

Recurso 108/2017**Resolución 137/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 30 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y documentación anexa que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de medicamentos para sueroterapia destinados a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 699/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de septiembre de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro de sueros para los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz (Expte.



654/2014). Asimismo, el 5 de septiembre de 2014, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 216 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato ascendía a 4.735.434,92 euros.

SEGUNDO. El 23 de septiembre de 2014, tuvieron entrada en el Registro de este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación interpuestos, respectivamente, por FARMAFLUID contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y documentación anexa que rigen la licitación del referido contrato de suministro, y por la entidad LABORATORIOS GRIFOLS, S.A. (GRIFOLS) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT) de la misma licitación.

Ambos recursos fueron estimados parcialmente por este Tribunal en sus Resoluciones 175/2015 y 179/2015, acordándose en las mismas la anulación de los criterios de adjudicación de evaluación automática establecidos con los números de orden 3 y 4 en el Anexo al cuadro resumen del PCAP, así como la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la aprobación del mismo, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

TERCERO. Mediante Resolución del órgano de contratación de 4 de junio de 2015 se acuerda, en cumplimiento de las anteriores resoluciones de este Tribunal, la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la aprobación del PCAP correspondiente al expediente de contratación 654/2014.

CUARTO. El 27 de enero de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla) dictó sentencia resolviendo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por FARMAFLUID contra la resolución presunta, después expresa de este Tribunal (175/2015). La citada



sentencia declaró la pérdida de interés legítimo tutelar por carencia sobrevenida de objeto, al haberse desistido el órgano de contratación de la licitación en ejecución de la resolución 175/2015 de este Tribunal, lo que supone la anulación de los pliegos objeto del recurso y la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación.

QUINTO. El 27 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro de medicamentos de sueroterapia destinados a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz. Asimismo, el 20 de mayo de 2017 el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 120.

El valor estimado de esta contratación asciende a 4.970.081,60 euros.

SEXTO. La licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

SÉPTIMO. El 19 de mayo de 2017, FARMAFLUID presentó en una oficina de correos recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y documentación anexa que rigen esta nueva licitación, remitiendo el mismo día una copia en formato electrónico del citado escrito a este Tribunal, cuyo original tuvo finalmente entrada en el Registro de este Órgano el 23 de mayo de 2017.

OCTAVO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 22 de mayo de 2017, se dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto, requiriéndole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la



medida provisional de suspensión instada por la recurrente, así como el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificaciones con este Tribunal.

La citada documentación se recibió el pasado 25 de mayo de 2017, a excepción del listado de licitadores que se remitió con posterioridad al haber finalizado el plazo de presentación de ofertas el 5 de junio.

NOVENO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 7 de junio de 2017, se dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo otorgado.

DÉCIMO. El 8 de junio de 2017, este Tribunal dictó resolución denegando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la asociación recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación.



El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER, en adelante), establece que *“(…) los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.”*

Pues bien, sobre la legitimación activa de las Asociaciones existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 1 de los Estatutos de la Asociación recurrente establece que la misma es una organización profesional que desarrolla la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de las empresas que voluntariamente se integren en ella. Asimismo, el



artículo 7 dispone que uno de los fines de la Asociación es representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los campos económico, profesional, social, tecnológico y comercial frente a personas físicas o jurídicas y a las Administraciones Públicas.

En este sentido, FARMAFLUID impugna determinados extremos del PCAP al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la Asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en los artículos 42 del TRLCSP y 24.1 del RPER

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel



en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 20 de mayo de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndose publicado antes el citado anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante.

Asimismo, la fecha de interposición del recurso, al haberse cumplido lo estipulado en el artículo 18 del RPER, es el 19 de mayo de 2017, por lo que el recurso se ha presentado dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, procede abordar el estudio de sus motivos.

La asociación recurrente solicita que se declare la anulabilidad de la cláusula 7.3.1 del PCAP en relación con el apartado 13 del cuadro resumen del pliego y que se acuerde la nulidad del criterio de adjudicación señalado con el número de orden 2 “valoración funcional”.

No obstante, antes de entrar en el examen de las cuestiones denunciadas en el recurso, hemos de examinar la alegación del órgano de contratación relativa al carácter irrecurrible del acto impugnado por considerar que el mismo ha sido confirmado en las Resoluciones 175/2015 y 179/2015 de este Tribunal, pues, de admitirse tal alegación, habría que declarar la inadmisión del recurso.

Al respecto, lo que quiere señalar el órgano de contratación es que el criterio de adjudicación objeto del actual recurso ya fue examinado por este Tribunal con ocasión de dos recursos anteriores -uno de ellos interpuesto por la propia asociación



ahora recurrente- donde se impugnaba, entre otros, este mismo criterio relativo a la valoración funcional, recursos que, si bien fueron parcialmente estimados, fueron desestimados en lo atinente al criterio de adjudicación que ahora se discute nuevamente, por lo que, a juicio de aquel órgano, esta impugnación no puede volver a plantearse.

En apoyo de este argumento, el órgano de contratación cita la Resolución de este Tribunal 151/2016, de 1 de julio. No obstante, no puede acogerse esta alegación del órgano de contratación, pues en esta resolución se indicaba textualmente lo siguiente: *“(...) conviene recordar que los pliegos examinados por este Tribunal en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, y los ahora impugnados son actos distintos pero no autónomos, pues los segundos son reproductorios parcialmente de los primeros -al menos en el extremo ahora combatido en el presente recurso- y se enmarcan en el ámbito de la misma contratación.*

Por tanto, si fuese permitido este proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en el pliego inicial y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, sino que podría reabrirse cada vez que concurrieran circunstancias como la aquí examinada, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.”

En cambio, en el supuesto que examinamos ahora, es cierto que estamos ante un pliego que es reproducción parcial de otro anterior -el que fue objeto del recurso interpuesto por FARMAFLUID resuelto en la Resolución 175/2015-, pero la diferencia sustancial con el caso analizado en la Resolución 151/2016 es que, en el presente, la asociación recurrente impugna una cláusula que no había consentido en los pliegos iniciales, sino que combatió tanto en un anterior recurso especial como en



un posterior recurso contencioso-administrativo. Lo que ocurre es que la cuestión de fondo sobre la legalidad del criterio quedó imprejuizada judicialmente porque la sentencia desestimó el recurso por pérdida sobrevenida de su objeto, y ello en la medida que la ejecución de la Resolución 175/2015 de este Tribunal por parte del órgano de contratación conllevó la anulación de los pliegos originarios y la aprobación de otros.

En esta tesitura, aunque el criterio de este Tribunal respecto al criterio impugnado pueda ser el mismo que el sostenido en nuestra anterior resolución -lo que será objeto de examen en el siguiente fundamento-, hemos de entrar en el fondo del recurso y admitir la recurribilidad del acto, pues de otro modo se originaría indefensión a la asociación recurrente obstaculizando su derecho a obtener una resolución judicial fundada sobre el fondo, elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

Pero hay otra razón más que obliga a este Tribunal a examinar el fondo del recurso y es que la redacción del criterio impugnado no es exactamente la misma en el nuevo pliego y en el anterior del que trae causa, por lo que no sería dable invocar la cosa juzgada administrativa para inadmitir el recurso, al faltar una de las tres identidades exigibles cual es la relativa al objeto.

En este punto, el propio órgano de contratación admite que en la redacción del criterio “valoración funcional” en el nuevo PCAP se introduce ex novo, como aspecto a valorar, las *“características y cualidades farmacotécnicas y galénicas de la forma farmacéutica. Características y cualidades de la información, presentación y envasado”* y se elimina el rango de valor en el nivel ADECUADO que existía en el PCAP anterior, dejándose ahora una ponderación fija de 6 puntos. Estos extremos han sido constatados por este Tribunal comparando la redacción de ambos criterios, si bien la diferencia respecto a las ponderaciones en una y otra redacción no es tanto la eliminación en el nuevo pliego del rango de valor en el nivel “adecuado”, sino



precisamente la asignación de dicho rango de valor en todos los niveles de la escala, menos en el nivel “adecuado”, aparte de que la puntuación máxima del criterio pasa de 15 a 20 puntos.

Como consecuencia de lo expuesto, no es posible declarar la inadmisión del recurso como esgrime el órgano de contratación, debiendo examinarse el fondo del recurso, lo que se hará en el siguiente fundamento.

SEXTO. El criterio impugnado por FARMAFLUID se recoge en el Anexo A al cuadro resumen del PCAP, que lo configura como criterio de evaluación no automática o sujeto a juicio de valor y lo pondera con un máximo de 20 puntos. El tenor de la redacción del criterio es el siguiente:

“NIVEL DE LA VALORACIÓN FUNCIONAL. Ponderación: de 0 a 20 puntos.

En este criterio se valorarán, aplicando la escala de niveles que se inserta a continuación, la calidad del material objeto del suministro, la composición, medidas, dimensiones y los parámetros de calidad de los artículos ofertados y la facilidad de aplicación y de uso, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objetos de contratación. Características y cualidades farmacotécnicas y galénicas de la forma farmacéutica. Características y cualidades de la información, presentación y envasado.

Escala de puntuación

NIVEL DE LA VALORACIÓN FUNCIONAL

MUY BUENO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta ventajas muy significativas en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 12 a 20 puntos.

BUENO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y presenta alguna ventaja en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración, si bien el conjunto de la oferta es inferior a la calificada como muy buena. Desde 6 puntos e inferior a 12 puntos.

ADECUADO: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas y no



presenta ninguna ventaja en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. 6 puntos.

DEFICIENTE: El artículo ofertado cumple las características técnicas solicitadas pero presenta deficiencias en cuanto a los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración. Desde 0 puntos e inferior a 6 puntos.

UMBRAL MÍNIMO: 6 PUNTOS. Si la puntuación obtenida por una oferta en este criterio de adjudicación es inferior al umbral mínimo, dicha oferta no podrá continuar en el proceso selectivo de determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Si la oferta no es adecuada a las características técnicas recogidas en el Cuadro Resumen, el PCAP o el PPT, quedará excluida de la licitación.”

Pues bien, FARMAFLUID funda su pretensión de nulidad del criterio transcrito en los argumentos que se sintetizan a continuación:

- El PCAP infringe los principios de transparencia y de igualdad de trato, ya que la definición del criterio expuesto es genérica y vaga, no precisa las reglas que se utilizarán en la posterior valoración para ponderar si una ventaja es muy significativa o no, no concreta si la ventaja debe recaer sobre todos los aspectos técnico-funcionales o solo sobre algunos, ni aporta concepto o idea que permita distinguir entre los diferentes grupos de ventajas. En definitiva, los licitadores no pueden conocer, a la hora de preparar sus ofertas, qué elementos de las mismas serán valorados y qué reglas se utilizarán para ello, otorgándose un excesivo margen de discrecionalidad al órgano evaluador que podrá centrar su valoración en las características que considere más relevantes a la vista de las proposiciones presentadas, utilizando para ello parámetros que no estaban definidos en el pliego.
- Para saber si un artículo presenta alguna ventaja respecto de cada uno de los aspectos técnico-funcionales descritos en el criterio, hubiera sido necesario que los pliegos indicasen los requisitos mínimos exigidos para cada uno de



aquellos aspectos. En tal sentido, si no se dispone de información sobre el nivel mínimo requerido (nivel ADECUADO), no es posible preparar una oferta en condiciones y mucho menos efectuar una valoración justa y ponderada de la misma, permitiendo la más absoluta arbitrariedad. Y ello tiene consecuencias más graves aún para aquellas ofertas que no cumplan los desconocidos requisitos mínimos de los aspectos técnico funcionales, pues serán excluidas (nivel DEFICIENTE).

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime lo siguiente:

- El pliego es claro en cuanto a los motivos por los que una determinada oferta puede ser excluida de la licitación, circunstancia que tendrá lugar cuando aquella no resulte adecuada a las características técnicas fijadas como mínimos exigibles en el Anexo A del pliego de prescripciones técnicas (PPT).
- El criterio impugnado ya fue recurrido por FARMAFLUID, sin que en el actual recurso se introduzca ningún elemento nuevo, reproduciéndose solamente los alegatos anteriores.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar en el examen de las mismas, debiendo señalar que los extremos combatidos en el recurso respecto al criterio de adjudicación “valoración funcional” ya han sido abordados por este Tribunal no solo en las citadas Resoluciones 175/2015 y 179/2015, sino también en otras como la también mencionada 151/2016.

Pues bien, uno de los alegatos de la recurrente se centra en la infracción de los principios de transparencia y de igualdad de trato, denunciando que la definición del criterio es genérica, vaga e imprecisa, no establece las reglas que se utilizarán en la posterior valoración, ni aporta concepto que permita distinguir entre los diferentes grupos de ventajas. En definitiva, a juicio de FARMAFLUID, los licitadores



desconocen al preparar sus ofertas qué aspectos se valorarán y cómo, dándose excesiva discrecionalidad al órgano evaluador.

Al respecto, hemos de reiterar, como ya se ha manifestado en las resoluciones anteriormente citadas, que el artículo 150 del TRLCSP establece que los criterios de adjudicación han de estar directamente vinculados al objeto del contrato, debiendo detallarse los mismos con su ponderación en el anuncio y en el PCAP. Asimismo, la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores que consagra el artículo 1 del TRLCSP exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor contengan detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación.

Ahora bien, el propio artículo 150 del TRLCSP distingue entre criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas y criterios que dependen de un juicio de valor, prevaleciendo en estos últimos el juicio técnico de un órgano especializado emitido sobre la base de una previa descripción del criterio, la cual debiendo ser precisa, también ha de permitir un margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador.

Como ya manifestó este Tribunal en su Resolución 24/2012, de 14 de marzo, siguiendo doctrina ya sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.”* Esta doctrina compartida por todos



los Tribunales de recursos contractuales es constante y reiterada, muestra de ello es que se mantiene en resoluciones muy recientes como la 460/2017, de 26 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Asimismo, este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas.

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la Resolución 139/2014, de 23 de junio, que *“(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.”*

Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que *“Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática”*.

En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una*



actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. (...) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica”.

En el supuesto sometido a examen de este Tribunal se observa que el criterio cuestionado, a saber el “nivel de la valoración funcional” del producto, contempla como aspectos susceptibles de evaluación, *“la calidad del material objeto del suministro, la composición, medidas, dimensiones y los parámetros de calidad de los artículos ofertados y la facilidad de aplicación y de uso, así como otros parámetros relacionados con el manejo de los artículos objetos de contratación. Características y cualidades farmacotécnicas y galénicas de la forma farmacéutica. Características y cualidades de la información, presentación y envasado”.*

Asimismo, se aprecia que la ponderación del criterio viene establecida mediante una escala en la que se asignan rangos de puntuación en función de las calificaciones de muy bueno (desde 12 a 20 puntos), bueno (desde 6 e inferior a 12 puntos), adecuado (6 puntos) y deficiente (desde 0 e inferior a 6 puntos), estableciéndose como pauta para cada una de estas calificaciones la presentación de ventajas muy significativas, de alguna ventaja, de ninguna ventaja o de deficiencias en los aspectos técnico-funcionales objeto de valoración.

Es por ello que no puede darse la razón a la asociación recurrente cuando afirma que el criterio se define de modo genérico, sin establecer reglas concretas de valoración. Al contrario, en el PCAP se definen los aspectos técnico-funcionales a tener en cuenta en la evaluación del criterio, e incluso existe mayor detalle que en el pliego anterior anulado por la Resolución 175/2015, puesto que en el vigente se añade como aspecto



a valorar “las características y cualidades farmacotécnicas y galénicas de la forma farmacéutica. Características y cualidades de la información, presentación y envasado”.

Asimismo, también se precisa la escala de puntos a asignar en función de que las ofertas presenten más o menos ventajas o ninguna en los aspectos descritos. En tal sentido, el anexo al cuadro resumen del pliego prevé una escala general de puntos que va de 0 a 20 con diversos tramos o intervalos en función de unos niveles o calificaciones cuya pauta de ponderación se describe en el pliego. Ello, a juicio de este Tribunal, permite delimitar la valoración posterior de las ofertas en el curso del procedimiento de adjudicación, acotando el ámbito de discrecionalidad del órgano técnico evaluador que cuenta, por un lado, con unos aspectos o elementos a tener en cuenta en su función evaluadora y por otro, con unas reglas preestablecidas para la asignación de puntos.

Sobre esta base, y tratándose de un criterio sujeto a un juicio de valor, debe poder admitirse un margen de apreciación técnica en el órgano evaluador para discernir cuando una oferta presenta ventajas significativas o cuando no. Por ello, tampoco puede darse la razón a FARMAFLUID cuando esgrime que el pliego no aporta concepto que permita distinguir entre los diferentes grupos de ventajas para asignar así puntos en un nivel u otro. No debe olvidarse, primero, que estamos ante un criterio técnico sujeto a juicio de valor, segundo, que la comisión evaluadora está formada por personal técnico especializado a quien se presume conocimiento necesario para discernir una ventaja significativa de otra que no lo es, y tercero, que objetivamente el término “significativo” alude a “importante”. Ello lleva a concluir que los conceptos que permitirán clasificar las ventajas en uno u otro nivel se definen de un modo claro en el PCAP, otra cosa es que la apreciación de si una oferta presenta una u otra ventaja merezca el juicio técnico del órgano evaluador, pues para tal fin se ha configurado el criterio como evaluable mediante juicio de valor.



No puede acogerse, pues, el alegato de la recurrente sobre el excesivo margen de discrecionalidad que se concede al órgano evaluador con la redacción del criterio y tampoco que los licitadores desconozcan, a la hora de preparar sus ofertas, qué elementos de las mismas serán valorados y de qué modo. El PCAP recoge tanto esos elementos -al detallar los aspectos técnico-funcionales evaluables- como las reglas de valoración –en forma de escala de puntos por niveles de valoración funcional-.

Otra cosa es que los licitadores desconozcan a priori la concreta puntuación que recibirán en el criterio, pero ello no vulnera los principios de transparencia e igualdad de trato, pues de otro modo sería imposible conciliar tales principios con el respeto a la discrecionalidad técnica permitida en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor. No se olvide que la peculiaridad de estos es precisamente que, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos, no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración.

Finalmente, esgrime FARMAFLUID que para saber si un artículo presenta alguna ventaja respecto de cada uno de los aspectos técnico-funcionales descritos en el criterio, hubiera sido necesario que los pliegos indicasen los requisitos mínimos exigidos para cada uno de aquellos aspectos. En tal sentido, manifiesta que si no se dispone de información sobre el nivel mínimo requerido (nivel ADECUADO), no es posible preparar una oferta en condiciones y mucho menos efectuar una valoración justa y ponderada de la misma, permitiendo la más absoluta arbitrariedad y que ello es aún más grave si se incumplieran esos desconocidos requisitos mínimos de los aspectos técnico funcionales, pues en tal caso se excluiría la oferta por deficiente.

Tampoco puede acogerse este alegato. Lo que afirma FARMAFLUID es que el pliego tendría que haber definido el requisito mínimo exigido para cada aspecto técnico-funcional descrito en el criterio, pues este es el único modo de determinar si una oferta presenta ventajas sobre ese mínimo o no presenta ninguna e incluso tiene deficiencias.



Ahora bien, la legislación contractual no establece esta exigencia en los pliegos. El artículo 116.1 del TRLCSP, referido al pliego de prescripciones técnicas, dispone que *“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades(...)”* y el artículo 68 del RGLCAP, bajo la rúbrica *“Contenido del pliego de prescripciones técnicas particulares”* establece en su apartado 1 que *“El pliego de prescripciones técnicas particulares contendrá, al menos, los siguientes extremos:*

- a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.*
- b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar.*
- c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.”*

Por tanto, es exigible que estén definidas en los pliegos las características técnicas de los bienes o prestaciones, pues solo los productos que las reúnan podrán ser valorados. Esta es, pues, la obligación impuesta en la normativa contractual a los pliegos rectores de la licitación que se cumple en el supuesto aquí analizado. Así, el Anexo A del PPT establece las características técnicas de los bienes: por ejemplo, en el lote 1 se define el producto (sodio cloruro 900 mg. Parenteral), el material (bolsa de plástico o plástico semirrígido) y el volumen (10ml), características todas ellas que deben tener los bienes para poder ser valorados con arreglo a los criterios de adjudicación pues, de otro modo, tendrían que ser excluidos por incumplimiento del PPT. Se respeta, por tanto, la exigencia legal de que el citado pliego defina las características técnicas de los bienes.

A partir del cumplimiento de este mínimo técnico, los pliegos deben determinar lo



que es valorable, y en concreto, tratándose de criterios sujetos a juicio de valor, estos tienen que definirse con la precisión necesaria a fin de evitar posteriores valoraciones de las ofertas que, por falta de definiciones y pautas claras, puedan traspasar el límite de lo discrecional.

Ahora bien, lo que la recurrente pretende es que los pliegos fijen requisitos mínimos de cumplimiento a los aspectos técnico funcionales susceptibles de valoración para así poder determinar cuando aquellos mínimos se cumplen e incluso se mejoran y de este modo poder apreciar o no ventajas -significativas o no- en las ofertas. Y a juicio de este Tribunal, tal nivel de detalle en la definición del criterio excede de lo razonablemente exigible al órgano de contratación conforme a la doctrina que hemos expuesto, pudiendo verse afectada la naturaleza del criterio mismo.

Con base en las consideraciones realizadas, procede, pues, desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y documentación anexa que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de medicamentos para sueroterapia destinados a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Cádiz”, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 699/2016).



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

