

Recurso 152/2019**Resolución 331/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 10 de octubre de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **BIOGEN SPAIN, S.L.** contra los pliegos correspondientes al contrato denominado “Acuerdo marco para el suministro de medicamento con principio activo ADALIMUMAB con destino a los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba y la Agencia Pública Empresarial Alto Guadalquivir” promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 172/2019. PAAM 11/19), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 29 de marzo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del contrato asciende a 11.870.408 euros y entre las empresas participantes en el procedimiento se encuentra la recurrente.



SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El 23 de abril de 2019, tuvo entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda recurso especial en materia de contratación, interpuesto por BIOGEN SPAIN, S.L. (BIOGEN, en adelante), contra los pliegos correspondientes al acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, la entidad recurrente comunicó la interposición del recurso a este Tribunal, recibándose el escrito de recurso en el Registro Electrónico de este Órgano el pasado 29 de abril de 2019.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 25 de abril de 2019, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, reclamándole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación fue recibida en el Registro de este Tribunal el 29 de abril de 2019

QUINTO. El 3 de mayo de 2019, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Mediante escritos de 15 de mayo de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el plazo otorgado.



SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. A tal efecto, consta que presentó su oferta con posterioridad a la formalización de aquel.

Asimismo, de los alegatos esgrimidos por la entidad recurrente se desprende que los pliegos impugnados le originan un perjuicio que pretende evitar con la interposición del recurso y el eventual dictado de una resolución estimatoria de sus pretensiones.

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 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra los pliegos correspondientes a un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 11.870.408 euros y 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 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

Conviene precisar que, aun cuando el órgano de contratación califique el contrato como “*acuerdo marco para el suministro (...)*”, visto el contenido del pliego se trata, en realidad, de un contrato de suministro de tracto sucesivo y por precio unitario de los previstos en el artículo 16.3 a) de la LCSP. La referencia al acuerdo marco con un único empresario que figura en los pliegos ha de entenderse hecha a las normas que rigen para la adjudicación del citado contrato de suministro, aspecto este que se recogía expresamente en el artículo 9.3 a) del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sin que nada diga al respecto la nueva LCSP en su artículo 16.3 a).

Es por ello que la calificación jurídica debe entenderse referida a un contrato de suministro incardinado, a los efectos de su sujeción al recurso especial, en el apartado a) del artículo 44.1 de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP establece que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”.

El anuncio de licitación fue publicado el 29 de marzo de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, facilitando el mismo el acceso a los pliegos y demás documentación objeto del presente recurso. Así pues, el recurso presentado en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda el 23 de marzo de 2019, con comunicación de su interposición a este Tribunal en el



mismo día de conformidad con lo estipulado en el artículo 51.3 de la LCSP, se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de sus motivos.

BIOGEN solicita la anulación de los pliegos y funda su pretensión en varios alegatos referidos a los criterios de adjudicación que rigen en la licitación, los cuales se examinarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En un primer motivo combate los tres criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor establecidos en el Anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), al considerar que son contrarios a lo dispuesto en el artículo 145.5 b) y c) de la LCSP.

El primer criterio sujeto a juicio de valor (criterio técnico no automático, en terminología del pliego) se denomina “*Características y cualidades galénicas de la forma farmacéutica*” y está ponderado con un máximo de 20 puntos conforme a las calificaciones de excelente (20 puntos), óptima (10 puntos), buena (6 puntos) y mínima aceptable (0 puntos). Su descripción es la siguiente: “*Se valorarán características farmacotécnicas y galénicas que puedan suponer ventajas comparativas de unos preparados respecto a otros (calidad galénica de la forma farmacéutica, tamaño, facilidad de fraccionamiento y/o administración, volumen de administración, condiciones de conservación y cualquier otro aspecto técnico que pueda contribuir a facilitar la manipulación, administración y el almacenamiento en los centros e incrementa la seguridad y eficiencia de su uso). En el caso de autoinyectores se valorará además, las características técnicas del dispositivo que faciliten la correcta administración y seguridad para el paciente. Sera valorada la ausencia de látex y lactosa en la presentación ofertada que deberá quedar acreditado en ficha técnica del fármaco*”.

Respecto al criterio transcrito, BIOGEN plantea lo siguiente:



- Las puntuaciones son aparentemente estancas y surge la duda de que pueda haber puntuaciones intermedias (por ejemplo, entre 10 y 20 puntos), lo que plantea si estamos ante un criterio de evaluación automática.
- No se sabe cómo va a valorarse cada ítem de la descripción técnica del criterio, es decir, existe indeterminación sobre el modo en que va efectuarse la evaluación: por ejemplo, se desconoce qué diferencia de puntuación habrá entre un medicamento con látex y otro sin él. Además, la existencia o no de látex es un dato objetivo que no depende de la valoración de una comisión técnica, por lo que el criterio no debería calificarse como sujeto a un juicio de valor.

Concluye, pues, que el criterio carece de concreción y que en aras de los principios de igualdad y seguridad debe ser reformulado.

Frente al alegato expuesto se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que los criterios están definidos objetivamente con todos los aspectos que deben valorarse, de modo que los licitadores pueden saber de antemano los aspectos a evaluar. Asimismo, señala que se han fijado bandas de clasificación que van desde “excelente” a “mínima aceptable” con puntuaciones concretas en cada una de ellas para hacer más precisa y objetiva la valoración, todo ello sin perjuicio de la discrecionalidad técnica reconocida en el proceso de evaluación.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. BIOGEN denuncia falta de concreción en el criterio de adjudicación impugnado lo cual vulnera, a su juicio, los principios de igualdad y seguridad jurídica e infringe lo dispuesto en el artículo 145. 5 b) y c), conforme al cual los criterios de adjudicación *“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”.*

Esta previsión del nuevo texto legal incorpora el contenido del artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y está en sintonía con la reiterada doctrina de los distintos Órganos de resolución de recursos contractuales, conforme a la cual la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor precisen y detallen los aspectos sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no pueden otorgar al mismo una libertad de decisión ilimitada, debiendo favorecer la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

Este Tribunal se ha venido manifestando en el sentido expuesto bajo la vigencia del texto legal anterior y con la nueva LCSP. Así en las recientes Resoluciones 192/2019, de 13 de junio, y 199/2019, de 25 de junio, nos hemos referido a nuestra anterior Resolución 157/2018, de 1 de junio, donde se recogía esta doctrina del modo siguiente:

“(...) 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”. (Resolución 137/2017, de 30 de junio).



(...) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración” (Resolución 48/2016, de 25 de febrero)”

En el supuesto analizado, BIOGEN alega dos cuestiones. La primera va referida a que las puntuaciones establecidas en el criterio atendiendo a las calificaciones de excelente (20 puntos) óptima (10 puntos), buena (6 puntos) y mínima aceptable (0 puntos) son aparentemente estancas sin valores intermedios, lo que plantea si estamos en presencia de un criterio de evaluación automática.

En este particular no puede darse la razón a la recurrente puesto que la asignación de valores fijos no determina, sin más, que un criterio sujeto a juicio de valor deba considerarse de evaluación automática. El artículo 146.3 de la LCSP dispone que “Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada”.



La banda u horquilla de valores es, pues, una posibilidad que asiste al órgano de contratación a la hora de establecer la ponderación de los criterios, pero nada le impide asignar valores fijos a dichos criterios. Es más, en el caso del criterio impugnado, los puntos varían según la calificación recibida, por lo que podría pensarse que la banda de valores a la que se refiere el precepto legal se distribuye en el criterio impugnado en función de la calificación de la oferta tras su valoración como excelente, óptima, buena y mínima.

De otro lado, BIOGEN denuncia indeterminación en el modo de evaluación del criterio, cuestión que sí resulta de más calado y merece un examen detenido. En primer lugar, se observa que en la redacción del criterio se describen los aspectos que van a ser objeto de valoración y que consisten en las distintas características farmacotécnicas y galénicas del medicamento como la calidad, tamaño, facilidad de fraccionamiento, volumen de administración y condiciones de conservación. A la vista de tal descripción, parece irrelevante la denuncia de la recurrente sobre la indebida calificación del criterio como sujeto a juicio de valor por el hecho de que la “existencia o no de látex” -que es un aspecto evaluable- sea un dato objetivo que no depende de valoración alguna.

Es de ver que la descripción del criterio es amplia y los aspectos a valorar son diversos, siendo la existencia o no de látex un elemento más a tener en cuenta en esa ponderación global de cada oferta. Es decir, la valoración de las proposiciones conforme al criterio no puede concebirse aisladamente por cada uno de los parámetros descritos en el pliego, sino fruto de su consideración conjunta. Es por ello, que el argumento de la recurrente en este punto también debe decaer.

Ahora bien, salvado lo anterior, la indeterminación en el modo de valoración de las ofertas es innegable. Ya hemos señalado que la discrecionalidad técnica en la evaluación de las ofertas con arreglo a juicios de valor no puede ser absoluta y debe quedar enmarcada, no solo por los aspectos sujetos a valoración, sino también por unas pautas adecuadas de ponderación, extremo este en el que incide además el



nuevo artículo 145.5 b) de la LCSP al establecer que los criterios deben formularse de manera objetiva sin que puedan conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

En el supuesto enjuiciado, al no preverse en el criterio qué cualidades, atributos o ventajas permitirán considerar una oferta como excelente, óptima, buena o mínima, el criterio de adjudicación carece de la concreción necesaria en los términos expuestos, vulnerando lo dispuesto en el citado precepto legal, así como los principios de igualdad y transparencia.

Una cuestión similar a la presente fue analizada en nuestra Resolución 192/2019, de 13 de junio, en la que se indicaba que *“(...) no existen tampoco pautas o reglas de ponderación que permitan encuadrar la valoración en un marco razonable de discrecionalidad. El pliego efectúa una escala de calificaciones que va desde óptima (20 puntos) a apta (0 puntos) pasando por las intermedias de excelente (15 puntos), muy buena (10 puntos) y buena, pero no indica qué elementos se tomarán en consideración para alcanzar cada una de esas calificaciones como sería por ejemplo ofertar o no en todos los aspectos evaluables o determinar cuál tiene más preponderancia en la asignación de puntos o si todos tienen el mismo valor.*

En realidad la escala de puntuaciones del pliego solo sirve para calificar formalmente las ofertas por tramos de puntuación, pero no ofrece ninguna pauta de ponderación al órgano evaluador para enmarcar su juicio técnico. El órgano de contratación señala en el informe al recurso que solo podría ser impugnabile una aplicación injusta e irracional del criterio que no puede prejuzgarse en este momento, si bien precisamente esto es lo que hay que evitar con una definición adecuada y suficientemente precisa del criterio de adjudicación que haga racional y justa cualquier valoración posterior de las ofertas con arreglo al mismo”.

Procede, pues, acoger el alegato de falta de concreción en el criterio de adjudicación analizado.

SEXTO. La recurrente impugna, igualmente, los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor segundo y tercero.



El **criterio segundo** se denomina “*Características, calidad e información del envasado*” y está ponderado con un máximo de 5 puntos asignados según la calificación de excelente (5 puntos), óptima (3 puntos), buena (1 punto) y mínima aceptable (0 puntos), siendo su redacción la siguiente:

“-Presentación en DU individualizada, que no requiera ninguna operación de acondicionamiento para su administración, consideradas como estándar de calidad y seguridad.

-Calidad y claridad de la información contenida en la DU (DOE, código de barras, tamaño de la tipografía, legibilidad, precisión de la información, lote, fecha de caducidad etc).

-Presencia de código de colores o identificación diferencial en etiqueta y/o envasado entre diferentes dosificaciones.

-Calidad y claridad de la información contenida en el envase secundario (DOE, código de barras, tamaño de la tipografía, legibilidad, precisión de la información, lote, fecha de caducidad, etc)”.

Respecto a este criterio, BIOGEN reitera los alegatos esgrimidos para el primero y analizados en el fundamento anterior. En concreto, incide nuevamente en que no parece que existan puntuaciones intermedias con lo que estaríamos ante un criterio de evaluación automática y que se desconoce cómo se va a valorar cada ítem (por ejemplo, qué diferencia de puntos habrá entre una empresa que tenga “*datamatrix*” en el envase unitario y otra que no lo tenga). Además, cuestiona qué ha de entenderse por dosis unitaria (DU), todo lo cual le lleva a concluir que el criterio carece de concreción.

Por su parte, el órgano de contratación da aquí por reproducidos sus argumentos de oposición al primer alegato por entender que es coincidente la impugnación de este criterio y del anterior.



En efecto, se comprueba que el alegato de la recurrente respecto a este segundo criterio de adjudicación coincide con el expuesto en el anterior fundamento de derecho respecto al primer criterio sujeto a juicio de valor. Por tanto, hemos de dar por reproducidas aquí las consideraciones allí efectuadas, debiendo prosperar la alegación de la recurrente sobre la falta de concreción de este segundo criterio de adjudicación.

Por último, BIOGEN impugna el **tercer criterio** sujeto a juicio de valor denominado “*Capacidad de adecuación a los sistemas automatizados de distribución de los Servicios de Farmacia*” y ponderado con un máximo de cinco puntos asignados a razón de 5 puntos si “cumple las medidas del envase” y cero puntos sin “no cumple las medidas del envase”, siendo esta última la puntuación mínima aceptable. La redacción del criterio es la siguiente: “*Se valorará el tamaño de la presentación que permita el adecuado funcionamiento de los sistemas automatizados de distribución de los Servicios de Farmacia. Para ello las medidas del envase deberán estar comprendidas entre las siguientes:*

Lado 1: de 35 mm a 195 mm

Lado 2: de 15 mm a 140 mm

Lado 3: de 15 mm a 150 mm”

Respecto a este criterio, la recurrente alega que el mismo ha sido incorrectamente calificado ya que se trata de un criterio de evaluación automática donde la condición se cumple o no se cumple.

Frente a este alegato, el órgano de contratación esgrime que la inclusión del criterio impugnado entre los sujetos a juicio de valor obedece precisamente a la necesidad de valorarlo en la fase previa a la de evaluación de los criterios de aplicación automática. Si se hubiera considerado como uno de estos últimos, su cumplimiento se conocería en la fase de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, al no ser posible en modo alguno valorar las muestras sin obviar el tamaño de los envases presentados.



Manifiesta dicho órgano que en la fase previa a la valoración de los criterios de carácter automático, la mesa, asistida de la comisión técnica, valorará las muestras obligatorias y por tanto, las diferentes características de los productos como el tamaño que, según los pliegos, ha de estar comprendido en unos márgenes delimitados. Y añade *«Ello, sin perjuicio de que este criterio conlleve la asignación de la puntuación en función de si “cumple las medidas del envase” o “no cumple las medidas del envase”. Así pues, se hace necesario su valoración en esta fase; previa a la de apertura de criterios automáticos, suponiendo para este órgano de contratación un criterio de gran importancia para el adecuado cumplimiento de los requisitos de calidad del medicamento ofertado»*.

Pues bien, examinada la redacción del criterio, se observa que el mismo no ofrece margen de discrecionalidad alguna en su valoración, toda vez que es objeto de evaluación el tamaño del envase del medicamento con arreglo a unas determinadas medidas descritas en el pliego, asignándose los puntos en función de que dichas medidas se cumplan (5 puntos) o no (0 puntos). Así las cosas, no hay que emitir ningún juicio de valor para determinar la puntuación de cada oferta, sino solo constatar el dato objetivo de su medida.

Por tanto, el criterio de adjudicación, en los términos descritos, debe considerarse de evaluación automática, sin que tal naturaleza pueda verse alterada por las razones que esgrime el informe al recurso, puesto que ello sería forzar lo evidente e innegable aun cuando lo sea con el loable propósito de querer preservar la objetividad e imparcialidad en el proceso de valoración. Al respecto, si como dice el informe al recurso, el criterio es de gran importancia para el adecuado cumplimiento de los requisitos de calidad del medicamento ofertado, siempre puede establecerse la medida como una prescripción técnica de obligado cumplimiento para que la oferta pueda ser admitida y valorada.

Procede, pues, estimar el alegato de la recurrente respecto al criterio analizado.



SÉPTIMO. En el segundo y último motivo del recurso se impugna el criterio de evaluación automática “oferta económica” ponderado con un máximo de 60 puntos y en el que se establece que la puntuación se asignará conforme a los siguientes porcentajes de reducción sobre el importe de licitación:

-Un tramo lineal de 0 a 55 puntos, para las ofertas económicas que ofrezcan una reducción de hasta un 30% sobre el importe de licitación, de acuerdo al siguiente esquema:

Porcentaje de bajada sobre el importe de licitación	
Igual a 0	0
Mayor que 2% y menor o igual que 4%	3
Mayor que 4% y menor o igual que 6%	7
Mayor que 6% y menor o igual que 8%	11
Mayor que 8% y menor o igual que 10%	15
Mayor que 10% y menor o igual que 12%	19
Mayor que 12% y menor o igual que 14%	23
Mayor que 14% y menor o igual que 16%	27
Mayor que 16% y menor o igual que 18%	31
Mayor que 18% y menor o igual que 20%	35
Mayor que 20% y menor o igual que 22%	39
Mayor que 22% y menor o igual que 24%	43
Mayor que 24% y menor o igual que 26%	47
Mayor que 26% y menor o igual que 28%	51
Mayor que 28% y menor o igual que 30%	55

- A partir de una reducción de 30,01% se establece un tramo en el que podrán asignarse 5 puntos adicionales sobre los 55 obtenidos mediante la siguiente fórmula:

Mayor % de bajada = 60 puntos.

Resto = 55 + (% bajada a valorar X 5/mayor % de bajada).

Respecto a este criterio de adjudicación, BIOGEN alega que se ha reducido en 20 puntos la ponderación de la oferta económica (de 80 a 60 puntos) y el tramo lineal de



bajada sobre el precio de licitación (de un 48% al 30%) respecto a la licitación anterior de la que el órgano de contratación tuvo que desistir por existir un defecto insubsanable. Ello, a su juicio, limita considerablemente el incentivo a que un licitador pueda hacer una oferta económicamente más atractiva, lo que unido a que el precio máximo unitario de licitación (313,70 euros) está por encima de los precios de mercado actuales implica un grave perjuicio económico para el órgano de contratación.

En tal sentido manifiesta que el límite máximo de bajada del 30% para conseguir los primeros 55 puntos del máximo de 60 no recoge la realidad del mercado de los precios que se están ofertando, lo que solo favorece a la empresa que no quiera hacer un mayor descuento y perjudica al resto de licitadores que sí estén dispuestos a hacerlo, así como al órgano de contratación que no podrá beneficiarse de los precios reales de mercado que, en la actualidad, tiene el medicamento licitado.

Asimismo, la recurrente alega que sobre las “fórmulas de saciamiento” existe numerosa doctrina de los Tribunales de recursos contractuales y de las Juntas consultivas que determina la improcedencia de emplear fórmulas que no incentiven a un licitador a plantear su mejor oferta, pues, en el supuesto analizado, una vez alcanzado el 30% de bajada *“o bien no tendrá recompensa en mayor puntuación en la licitación, o bien su recompensa será exigua en comparación con el esfuerzo económico realizado”*.

Concluye, pues, que tales fórmulas desincentivan a ofertar una baja superior al umbral de saciedad en contra del principio de eficiencia en el gasto público y que el órgano de contratación, teniendo la certeza de que va a provocarse empate en el criterio precio, conoce con antelación que la adjudicación del contrato vendrá determinada por la puntuación obtenida en los criterios sujetos a juicio de valor.

Frente a este motivo, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo lo siguiente:



-En aras a la mejor y mayor relación calidad–precio, se establece una pluralidad de criterios de adjudicación sin buscar solo el mejor precio, y el hecho de que en esta licitación el peso del precio sea menor que en la anterior está amparado en la libertad que ostenta el órgano de contratación de elegir los criterios de adjudicación que mejor se adecúen a sus necesidades, siendo cada procedimiento autónomo de los anteriores.

-El precio de licitación es acorde a la realidad del mercado, habiéndose realizado una investigación previa para conocer como está el mercado en el momento de la licitación. Además, se han tenido en cuenta para su determinación los costes directos de fabricación del producto, los costes indirectos o gastos generales y el beneficio industrial, a partir del correspondiente estudio de mercado de las ofertas existentes en las diferentes Plataformas del Servicio Andaluz de Salud.

-La fórmula establecida otorga la mayor puntuación a la oferta con mejor precio y solo a esta y permite de antemano poner en juego todos los puntos asignados al criterio. Asimismo, la variación en la baja realizada se traduce en una variación constante en la puntuación otorgada (función lineal) hasta el límite del 30% (4 puntos por cada 2% de bajada hasta un total de 55 puntos) y solo a partir de una reducción superior al 30% se establece un tramo en el que podrán asignarse 5 puntos adicionales sobre los 55 obtenidos mediante la fórmula que establece el pliego. En consecuencia, se obtiene mayor puntuación conforme sea más baja la oferta y ello debe persuadir al licitador para hacer su mejor oferta económica.

-Además, la fórmula está directamente relacionada con las bonificaciones. Para ello se utiliza como método de cálculo el VEUN (Valor Económico Unitario Neto), que permite combinar el precio unitario de la oferta con el número estimado de unidades y, a su vez, combinarlo con el número de unidades adicionales a coste cero que ofertará el licitador, permitiendo valorar de forma homogénea la oferta económica de cada uno de los licitadores. Por tanto, se han establecido los parámetros objetivos que facilitan la presentación de las proposiciones, quedando fijados de forma clara y



precisa los requisitos y límites, así como la vinculación con el objeto del contrato, en los términos de los artículos 145 y 146 de la LCSP.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen del motivo.

En primer lugar, la recurrente esgrime que la ponderación de la oferta (60 puntos) y el tramo lineal de bajada (30%) se han reducido respecto a la anterior licitación donde se preveían 80 puntos y 48% de bajada, respectivamente. Ello, a su juicio, limita el incentivo de cualquier licitador a formular una oferta más baja, lo que unido a que el precio de licitación está por encima de los precios de mercado supone un grave perjuicio económico para el órgano de contratación.

Tal alegato en los términos expuestos por la recurrente no puede prosperar pues, como señala el órgano de contratación y este Tribunal ha venido manifestando en sus resoluciones, cada procedimiento de adjudicación es independiente del anterior, no estando vinculado el órgano de contratación que inicia un expediente por el contenido y clausulado contractual de la licitación anterior. En lo que aquí interesa, lo determinante es que esté justificada en el expediente la elección y ponderación de los criterios, extremo que no discute la recurrente y por lo que respecta al precio de licitación, lo que se discute en el recurso es que el mismo está por encima de los precios de mercado, extremo que tampoco se acredita, siendo así que el informe al recurso aporta argumentos para fundamentar su adecuación (estudios de mercado y evaluación de costes), sin que por otro lado se atisbe el interés concreto que asiste a BIOGEN para denunciar que el precio de licitación es elevado.

La segunda parte del alegato se centra, en cambio, en la improcedencia de la fórmula de saciamiento establecida para la valoración de la oferta económica. La recurrente aduce que, con arreglo a dicha fórmula, una vez alcanzado el 30% de bajada *“o bien no tendrá recompensa en mayor puntuación en la licitación, o bien su recompensa será exigua en comparación con el esfuerzo económico realizado”*. Y ello, según afirma, desincentiva a ofertar una baja superior al umbral de saciedad en contra del



principio de eficiencia en el gasto público, aparte de que el órgano de contratación, teniendo la certeza de que va a provocarse empate en el criterio precio, conoce con antelación que la adjudicación del contrato vendrá determinada por la puntuación obtenida en los criterios sujetos a juicio de valor.

Pues bien, sobre los denominados “umbrales de saciedad” o “fórmulas de saciamiento”, existe doctrina consolidada en este Tribunal pudiendo citarse, entre otras, las Resoluciones 184/2016, de 4 de agosto, 233/2016, de 4 de octubre, y 282/2017, de 28 de diciembre.

En la última de ellas, se recogía doctrina de varios Órganos consultivos en materia de contratación pública. Así, aludíamos, entre otros, al Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón conforme al cual:

“En todo caso, tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa”.

Y concluíamos lo siguiente:

“(…) al anular la relevancia en la valoración global de las bajas económicas que superen la cifras de baja consideradas razonables por el órgano de contratación (10% en el presente supuesto), se produce un efecto homogeneizador de la puntuación que se atribuirá por la oferta económica, dado que se otorga una misma valoración al tramo por encima del 10% que disuadirá bajas adicionales a ese porcentaje -recuérdese que con una baja inmediatamente superior al 10%, por ejemplo un 10,01%, se obtiene el total de la puntuación del criterio económico-, lo que tiene como efecto global que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor adquieren una relevancia relativamente mayor, pudiendo pasar a ser los decisivos con independencia de la ponderación formal que



se les atribuya nominalmente en el PCAP, en contra de la finalidad que inspira el párrafo segundo del artículo 150.2 del TRLCSP, que de este modo resulta vulnerado. Ese mismo efecto homogeneizador de la puntuación ocurre, no solo en el tercer tramo de la fórmula de la valoración económica, sino también en el primer tramo de la misma, como se ha expuesto anteriormente, pues con solo una bajada del 5% sobre el presupuesto de licitación se obtiene el 90% de la puntuación.

Así pues, mediante la utilización de la fórmula de valoración de la proposición económica establecida en la cláusula 26 del PCAP se induce la oferta económica de las distintas entidades licitadoras en torno a una baja del 5 ó del 10% -45 ó 50 puntos de un total de 50-, y se propicia que sean los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor los determinantes de la adjudicación.

(...) hemos de concluir que el prever un límite máximo de bajada (el 10%) a partir del cual, cualquiera que sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación será la misma, produce también el efecto contrario al principio de oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones económicas y desmotiva a las entidades licitadoras a presentar ofertas con precios más competitivos”.

Por otro lado, debemos indicar que ni el derogado texto legal, ni la nueva LCSP, en sus artículos 145 y 146, se han pronunciado sobre un método de valoración concreto en lo relativo al precio, por lo que todo órgano de contratación dispone, en principio, de un margen de libertad para decidir las fórmulas de valoración de la oferta económica. Quiere ello decir que no existen *a priori* fórmulas correctas o incorrectas, lo que exigirá un examen caso a caso de las circunstancias concurrentes para determinar si se han respetado o no los principios esenciales que deben regir en la materia, a saber, el de selección de la oferta económicamente más ventajosa, el de proporcionalidad, competencia efectiva, transparencia e igualdad consagrados en los artículos 1 y 145 del nuevo texto legal.

Así, en el supuesto examinado y como se analizará a continuación, algunos de los principios anteriores se han visto quebrantados, dándose las circunstancias expuestas en la resolución de este Tribunal anteriormente transcrita de modo parcial. En tal sentido, se observa que, aun cuando no hay un límite máximo de bajada a partir del



cual la puntuación de la oferta permanece invariable, el límite del 30% de baja con una ponderación de 55 puntos sobre un máximo de 60 opera como umbral a partir del cual las diferencias de puntuación obtenidas resultan insignificantes. Téngase en cuenta que cualquier bajada superior al 30%, por elevada que sea, solo podrá obtener en el mejor de los casos 5 puntos más.

Así pues, resulta bastante previsible que todos los licitadores vayan al límite del 30% con el que conocen perfectamente que recibirán 55 puntos del máximo de 60 en la oferta económica, lo que implica que, *de facto*, el 30% actúe como umbral de saciedad con las siguientes consecuencias:

1. Penaliza a las ofertas más baratas que, por debajo de aquel límite, obtendrán una mínima puntuación, lo que disuadirá a los licitadores a superar el 30% de rebaja en el precio. Ello resulta contrario al principio de selección de la oferta económicamente más ventajosa consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP.
2. Queda desvirtuada la correcta concurrencia en condiciones de competencia efectiva, por cuanto los licitadores conocen previamente la puntuación que van a obtener en el criterio precio, conculcándose el artículo 145.5 c) de la LCSP.
3. Los criterios sujetos a juicio de valor tienen un peso global de 30 puntos sobre 100, correspondiendo los 70 restantes a los criterios de evaluación automática (precio con 60 puntos y plazo de entrega con 10). Por tanto, siendo previsible que todos los licitadores vayan al límite del 30% con la certeza de que obtendrán 55 puntos y siendo también altamente presumible que asuman los compromisos de entrega descritos en el otro criterio de aplicación automática, lo cierto es que la adjudicación va a depender prácticamente de los 30 puntos asignados a los criterios sujetos a juicio de valor, otorgándose al órgano de contratación una libertad de decisión excesiva con vulneración de lo dispuesto en el artículo 145.5 b) de la LCSP.



Al respecto, hemos de recordar que, si bien la puntuación conforme a los criterios sujetos a juicio de valor no supera nominalmente a los criterios automáticos, desde un punto de vista práctico sí lo hace, vulnerándose de ese modo lo dispuesto en el artículo 146.2 a) de la LCSP en cuanto prevé que sea un comité de expertos -con cualificación apropiada y un mínimo de tres miembros no adscritos al órgano proponente del contrato- el que realice la evaluación de las ofertas con arreglo a los criterios dependientes de un juicio de valor.

Conforme a las consideraciones anteriores, el motivo debe prosperar.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso con anulación de los pliegos impugnados, así como de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **BIOGEN SPAIN, S.L.** contra los pliegos correspondientes al contrato denominado “Acuerdo marco para el suministro de medicamento con principio activo ADALIMUMAB con destino a los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Córdoba y la Agencia Pública Empresarial Alto Guadalquivir” promovido por el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 172/2019. PAAM 11/19) y en consecuencia, anular dichos actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 3 de mayo de 2019.



TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

