justificació de l'òrgan de contractació a l'hora de valorar la seva proposta és insuficient i vulnera els principis essencials que han de regir la contractació del sector públic. Fonamenta el recurs en els motius següents:

- 1) Sosté que a l'hora de valorar la seva proposta envers el criteri 1 "*Presentació i identificació*" els serveis tècnics han emprat un paràmetre no previst al PCAP, ni a la resta de documentació definitòria dels criteris d'adjudicació, efectuant així un judici de valor que no pot enquadrar-se dins els límits de la discrecionalitat que ostenta l'òrgan de contractació en la valoració de les ofertes.
- 2) Considera que en la valoració del criteri 4 "*Manipulació dels medicaments*" no s'han tingut en compte totes les característiques del seu producte, les quals es recullen en l'oferta presentada. En canvi, vindica que en la seva valoració l'òrgan de contractació ha tingut en compte dades no especificades en l'oferta.

Davant els errors que considera que s'han comés en la valoració de la seva proposta, recorda que l'òrgan de contractació té la possibilitat de sol·licitar informació complementària als licitadors, per la qual cosa, BEHRING va sol·licitar a la mesa que fés ús d'aquesta potestat per poder valorar degudament la seva oferta, sol·licitud que va ser desestimada.

Per tot això, sol·licita la nul·litat o anul·labilitat de l'acord d'exclusió i la retroacció de les actuacions al moment procedimental que correspongui per tal de procedir a corregir els errors comesos en valoració de la seva proposta. A més, en el mateix escrit de recurs, sol·licita també que s'acordi la mesura cautelar de suspensió del procediment.

SETÈ. En data 16 de desembre de 2021 la mesa de contractació va emetre acta mitjançant la qual va aprovar la classificació resultant de les valoracions efectuades. En aquesta acta es va acordar, entre d'altres extrems, proposar com adjudicatària del lot 20 (amb codi EX13070) a l'empresa OCTAPHARMA.

VUITÈ. En data 16 de desembre de 2021 la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar la interposició del recurs a l'òrgan de contractació i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i l'informe corresponent, d'acord amb el que estableixen els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a

l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), i 28.5 del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual.

NOVÈ. En data 21 de desembre de 2021, va tenir entrada en aquest Tribunal l'expedient de contractació i l'informe amb què l'òrgan de contractació s'oposa al recurs. En síntesi, CCSPT al·lega que:

- 1) El recurs s'ha presentat contra l'informe tècnic de valoració del sobre B pel qual s'exclou l'oferta de l'empresa recurrent, per tant, entén que es tracta d'un acte no susceptible d'impugnació, constituint una causa d'inadmissió, a tenor de l'art. 55.c) de la LCSP.
- 2) El recurs és extemporani, atès que si es parteix de la premissa que l'acte recorregut és l'informe tècnic de valoració del sobre B, i tenint en compte la data el al qual es va fer públic aquest informe, resulta que el recurs s'ha presentat un cop exhaurit el termini establert en l'article 50.1 de la LCSP.
- 3) No obstant l'anterior, pel cas que el Tribunal admeti a tràmit el recurs, sosté que les al·legacions de BEHRING estan mancades de fonamentació i tenen com a finalitat "*perllongar el subministrament del seu producte*" atès que és l'adjudicatària del contracte actual.

Per tot això, en primer lloc, sol·licita que el recurs sigui inadmès per haver-se presentat contra un acte no susceptible d'impugnació, i a més ser extemporani. Subsidiàriament, pel cas que s'admeti el recurs, en sol·licita la desestimació i que s'aprecii mala fe o temeritat en la seva interposició als efectes de la imposició de la multa prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

DESÈ. Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per tal que poguessin presentar les al·legacions si ho consideraven oportú, cap dels interessats ha fet ús d'aquest tràmit.

ONZÈ. Mitjançant la Resolució S-2/2022, de data 12 de gener de 2022, aquest Tribunal va acordar la suspensió del procediment de contractació referenciat.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013).

SEGON. El contracte sotmès a examen ve qualificat en els plecs com a contracte de subministrament, s'estableix la seva divisió en setanta lots i té un valor estimat de 56.096.185,45 euros. El valor estimat del lot 20 FIBRINOGENO (amb codi EX130701), objecte d'aquest recurs, de 813.648,50 euros. D'acord amb aquestes dades, el contracte impugnat és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. L'empresa recurrent assenyala que el recurs es dirigeix contra l'acord d'exclusió, si bé CCSPT assenyala que BEHRING “*no ha estat exclosa per cap acte formal*” perquè entén que el recurs es dirigeix contra l'informe tècnic de valoració dels criteris subjectes a judici de valor, per la qual cosa, sol·licita la seva inadmissió, per considerar que es tracta d'un acte de tràmit no qualificat i, en conseqüència, no susceptible de recurs especial en matèria de contractació.

Respecte d'això, cal indicar que si bé d'acord amb la documentació tramesa per l'òrgan de contractació aquest Tribunal observa que efectivament no s'ha exclòs formalment a BEHRING del procediment, la seva exclusió es desprèn del contingut de l'informe tècnic esmentat (atès que no va assolir el llindar mínim de puntuació fixat als plecs), que posteriorment va ser assumit per la mesa de contractació en sessió pública de 19 de novembre de 2021 (sessió en la qual l'empresa recurrent ja va mostrar la seva disconformitat amb les valoracions obtingudes) i confirmat novament, en data 24 de novembre de 2021, desestimant les seves al·legacions formulades per l'empresa recurrent en data 23 de novembre de 2021.

Així, de conformitat amb l'establert en l'article 44.2.b) de la LCSP, i en la mesura que l'assumpció de les puntuacions obtingudes en aquell informe determina la impossibilitat que

BEHRING continuï en el procediment, aquest Tribunal considera que el recurs es dirigeix contra un acte de tràmit qualificat, i per tant, susceptible de recurs especial en matèria de contractació.

QUART. Tenint en compte que en aquest procediment no s'ha produït una exclusió formal, sinó que aquesta es desprèn de les valoracions efectuades en l'informe tècnic de 15 de novembre de 2021, les quals van ser ratificades per l'òrgan de contractació, en darrera instància, en data 24 de novembre de 2021, cal entendre que el recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP.

També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

CINQUÈ. El Tribunal aprecia que la part recurrent té drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, legitimació per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

SISÈ. Entrant a analitzar el fons de l'assumpte, aquest rau en dilucidar si la valoració que **CCSPT** ha efectuat en relació a la proposta presentada per **BEHRING**, en concret, pel que fa als criteris sotmesos a judici de valor relatius a "*presentació i identificació*", i "*manipulació dels medicaments*", conté els errors al·legats per l'empresa recurrent. Per tant, d'entrada, correspon, en primer terme, portar a col·lació la configuració i els paràmetres de valoració d'aquests criteris.

Així, la clàusula número 14 del PCAP, relativa als "*la determinació de la millor oferta*" estableix que "*per a la valoració de les proposicions i la determinació de la millor oferta s'ha d'atendre als criteris d'adjudicació establerts en l'Annex IV*".

En concret, en l'annex IV del PCAP, preveu el següent en relació amb els criteris controvertits:

1. Presentació i identificació: (fins a 15 punts)

Per garantir la seguretat en el procés d'utilització dels medicaments, es valorarà la diferenciació i la identificació externa en la presentació de les formes farmacèutiques, per evitar errors de medicació relacionats amb la serigrafia i similitud d'aspecte visual entre envasos.

S'entendrà per inclusió completa de les dades, la indicació dels elements següents:

- Nom de l'especialitat
- Principi actiu
- Lot
- Data de caducitat
- Composició quantitativa

Les ofertes que no incloguin la totalitat de les dades indicades o la seva identificació sigui susceptible d'induir a error, es valoraran amb 0 punts, i es donaran per desestimades.

Respecte a les presentacions que siguin sòlides (comprimits, càpsules, vials liofilitzats, etc...), caldrà esmentar la dosi total de la unitat galènica.



Respecte a les presentacions que siguin líquides (vials, ampolles, solucions orals, etc...), caldrà esmentar la dosi per mil·lilitre o per volum total, volum total de la unitat galènica.

4. Manipulació dels medicaments: (fins a 15 punts)

Aquest apartat es valorarà de manera diferent, en funció del tipus de presentació líquida o sòlida.



4.1. La manipulació dels medicaments presentats per a la seva administració en forma líquida es valorarà de la següent forma:

- Es valorarà si els medicaments presentats necessiten manipulació per la seva administració (fins a 15 punts), essent la distribució d'aquest criteri la següent:
 - Medicaments pre-diluïts (fins a 5 punts).
 - Es valorarà positivament que els medicaments d'aquest grup (forma líquida) no precisin reconstitució per a la seva administració (fins a 10 punts).
 - Si les presentacions precisen manipulació (liofilitzades) no es valorarà (fins a 0 punts).

4.2. La manipulació dels medicaments presentats en formes sòlides es valorarà de la següent forma:

- Es valorarà si els medicaments presentats necessiten manipulació per la seva administració (fins a 15 punts), essent la distribució d'aquest criteri la següent:
 - Es valorarà positivament si els medicaments permeten el seu fraccionament mitjançant ranurat (fins a 10 punts).
 - Es valorarà positivament si els medicaments presentats en comprimits són de dissolució ràpida tipus flas o similar (fins a 5 punts).

L'annex IV inclou també un apartat relatiu a “Valoració tècnica- qualitat” en el qual s'estableix el següent:

VALORACIÓ TÈCNICA – QUALITAT

Màxim 40 punts

a/ En primer lloc es valorarà el compliment dels requisits bàsics exigits en el “Plec de Prescripcions Tècniques”, quan una oferta no compleixi aquests requisits serà desestimada.

b/ Per a medicaments en formes orals sòlides i líquides, els laboratoris han d'oferir presentacions en dosis unitàries, entenent que una especialitat presenta dosis unitària quan en l'envàs de forma galènica individual s'inclouen les següents dades: nom complet de l'especialitat, principi actiu, dosis, lot i data de caducitat.

En el supòsit de no disposar de les mateixes, els licitadors podran ofertar les presentacions del medicament que tinguin disponibles. En el procés de valoració de formes orals sòlides i líquides, els lots en els que existeixin propostes amb especialitats en dosis unitàries per a tots els articles del lot, no seran valorades les ofertes amb presentacions sense dosis unitàries en un o varis dels articles, quedant excloses del procés.

c/ Amb caràcter informatiu els licitadors hauran d'informar sobre el grau de contingut/absència de làtex en el productes presentats.

d/ Amb caràcter informatiu, els licitadors que presentin ofertes a productes en solució, hauran d'informar de la densitat del producte.

e/ En segon lloc, les que acompleixin els requisits bàsics sol·licitats passaran a ser avaluades de la següent forma:

Regles per a la valoració dels criteris sotmesos a judici de valor:

Es valorarà la proposició tècnica en relació als criteris sotmesos a judici de valor d'acord amb els valors numèrics establerts per a cada criteri (Criteris A, B i C o 1,2,3...). Posteriorment s'ordenaran les diferents propostes valorades per ordre decreixent i s'aplicarà la fórmula següent per obtenir la puntuació de cadascun dels criteris: La fórmula s'ha d'aplicar a cada criteri i després obtenir la puntuació total.

$$Pop = P \times \frac{VTop}{VTm}$$

Pop= Puntuació de l'oferta a puntuar

P= Puntuació del criteri

VTop= Valoració tècnica de l'oferta que es puntuarà

VTm= Valoració tècnica de l'oferta millor valorada

Condicció per a la puntuació de les valoracions:

S'estableix, en relació a cada criteri, un llindar mínim d'aplicació de la fórmula.

- 1) Si cap valoració de les ofertes supera el 50% del valor màxim previst per a cada criteri, no s'aplicarà la fórmula anterior i totes les ofertes obtindran, com a puntuació final, el valor obtingut en la fase de valoració, en aquest cas les valoracions finals han de superar els llindars de qualitat establerts en cada lot per poder passar a la valoració del sobre C.
- 2) Només que una valoració de les ofertes superi el 50% previst en algun dels criteris, entrarà en joc la fórmula per a totes les ofertes i totes seran puntuades en aplicació de la fórmula, un cop obtinguda la puntuació final aquesta haurà de superar el llindar de qualitat establert en cada lot per poder passa a la valoració del sobre C.

No passaran a la següent fase de valoració del sobre C i quedaran excloses aquelles propostes tècniques que no superin els llindars mínims indicats:

- Llindar mínim de qualitat en cas que no s'apliqui la fórmula - **puntuació mínima de 21 punts**
- Llindar mínim de qualitat en cas que s'apliqui la fórmula - **puntuació mínima de 23 punts**

L'informe tècnic de data 15 de novembre de 2021 va valorar i puntuar les ofertes presentades pel lot 20 de la manera següent:

Expedient número	21SMA02P - MEDICAMENTS EXCLUSIUS	DOCUMENT
Lot 20	EX130701 FIBRINOGENO	

Criteris de valoració	Empreses Presentades		Motius, si la puntuació no és la màxima.
	Octapharma, SA	CLS Behring, SA	
1. Presentació i Identificació (0-15 punts) S'entendrà per inclusió completa de les dades, la indicació dels elements següents: Nom de l'especialitat, principi actiu, lot, data de caducitat, composició quantitativa. Les ofertes que no incloguin la totalitat de les dades indicades o la seva identificació sigui susceptible d'incloure a error, es valoraran amb 0 punts, i es donaran per desestimades. <u>Respecte a les presentacions que siguin sòlides</u> (comprimits, càpsules, vials liofilitzats, etc...), caldrà esmentar la dosi total de la unitat galènica. <u>Respecte a les presentacions que siguin líquides</u> (vials, ampolles, solucions orals, etc...), caldrà esmentar la dosi per mil·lílitre o per volum total, volum total de la unitat galènica.	15,00	13,00	Octapharma, SA , indicació només en hipo/fibrinogèmia congènita amb tendència al sagnat + hemorràgia greu no controlada en pacient amb hipofibrinogèmia adquirida durant cirurgia. CLS Behring, SA , indicació només en hipo/fibrinogèmia congènita amb tendència al sagnat; els vials no inclouen la dosi en volum total o per ml.
2. Identificació del producte en l'envàs primari (0-4 punts) Es valorarà l'existència de data matrix o codi de barres EAN-13 en el que figuri el codi nacional indeleble, essent la distribució d'aquest criteri la següent: - Si conté data matrix i codi de barres EAN-13 (4 punts) - Si només conté data matrix o només conté codi de barres EAN-13 (2 punts) - Si no conté cap de les dues identificacions (0 punts)	2,00	2,00	Octapharma, SA i CLS Behring, SA , codi data matrix en envàs primari (EAN-13 + data matrix en envàs secundari).



<p>3. Característiques dels envasos (0-6 punts)</p> <p>3.1. Presentacions líquides Medicaments bioperil·losos (0-6 punts) - Es valorarà l'abència de contaminació externa mitjançant procés de rentat protecció per recobriments plàstic. (0-3 punts). Es valorarà positivament que els productes compleixin amb les dues característiques esmentades. - Es valorarà que els productes siguin presentats en envàs irrompible. (0-3 punts)</p> <p>Medicaments no bioperil·losos (0-6 punts) - Es valorarà que els productes siguin presentats en envàs irrompible. (0-6 punts)</p> <p>3.2. Presentacions orals sòlides - Es valoraran les formes orals sòlides que siguin presentades en envasos clínics, els quals redueixen la manipulació, els residus i optimitzen l'espai d'emmagatzematge. (0-3 punts) - Es valorarà la presentació de formes orals sòlides en format unidosi (lot, caducitat, nom comercial i principi actiu) per tal de evitar el re-ensavat. (0-3 punts)</p> <p>3.3. Presentacions intrauterines Es valoraran les formes intrauterines que siguin presentades en envasos individuals en envàs blister termoformat amb coberta desplegable. (0-6 punts)</p>	0,00	0,00	Octapharma, SA I CSL Behring, SA, són vials de vidre, per tant no són irrompibles.
<p>4. Manipulació dels medicaments (0-15 punts)</p> <p>Manipulació en forma líquida Es valorarà si els medicaments presentats necessiten manipulació per la seva administració (0-15 punts), essent la distribució d'aquest criteri la següent: - Medicaments pre-diluits. (0-5 punts) - Emmagatzematge i conservació del fàrmac a temperatura ambient. (0-8 punts) - Es valorarà positivament que els medicaments d'aquest grup no precisin reconstitució per a la seva administració. (0-2 punts) - Si les presentacions precisen manipulació (liofilitzades) no es valorarà. (0 punts)</p> <p>Manipulació en forma sòlida Es valorarà si els medicaments presentats necessiten manipulació per la seva administració (0-15 punts), essent la distribució d'aquest criteri la següent: - Es valorarà positivament si els medicaments permeten el seu fraccionament mitjançant ranurat. (0-10 punts) - Es valorarà positivament si els medicaments presentats en comprimits són de dissolució ràpida tipus filas o similar. (0-5 punts)</p> <p>Manipulació en forma intrauterina Es valorarà si els medicaments presentats necessiten manipulació per la seva administració (0-15 punts), essent la distribució d'aquest criteri la següent: - Es valorarà que la inserció del dispositiu requereixi el mínim de procediments possible. (0-10 punts) - Es valorarà positivament si els medicaments presentats en dispositius intrauterins no requereixin condicions especials de conservació. (0-5 punts)</p>	8,00	0,00	Octapharma, SA I CSL Behring, SA, totes dues presentacions són liofilitzades per la pròpia naturalesa del producte. No és valorable aquest punt atès que és condició necessària del fàrmac. Si podem diferenciar els dos productes en el punt de conservació perquè considerem que és un punt important a valorar. És per aquest motiu que otorguem 8 punts a Octapharma, SA, ja que es conserva a temperatura ambient i accelera la disponibilitat del fàrmac en moment d'urgència. No cal esperar a que s'atemperi.
<p>Valoració Global (màxim 40 punts)</p> <p>Puntuació aplicant la fórmula de les regles de valoració *</p>	25,00	15,00	
	34,00	17,00	

*En aquest lot escau indicar els resultats de l'aplicació de la fórmula, perquè la puntuació varia.

A més, atesa la sol·licitud per part de **BEHRING** de revisió de les puntuacions obtingudes en l'informe esmentat, el **CCSPT** va revisar les puntuacions i les conclusions emeses en aquell informe, ratificant-lo en data 24 de novembre de 2021, en el qual va indicar respecte de les valoracions efectuades en l'informe tècnic:

- Respecte del CRITERI 1 "presentació i identificació": *"S'ha valorat amb menys puntuació perquè no consta en el vial la dosis per mil·lilitre o per volum total tal i com es demana, obtenint en conseqüència 13 punts sobre els 15 màxims previstos atesa la mancança en la indicació de la dosificació tal i com clarament estableix el criteri"*.
- Respecte del CRITERI 4 "manipulació dels medicaments": *"En aquest punt cal aclarir que d'acord amb fitxa tècnica, Riastap és un producte que s'ha de conservar refrigerat, i que accepta temperatura ambient un cop reconstituït un màxim de 8h. L'alternativa permet emmagatzematge a temperatura ambient i un màxim de 24h un cop reconstituït, superant les dades de Riastap i millorant la logística del fàrmac. La fitxa tècnica conté les dades aprovades per la AEMPS sense que en el moment de la valoració s'hagi suscitat cap dubte susceptible de ser sotmès a aclariment"*.

En aquest escrit de resposta a les al·legacions formulades per l'empresa recurrent, **CCSPT** conclou que *“l'informe justifica a la vista dels plecs i en aplicació del principi de discrecionalitat tècnica la seva decisió, sens que es pugui considerar errònia, ni mancada de fonament”*.

SETÈ. Al respecte d'aquestes valoracions (tant les efectuades en l'informe de data 15 de novembre de 2021, com les contingudes l'escrit de resposta a les al·legacions formulades per l'empresa recurrent) **BEHRING** sosté que la justificació proporcionada en relació amb la puntuació obtinguda és insuficient, introdueix criteris no establerts als plecs de la licitació, i constitueix una infracció dels principis essencials que han de regir la contractació del sector públic.

En concret, pel que fa a la justificació de la puntuació del **CRITERI 1**, en el qual, com s'ha vist, l'empresa recurrent va obtenir 13 dels 15 punts possibles, l'empresa recurrent sosté que *“no troba cap justificació en els plecs ni en el document definitori dels criteris”*, al·legant que s'empra un criteri de valoració no contemplat en el plec, sense concretar a quin criteri es refereix. A més, vindica que, en relació amb la previsió recollida en els plecs pel que es fa a les presentacions líquides, com és el cas del producte ofert per totes dues empreses licitadores, l'òrgan de contractació valora, pel que es refereix a la forma de presentació establerta, una qüestió que excedeix de la seva competència, en la mesura que es pretén valorar que *“la unitat de mesura identificada sigui en mil·lilitres o per volum total”*, la qual cosa, segons al·lega **BEHRING**, tenint en compte la forma de presentació del medicament en qüestió autoritzada per l'Agencia Española del Medicamento i Productos Sanitarios (en endavant, AEMPS), no es pot valorar d'aquesta manera atès que, en tractar-se d'un producte liofilitzat, s'ha d'establir en grams, tal i com ha estat aprovat per AEMPS. Així, sosté que *“la dosis indicada no pot referir-se a una quantitat total atès que aquesta ha de calcular-se atenent a les característiques del pacient, tal i com queda reflectit en l'apartat 4 de la fitxa tècnica del producte”*, i considera que *“el fet de visibilitzar el volum en el vial”*, tal com s'estableix que es faci en els plecs *“pot ser contraproductiu”* ja que pot comportar que les quantitats administrades no siguin les adequades, assenyalant que la dosis s'ha d'establir en base a *“mg/kg de pes corporal”* tal i com es recull en la fitxa tècnica del seu producte.

En segon lloc, en relació amb la valoració del **CRITERI 4**, en el qual l'empresa recurrent va obtenir 0 dels 15 punts possibles, sosté que l'òrgan de contractació no ha tingut en compte les característiques tècniques del producte ofert. Reconeix que en la seva oferta s'especifica

que el fàrmac ofert s'ha de conservar refrigerat entre 2 i 8 graus, però sosté que només es tracta d'una recomanació, indicant que en cas que es vulgui conservar a temperatura ambient es recomana contactar amb el laboratori. També al·lega que diversos estudis han demostrat l'estabilitat del medicament a temperatura ambient, assenyalant que aquests estudis no es varen aportar amb l'oferta atès que considera que *"l'òrgan de contractació és coneixedor de les condicions i característiques del producte, doncs ha estat l'únic producte disponible al mercat fins al mes de juny de 2021"*. Atès l'exposat, considera que si **CCSPT** tenia dubtes respecte d'alguna de les característiques tècniques del seu producte, havia d'haver fet ús de la possibilitat de sol·licitar informació complementària o aclariments als licitadors, petició que va exposar a CCSPT en el seu escrit d'al·legacions de data 23 de novembre de 2021, i que va ser desestimada per l'òrgan de contractació en l'escrit de data 24 de novembre de 2021, en el qual CCSPT al·ludeix al fet que el fàrmac ofert per BEHRING, un cop reconstituït, es conserva un màxim de 8 hores a temperatura ambient, informació que, segons sosté l'empresa recurrent, es desconeix d'on s'ha obtingut, atès que, segons assenyala, no es correspon amb el contingut de l'oferta presentada.

Per la seva banda, **CCSPT** sosté que les valoracions efectuades en l'informe de data 15 de novembre 2021 són ajustades a allò previst en les plecs, que les al·legacions que la recurrent va formular atesa la seva disconformitat amb el contingut d'aquell informe van ser aclarides i completades, en allò necessari, mitjançant l'escrit de data 24 de novembre de 2021. Per tot això, l'òrgan de contractació considera que l'informe justifica, a la vista dels plecs i en aplicació del principi de discrecionalitat tècnica, la seva decisió, sense que es pugui considerar errònia ni mancada de fonament.

A més, respecte l'al·legació relativa a la introducció d'un criteri no contemplat en els plecs en la valoració del criteri 1, sosté que aquest criteri s'ha valorat d'acord amb les previsions dels plecs, i que la diferència de puntuació entre les dues ofertes es basa en el fet que **BEHRING** no va indicar el volum de la dosi, tal i com es demana en la descripció del criteri, i tal i com se li va aclarir a l'empresa recurrent en tràmit d'al·legacions. A més, pel que fa a l'argumentació de **BEHRING** respecte de manca de competència de **CCSPT** per fixar una determinada forma de presentació dels productes en els plecs contravenint l'establert per AEMPS, sosté que l'empresa recurrent no va al·legar res a aquest respecte quan va tenir coneixement dels plecs i dels criteris que serien aplicats, essent aquell el moment procedimental per fer-ho.

Així mateix, vindica que no està conforme amb l'afirmació de l'empresa recurrent quan exposa que hi ha certa documentació que ella mateix reconeix no haver presentat amb l'oferta al·legant que l'òrgan de contractació ja la coneixia pel fet de ser aquesta empresa l'adjudicatària actual, atès que defensa que l'òrgan avaluador de les ofertes valora la documentació presentada i no té perquè conèixer ni les característiques del producte subministrat per l'adjudicatari actual, ni valorar una documentació que no ha estat aportada pel licitador.

Finalment, respecte la valoració del criteri 4, vindica que la diferència de puntuació entre ambdues ofertes es fonamenta, tal i com ja es va justificar tant en l'informe com en tràmit d'al·legacions, en el subcriteri: "*Emmagatzematge i conservació del fàrmac a temperatura ambient*", en el qual els tècnics han valorat negativament que el fàrmac ofert sigui un producte que s'ha de conservar refrigerat, tal i com consta en la seva fitxa tècnica.

Així les coses, **CCSPT** considera que les al·legacions de **BEHRING** no tenen fonament, i sosté que l'empresa recurrent interposa el recurs amb una intenció manifesta de dilatar el procediment de licitació, amb la finalitat de perllongar el subministrament del seu producte.

VUITÈ. Vistes les posicions de les parts, i als efectes d'alleugerir-ne després l'anàlisi, escau recordar que la funció del Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes altres, les resolucions 101/2020, 64/2020, 32/2020, 4/2020, 369/2019, 361/2019, 342/2019, 241/2018, 233/2018, 183/2018, 128/2018, 102/2018, 82/2018, 21/2018, 15/2018, 14/2018; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, Agence européenne d'intérim/Comissió, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea -TGUE- de 24 de febrer de 2000, ADT Projekt/Comissió, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, Brink's Security Luxembourg S.A., apartat 193).

Així mateix, en centrar-se l'objecte de la impugnació en la valoració de les ofertes licitadores, cal partir de la potestat discrecional de què gaudeix l'òrgan de contractació, que és qui coneix

les seves necessitats de contractació, a l'hora d'establir les característiques i prescripcions tècniques dels productes que vol adquirir i definir els criteris d'adjudicació que, d'acord amb la seva expertesa tècnica i el seu coneixement de l'estat de la ciència i de la tecnologia, considera més adients per a la satisfacció de les necessitats públiques a cobrir, tot això a fi de garantir, en connexió a l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de les despesa, una eficient utilització dels fons públics (per totes, les resolucions 48/2020, 244/2019, 10/2019, 240/2018, 133/2018, 131/2018, 127/2018, 88/2018, 158/2017 i 196/2016 del Tribunal i 621/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-).

En aquest sentit, la funció revisora del Tribunal impedeix que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació i dels òrgans d'assessorament que intervenen en el procediment de contractació, que són els competents per apreciar les característiques tècniques de les propostes licitadores, valorar-les ofertes i dictar els actes i emetre els judicis tècnics corresponents en el decurs del procediment. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical per l'article 39.1 de la LCSP.

Precisament, en aquest àmbit, cal partir del fet que els òrgans tècnics de valoració de les ofertes disposen d'una discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no és controlable des del punt de vista jurídic. És el que la jurisprudència ha denominat "nucli material de la decisió" (en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 355/2019, 320/2019, 316/2019, 281/2019, 239/2019, 126/2019, 115/2019, 94/2019, 91/2018, 58/2018, 106/2017, 91/2017, 27/2016, 123/2015, 122/2015 i 88/2015).

Això no significa que aquestes qüestions de caràcter tècnic restin fora del control de legalitat ni que la discrecionalitat tècnica de l'administració sigui absoluta. Ara bé, la funció revisora del Tribunal queda circumscrita als aspectes formals de la valoració tals com les normes de competència o de procediment, determinar si en l'apreciació i valoració d'aquests extrems s'ha actuat amb discriminació entre els licitadors de tal forma que els criteris de valoració aplicats a uns hagin estat diferents dels aplicats a altres, que s'hagi incorregut en un error patent en l'apreciació de les característiques tècniques valorades o que s'hagi produït alguna infracció legal en el compliment dels requisits i tràmits del procediment de valoració (per totes, les resolucions 342/2019, 98/2018, 186/2017, 106/2017, 190/2015 i 121/2015, en la línia d'altres òrgans de resolució de recursos contractuals, com ara les resolucions 911/2017, 694/2017 i 848/2015 del TACRC).

Per tant, si bé la discrecionalitat tècnica no és absoluta i pot ser controlada, correspon a qui pretén corregir-la, en aquest cas, la part recurrent, provar de forma clara i evident que

efectivament les conclusions de la valoració tècnica han estat errònies o arbitràries. Fora d'aquests límits, el Tribunal ha de respectar els resultats de la valoració, atès que en cap cas és possible la substitució del judici tècnic de qui valora els diferents criteris d'adjudicació pel criteri de la part recurrent o el d'aquest Tribunal (en aquest sentit, les resolucions 91/2018, 58/2018 i 145/2015), i, a manca d'una prova en contra en el recurs, cal estar a allò constatat per l'òrgan de contractació, els informes dels qual disposen de la presumpció *iuris tantum* de legalitat, certesa i encert (en aquest sentit, a més de les ja citades, les resolucions 160/2018, 118/2018, 102/2018, 74/2018, 186/2017, 161/2017, 153/2017 i 152/2017).

A més, en una licitació com aquesta, atès el caràcter eliminatori dels criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor pel fet d'haver-se establert un llindar mínim de puntuació, cal extremar especialment l'adequació de l'ús de la discrecionalitat tècnica en l'aplicació d'aquests criteris en casos eliminatoris respecte a l'obertura del sobre següent, comprovant que la motivació de la puntuació donada als mateixos és suficient i adequada i es ceneix a allò establert als plecs i no comporta una vulneració als principis rectoris de la contractació pública (per totes, resolucions 232/2021, 119/2021, 39/2019, i resolucions núm. 61/2021 i 88/2020 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco).

Al seu torn, en incidir el cas examinat en la manca de competència de l'òrgan de contractació per establir alguna de les previsions que consten en la definició dels criteris d'adjudicació previstos als plecs, cal partir del fet que les previsions dels plecs, en no haver estat impugnades i declarades nul·les, van esdevenir *lex inter partes* i vinculants per a totes les parts; tant per a les empreses licitadores que les van acceptar de forma incondicionada i sense reserves en presentar-se a la licitació ex article 139.1 de la LCSP, com per a l'òrgan de contractació, qui no pot desvincular-se'n unilateralment i les ha d'aplicar íntegrament, com a lògic corol·lari de la garantia dels principis bàsics d'igualtat de tracte, no-discriminació i transparència que postulen els articles 1 i 132 de la LCSP (entre moltes altres, les resolucions 142/2021, 23/2021, 102/2020, 44/2020, 160/2018, 152/2018, 128/2018, 100/2018, 98/2018, 95/2018, 90/2018, 74/2018, 41/2018 i 181/2017, seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem -per totes, sentències de 9 d'octubre de 2019, 20 de febrer de 2018, 27 de maig de 2009 i 26 de desembre de 2007- i la doctrina d'altres tribunals de recursos contractuals).

DESÈ. Traslladant tota aquesta doctrina en el cas plantejat, d'entrada, cal assenyalar que en aquest moment procedimental i a la vista de l'expedient tramès, i tenint en compte que el

plantejament i la interpretació del criteri 1 no va ser objecte de consulta ni d'aclariment durant la licitació, i va ser acceptat pacíficament per totes les empreses, inclosa la recurrent, va erigir-se en *lex inter partes*, de manera que la seva valoració en els termes que fixen els plecs no es pot considerar ni errònia ni arbitrària, sinó ajustada a les previsions expressives que contenia el PCAP. D'aquesta manera, s'han de desestimar les al·legacions de l'empresa recurrent pel que fa a la pretensió sostinguda en quant a la forma de presentació del medicament en el cas de presentacions líquides establerta en els plecs, atès que res no va al·legar al respecte BEHRING en el moment procedimental oportú.

Dit això, el fons de l'assumpte rau a dilucidar, en definitiva, si ha estat correcta la valoració de l'oferta tècnica formulada per l'empresa recurrent respecte dels criteris controvertits. Així, de la lectura de l'informe tècnic de data 15 de novembre de 2021, així com de l'escrit de resposta a les al·legacions de **BEHRING** mitjançant el qual s'aclareixen i es ratifiquen les valoracions d'aquell informe, aquest Tribunal observa que si bé les justificacions plasmades en l'informe tècnic són breus i succintes, d'entrada, sembla que els aspectes valorats per l'òrgan de contractació es corresponen amb allò previst als plecs respecte ambdós criteris controvertits, i resulta, en el seu conjunt, raonada i suficient.

En concret, en relació amb el CRITERI 1, en el qual l'empresa recurrent va obtenir 13 punts enfront els 15 punts assignats a l'oferta de la seva competidora, i respecte del qual **BEHRING** vindica que l'òrgan de contractació valora el producte en base a un paràmetre no establert en els plecs de la licitació, la justificació, com s'ha vist, assenyala que l'empresa recurrent només indica "*hipo/afibrinogèmia congènita amb tendència al sagnat; els vials no inclouen la dosi en volum total o per ml*", concretant, en l'escrit de 24 de novembre de 2021, que la diferència de puntuació entre les dues ofertes presentades es deguda a què en els vials del producte ofert per l'empresa recurrent no consta la dosi per mil·lilitre o per volum total, tal com s'establia en la definició del criteri.

Certament, de la lectura de la descripció de l'esmentat criteri que, queda palès que, respecte de les presentacions líquides, es requeria "*esmentar la dosi per mil·lilitre o per volum total, volum total de la unitat galènica*", informació que es constata que no consta en l'oferta de **BEHRING**, i que, en canvi, sí es detalla en diferents punts de l'oferta presentada per **OCTAPHARMA**. D'acord amb això, la puntuació assignada a l'empresa recurrent en aquest criteri resulta coherent i proporcionada tant respecte de l'establert en els plecs, com respecte de la puntuació assignada a la seva competidora, sense perjudici que hagués estat més

clarificador si ja s'hagués indicat que els vials d'OCTAPHARMA detallaven la dosis en els termes que s'havien fixat.

D'altra banda, en relació a la justificació de la valoració efectuada respecte del CRITERI 4 "Manipulació dels medicaments", en el qual, tractant-se ambdues ofertes presentades de l'opció "manipulació en forma líquida", i tenint en compte que, d'acord amb la justificació de les valoracions efectuades, l'òrgan de contractació considera que únicament es pot valorar el subcriteri relatiu a l'"*emmagatzematge i conservació del fàrmac a temperatura ambient. (0-8 punts)*", **BEHRING** va obtenir 0 punts i l'oferta d'**OCTAPHARMA** 8 punts, perquè l'òrgan de contractació va valorar el fet que el producte ofert per **OCTAPHARMA** "es conserva a temperatura ambient i accelera la disponibilitat del fàrmac en moment d'urgència. No cal esperar a que s'atemperi".

A més, en l'escrit de ratificació de les puntuacions, **CCSPT** aclareix també que "d'acord amb fitxa tècnica, Riastap és un producte que s'ha de conservar refrigerat, i que accepta temperatura ambient un cop reconstituït un màxim de 8h. L'alternativa permet emmagatzematge a temperatura ambient i un màxim de 24h un cop reconstituït, superant les dades de Riastap i millorant la logística del fàrmac. La fitxa tècnica conté les dades aprovades per la AEMPS sense que en el moment de la valoració s'hagi suscitat cap dubte susceptible de ser sotmès a aclariment". En relació amb aquestes justificacions, el Tribunal observa que, certament, en l'oferta de l'empresa recurrent consten les dades de les característiques d'emmagatzemament i conservació del producte en els termes indicats per CCSPT en la seva valoració, de manera que, també en aquest cas, es pot considerar que d'acord amb les previsions dels plecs, les valoracions i la puntuació assignada a la seva competidora, la puntuació atorgada a l'empresa recurrent sembla raonable, coherent i justificada. De fet, de la simple lectura de l'oferta presentada per l'empresa recurrent s'observa que, en quant a les dades incloses per justificar el compliment d'aquest criteri (en concret, en la part final del quadre que consta en la pàgina número 773 de l'oferta) és la pròpia empresa recurrent la que reconeix directament que el fàrmac ofert "no" compleix la condició relativa a emmagatzematge i conservació a temperatura ambient, i detalla que s'ha de "conservar en nevera (entre 2 i 8 graus), si bé afegeix que, una vegada reconstituït el medicament, aquest és estable a temperatura ambient durant 8 hores.

I així, si bé es podria qüestionar el fet que la valoració de l'òrgan de contractació en aquest criteri hagi estat de 0 punts en la mesura que, d'acord amb les dades que consten en l'oferta de l'empresa recurrent, el producte ofert, prèvia reconstitució, es pot conservar 8 hores a

temperatura ambient; cal tenir en compte que tal com està configurat el subcriteri “*emmagatzematge i conservació del fàrmac a temperatura ambient*”, sense que s’especifiqui si s’admeten certes manipulacions prèvies del fàrmac (com, per exemple, la reconstitució), cal estar a la interpretació i la valoració ha efectuat l’òrgan de contractació, els actes del qual gaudeixen de la presumpció d’encert i validesa.

Arribats a aquest punt, i respecte als dos criteris controvertits, cal destacar que si l’empresa recurrent no estava conforme amb allò previst, o li generava dubtes, havia d’accionar en el moment procedimental corresponent contra els plecs, sense que es pugui debatre ara, en el moment de la valoració l’oportunitat i encert dels termes dels plecs.

En definitiva, aquest Tribunal considera que la valoració de la proposta presentada per **BEHRING** és raonable, proporcional i ajustada als plecs, per la qual cosa resulta suficient en el seu conjunt, s’adequa als plecs tal i com estaven configurats, sense que s’evidenciïn errades, ni vulneració als principis rectors de la contractació pública, ni tampoc actuacions arbitràries o discriminatòries en la valoració.

Per tot això, correspon desestimar les alegacions de l’empresa recurrent.

ONZÈ. Per últim, correspon pronunciar-se sobre la possible imposició de multa per mala fe en la interposició del recurs ex article 58.2 de la LCSP apuntada per **CCSPT**. Al respecte, la doctrina i jurisprudència venen considerant temerària la interposició de recursos mancats manifestament de fonament o de viabilitat jurídica, mentre que la mala fe en aquest àmbit s’ha vingut entenent d’aquella voluntat d’enganyar en el recurs a l’òrgan que l’ha de resoldre.

Tanmateix, no s’aprecien ni temeritat ni mala fe en el cas examinat, d’entrada, atès que tenint en compte totes les circumstàncies concurrents, i també el fet que la simple debilitat dels arguments de la recurrent i la desestimació del recurs no pot dur automàticament a concloure que la part actora ha actuat amb temeritat o mala fe (en aquest sentit, per totes, les resolucions 19/2021, 86/2019, 85/2019, 52/2019, 90/2018 i 160/2017 d’aquest Tribunal, 574/2016 del TACRC i 222/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

D’acord amb l’exposat i vistos els preceptes legals d’aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per M.J.S.L., en nom i representació de l'empresa CSL BEHRING, SAU, contra l'acord d'exclusió del contracte de subministrament de medicaments exclusius, licitat pel CONSORCI CORPORACIÓ SANITARIA PARC TAULÍ DE SABADELL (expedient 21SMAO2P).
- 2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació referenciat acordada el 12 de gener de 2022, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de temeritat o mala fe en la interposició dels recursos, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 17 de gener de 2023.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta