Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 83/2023

Acuerdo 93/2023, de 28 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil "OTSUKA PHARMACEUTICAL, S.A." frente a los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Adquisición de medicamentos con pérdida de comercialización exclusiva incluidos en el Acuerdo Marco 3DG/19 del Servicio Aragonés de Salud, con destino a los Centros Hospitalarios del Sector de Huesca. LOTES 22 y 23», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario de Huesca del Servicio Aragonés de Salud.

Ponente: Esperanza Ríos Marín.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 21 de junio de 2023 se envió, para su publicación, al Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio relativo al procedimiento de contratación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio y los pliegos que rigen el citado contrato se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los días 23 y 26 de junio siguientes. Según figura en los citados anuncios, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 24 de julio de 2023.

Se trata de un contrato de suministro, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 822 929,04 euros, IVA excluido.

Segundo.- El día 11 de julio de 2023 se recibió en este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón por don P.J.S.M., en nombre y representación de la mercantil “OTSUKA PHARMACEUTICAL, S.A.” frente a los pliegos que rigen el contrato anteriormente mencionado.

El recurso, en síntesis, aduce lo siguiente:

1. A su juicio, el Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que define los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa que rigen el contrato, incluye en el apartado 2 –en lo que respecta a los Lotes 22 y 23- criterios – que en su opinión - son criterios sujetos a evaluación posterior o automáticos.
2. Denuncia asimismo la falta de ponderación de las características a valorar en el mencionado citado criterio.

Por lo expuesto, interesa de este Tribunal la anulación de los pliegos que rigen la licitación. Asimismo, solicita la adopción, como medida cautelar, de la suspensión del procedimiento de licitación en tanto se produzca la resolución del recurso interpuesto.

Tercero.- El mismo día 11 de julio de 2023, este Tribunal administrativo dio traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo el expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La documentación requerida se recibió el día 14 de julio siguiente. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso, sin hacer manifestación alguna respecto de la suspensión cautelar del procedimiento solicitada por la recurrente

Cuarto.- Mediante nuestro Acuerdo 71/2023, de 24 de julio, se acordó la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento.

Quinto.- A la licitación han concurrido dos licitadoras, incluida la propia recurrente.

Sexto.- El día 31 de julio de 2023, se dio traslado al otro licitador del procedimiento, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 52.3 de la LCSP. Dentro del mencionado plazo no han sido presentadas alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "INICIATIVAS DE GESTIÓN SOCIAL, S.L." para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP, en tanto que, atendiendo al objeto social de su actividad social y sus pretensiones, puede estar interesado en la licitación, como así ha ocurrido.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118.1.a) de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, LUECPA) y se dirige contra el acto de aprobación de los pliegos, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.a) de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificados los requisitos para la admisión del recurso procede entrar a examinar el fondo del mismo.

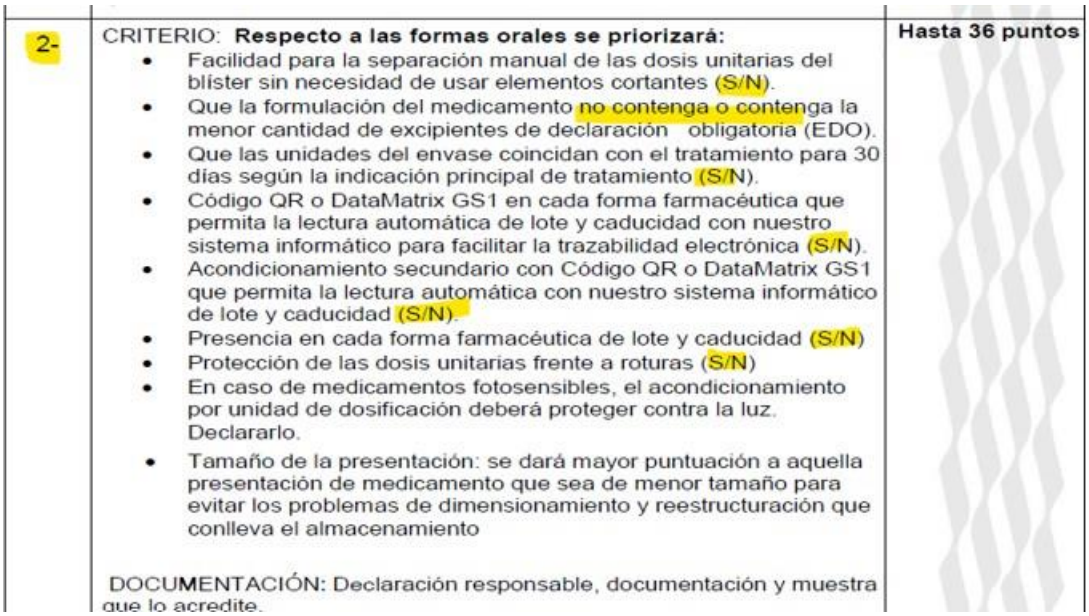
Como primer motivo del recurso denuncia la recurrente que en la regulación de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa, han sido incluidos criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior o automáticos, y a tal efecto, alega lo siguiente:

«Tanto para el lote 22 como para el 23, el Anexo X fija los criterios de adjudicación cuya valoración está sujeta a juicio de valor del siguiente modo:

Un primer criterio, referente al acondicionamiento primario y, un segundo criterio sobre las formas orales.

Pues bien, como veremos a continuación, es en relación con el segundo criterio que podemos afirmar que los criterios subjetivos de este expediente se han convertido en criterios objetivos, tal y como desprende de la propia redacción contenida en el Anexo X.

LOTE 22:



2-	CRITERIO: **Respecto a las formas orales se priorizará:** • Facilidad para la separación manual de las dosis unitarias del blíster sin necesidad de usar elementos cortantes (S/N). • Que la formulación del medicamento no contenga o contenga la menor cantidad de excipientes de declaración obligatoria (EDO). • Que las unidades del envase coincidan con el tratamiento para 30 días según la indicación principal de tratamiento (S/N). • Código QR o DataMatrix GS1 en cada forma farmacéutica que permita la lectura automática de lote y caducidad con nuestro sistema informático para facilitar la trazabilidad electrónica (S/N). • Acondicionamiento secundario con Código QR o DataMatrix GS1 que permita la lectura automática con nuestro sistema informático de lote y caducidad (S/N). • Presencia en cada forma farmacéutica de lote y caducidad (S/N) • Protección de las dosis unitarias frente a roturas (S/N) • En caso de medicamentos fotosensibles, el acondicionamiento por unidad de dosificación deberá proteger contra la luz. Declararlo. • Tamaño de la presentación: se dará mayor puntuación a aquella presentación de medicamento que sea de menor tamaño para evitar los problemas de dimensionamiento y reestructuración que conlleva el almacenamiento DOCUMENTACIÓN: Declaración responsable, documentación y muestra que lo acredite.	**Hasta 36 puntos**

Vemos en la imagen anterior proveniente del Anexo X que, a excepción de la última característica (se dará mayor puntuación a la presentación de menor tamaño), las demás se valorarán dependiendo de si el producto tiene o no lo requerido por el Organismo.

Es decir, se valorarán como si de criterios objetivos se tratara. Así, vemos que el criterio señala: Protege/no protege, Contiene/no contiene; Si/no.

LOTE 23:

2.-	. CRITERIO: **Respecto a las formas orales se priorizará:** • Facilidad para la separación manual de las dosis unitarias del blíster sin necesidad de usar elementos cortantes (S/N). • Que la formulación del medicamento no contenga o contenga la menor cantidad de excipientes de declaración obligatoria (EDO). • Que las unidades del envase coincidan con el tratamiento para 30 días según la indicación principal de tratamiento (S/N). • Código QR o DataMatrix GS1 en cada forma farmacéutica que permita la lectura automática de lote y caducidad con nuestro sistema informático para facilitar la trazabilidad electrónica (S/N). • Acondicionamiento secundario con Código QR o DataMatrix GS1 que permita la lectura automática con nuestro sistema informático de lote y caducidad (S/N). • Presencia en cada forma farmacéutica de lote y caducidad (S/N) • Protección de las dosis unitarias frente a roturas (S/N) • En caso de medicamentos fotosensibles, el acondicionamiento por unidad de dosificación deberá proteger contra la luz. Declararlo. • Tamaño de la presentación: se dará mayor puntuación a aquella presentación de medicamento que sea de menor tamaño para evitar los problemas de dimensionamiento y reestructuración que conlleva el almacenamiento.	Hasta 36 puntos
	• Se priorizará aquellos proveedores que tengan todas las presentaciones del LOTE. DOCUMENTACIÓN: Declaración responsable, documentación y muestra que lo acredite.	

Del mismo modo que en el Lote 22 – los criterios para los lotes 22 y 23 coinciden a excepción del último (se priorizará aquellos proveedores que tengan todas las presentaciones del LOTE) -, la valoración se efectuará de forma objetiva y no mediante juicio de valor.

Así, tal y como está redactado el criterio, sin género de dudas tiene una naturaleza automática y en este sentido, la puntuación que se atribuirá – dato que no se proporciona en la licitación y con lo que, aprovechamos a manifestar, no estamos de acuerdo, tal y como veremos a continuación -será consecuencia directa de la aplicación de la fórmula prevista en los pliegos, de puntuación dicotómica: sí o no.

La Ley de Contratos del Sector Público, clasifica los criterios de adjudicación en criterios evaluables de forma automática y criterios no evaluables de forma automática. Es decir, es la evaluación lo que es o no subjetiva.

Los criterios automáticos son aquellos que tienen un carácter totalmente objetivo, cuya adjudicación se realiza de forma automática, bien aplicando una fórmula previamente fijada en los Pliegos, o bien estableciendo unos rangos de puntuación que responden a características objetivas relacionadas con el objeto del contrato, o atendiendo a la disposición o no de la característica técnica en cuestión.

En este caso, ninguna duda cabe acerca de que los referidos criterios establecidos en el Anexo X están fijados para una valoración automática y no subjetiva como debería efectuarse.

En relación con la falta de puntuación que se atribuirá a cada característica, si bien es cierto que lo desarrollaremos a continuación por ser el segundo motivo de impugnación, sí es nuestro deseo manifestar ahora que se desprende del Anexo X, el Organismo evaluará los criterios (supuestamente subjetivos) de forma automática y, sin embargo, lo que pretende efectuar subjetivamente es otorgar la puntuación que considere oportuna en el momento de valoración, lo cual, adelantamos, vulnera el principio de transparencia y la objetividad en la selección del contratista.

Es por lo aquí descrito que OTSUKA no entiende qué valoración subjetiva cabe en relación con estos criterios de adjudicación toda vez que los puntos se otorgarán dependiendo de si el criterio contiene o no contiene, protege o no protege o dispone o no dispone de la condición concreta que se requiera.»

De contrario, el órgano de contratación se opone al alegato de la recurrente en los siguientes términos:

«Los criterios se agrupan en dos categorías: criterios automáticos y criterios sujetos a juicio de valor. Los primeros serán cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas y los segundos responden a criterios cualitativos vinculados con el objeto del contrato.

Pues bien, de la lectura de los criterios que son objeto de recurso, se desprende con absoluta claridad que constituyen características cualitativas.

A modo de ejemplo, en el primer ítem "facilidad para la separación manual de las dosis unitarias" una vez cumplido el requisito de facilidad, se ponderarán las soluciones más o menos fáciles ofertadas por los licitadores. De la misma manera, en el resto de ítems la valoración subjetiva no se limita a un SI/NO, sino que hay aspectos diferenciales que permiten valorar la calidad que ofrece el producto, p.ej. "presencia de lote y caducidad", una vez verificado que existe, se pueden valorar aspectos cualitativos de la presentación.

En definitiva, el criterio está definido para que una vez analizado que la oferta merece la valoración del ítem, se procede en una segunda fase a valorar la calidad o la mejor solución ofrecida, por lo que este órgano de contratación entiende que no se ajustan a la realidad las afirmaciones de la recurrente de que "los criterios establecidos en el Anexo X están fijados para una valoración automática y no subjetiva" y que " el Organismo evaluará los criterios (supuestamente objetivos) de forma automática y sin embargo lo que pretende efectuar subjetivamente es otorgar la puntuación que considere oportuna en el momento de valoración .

Los criterios objeto del recurso están definidos en términos de calidad, evaluándose, entre otros aspectos, funcionalidad y rendimiento, aspectos éstos difícilmente puntuables con una mera fórmula matemática o dicotómica. Que el pliego establezca al final de cada subcriterio S/N no conlleva una valoración

automática, pues dentro de que el ítem debe cumplirse para ser valorado, puede darse un abanico de aspectos cualitativos en la valoración del mismo.

2. Alega la recurrente "la evidente falta de ponderación del segundo criterio de adjudicación para los Lotes 22 y 23 fijados en el Anexo X de los pliegos (…) sin que los licitadores conozcamos de antemano cuántos puntos podrán ser o serán otorgados a cada aspecto", llegando a la conclusión de que el "Órgano según vaya evaluando los productos ofertados de cada casa comercial, decidirá cuantos puntos da a cada aspecto dado en el pliego". Afirma asimismo que en el caso en que nos encontramos no estamos ante subcriterios.

Es necesario a juicio de este Órgano de Contratación aclarar la segunda afirmación, dado que dependiendo de la conclusión a la que se llegue, condiciona claramente la resolución de la primera. Se trata de un aspecto de configuración jurisprudencial, pues ni la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública ni la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público regulan esta cuestión, limitándose los artículos 67.3 y 146.3 de dichas normas, respectivamente, a obligar a precisar en el pliego la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación. Se trata en consecuencia de una afirmación del recurrente que se asemeja más a una opinión interesada que a criterios jurídicos consolidados, ya que él mismo en su recurso duda de que el Tribunal al que se dirige comparta su criterio.

En el caso que nos ocupa, la calidad, eficacia y seguridad se valora a través de dos criterios: en el Criterio 1 se valora el acondicionamiento primario, y el Criterio 2 valora la presentación de la forma farmacéutica. Ambos criterios se dividen en subcriterios o ítems perfectamente definidos para su valoración global. Rechazamos en consecuencia la afirmación del recurrente de que estamos ante "criterios heterogéneos (..) que son elementos claramente diferenciales que deberían tener otorgada una puntuación concreta…" Los ejemplos que se aportan de otras licitaciones con bandas de puntos a los

subcriterios, en nada vinculan a este Órgano de Contratación, puesto que el diseño de los criterios de valoración forman parte del margen de discrecionalidad técnica del que se dispone.»

Expuestas las posiciones de cada parte, procede traer a colación la regulación contenida en los pliegos que rigen la presente licitación y de la que la actora discrepa; así resulta de aplicación la cláusula 2.2.5.2 titulada «SOBRE B. TÍTULO: PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN PREVIA CONTENIDO» y que establece:

«Si en el Anexo X se han incluido criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, que deberán ser objeto de evaluación previa, el licitador deberá aportar un Sobre B en el que incluya la documentación allí exigida. En ningún caso deberán incluirse en este sobre documentos propios del Sobre C.»

A su vez el Anexo X del PCAP está dedicado a «CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA (SOBRE B)», y que, por lo que aquí interesa, y, en atención a los lotes impugnados (Lote 22 y Lote 23), los criterios de adjudicación impugnados, han quedado transcritos con la exposición del escrito de recurso, de manera que para evitar reiteraciones inútiles nos remitimos a lo allí expuesto.

Pues bien la resolución del presente debate debe tomar como punto de partida la doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, el reciente Acuerdo de este Tribunal administrativo 21/2023, de 9 de marzo 78/2013, y las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (en adelante, TACRC) 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de 2 de octubre, 313/2017, de 31 de marzo), con arreglo a las cuales, la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica, es de apreciación discrecional por la Mesa de

contratación y por el órgano de contratación, y dichos órganos encargados de la resolución de recursos contractuales, han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, pues, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «discrecionalidad técnica» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999). Criterio, por cierto, que ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue –precisamente– objeto de impugnación otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

Este Tribunal administrativo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, en el Acuerdo 85/2019, de 28 de junio, en el cual –participa del criterio del TACRC, puesto de manifiesto en su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que, citando la Resolución 688/2015, señala que: *«La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad.»*

También la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de fecha 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15), incide en el amplio margen de que disponen los poderes adjudicadores para determinar los elementos a tener en

cuenta de cara a la adjudicación del contrato, siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Y este criterio ha sido mantenido por este Tribunal administrativo, además de en el meritado Acuerdo 85/2019, también en el Acuerdo 50/2023, en el que con cita en el Acuerdo 44/2020, de 19 de junio, sostiene que quien conoce las necesidades a satisfacer es el órgano de contratación y a tal efecto refiere lo siguiente:

«Pues bien, conocidos todos los elementos de juicio, el punto de partida en la resolución de la controversia no es otro que el artículo 28 de la LCSP que claramente dispone –al igual que su antecesor, el 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP)– que es a los entes, organismos y entidades del sector público a quien corresponde fijar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden atenderse mediante los contratos, así como la determinación de su objeto y contenido para satisfacerlas. De la misma manera, y en relación con ese objeto contractual, corresponde al órgano de contratación determinar los criterios para seleccionar la oferta con mejor relación calidad-precio, así como asegurar la capacidad e idoneidad de la empresa adjudicataria para la ejecución del contrato en los términos previstos para conseguir la satisfacción de aquellas necesidades. Y todo ello debe producirse de acuerdo con los principios de libre concurrencia, de igualdad, proporcionalidad, así como con los requisitos legales, como la vinculación de los criterios de solvencia al objeto del contrato, que constituyen el parámetro de enjuiciamiento por este Tribunal, al cual le está vedado entrar en otras consideraciones.»

Así las cosas, a continuación, tal y como está planteado el objeto de la controversia, procede acudir a la doctrina de este Tribunal administrativo sobre la carga que cada una de las partes ha de soportar a fin de acreditar lo que a

su derecho convenga, y que se recoge, por todos, en el Acuerdo 37/2018, de 4 de junio.

Conforme a dicha doctrina, este principio jurídico de la carga de la prueba, tal y como afirma el TACRC, en su Resolución 607/2016, de 22 de julio*, «se recogía en nuestro ordenamiento con carácter general en el originario artículo 1.214 del Código Civil, cuando disponía que "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone", y se recoge hoy en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que "corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención". Ello supone, en el ámbito del procedimiento contradictorio, que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, teniendo la carga de la prueba una dimensión formal, correspondiendo a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones, y otra material, ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos. Así las cosas, corresponde a la recurrente probar lo que afirma e introducir los argumentos jurídicos que, a partir de los hechos probados, permitan a este Tribunal pronunciarse sobre su pretensión. Lo que no es admisible ni puede exigirse de este Tribunal es que actúe como una suerte de inquisidor general del procedimiento de adjudicación del contrato buscando las pruebas y aportado los argumentos que el recurrente no hacen, pues el recurso no es una mera denuncia sino una solicitud que inicia un procedimiento y obliga al recurrente a fundamentar su impugnación».*

Pues bien en el presente caso, a tenor de cuanto ha quedado expuesto, queda constatado que la recurrente ha incumplido la regla de la carga de la prueba, y ello por cuanto en su denuncia alega que concurren determinados criterios de adjudicación que vienen calificados como sujetos a evaluación previa, cuando –a su juicio- su valoración es automática, y ello con base en que en la redacción de los criterios que combate en función de «*si el criterio contiene o no contiene, protege o no protege o dispone o no dispone de la condición concreta que se requiera.*»; tesis que rechaza de plano el órgano de contratación en el informe emitido al recurso, en el que razona la procedencia de una valoración técnica de cada una de las ofertas en los criterios que la recurrente impugna, para lograr la correspondiente puntuación, poniendo incluso ejemplos de la forma en que procederá actuar a la hora de ponderar las ofertas, además de poner de manifiesto: «*Que el pliego establezca al final de cada subcriterio S/N no conlleva una valoración automática, pues dentro de que el ítem debe cumplirse para ser valorado, puede darse un abanico de aspectos cualitativos en la valoración del mismo.*»

De ahí que al presente caso sea de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica anteriormente expuesta, dado que la recurrente no ha desvirtuado la presunción de acierto de que gozan las actuaciones del órgano de contratación y es que no basta con la mera enumeración de una irregularidad, sino que esta debe sustentarse en una mínima actuación probatoria, cuestión que, como se ha constatado, aquí no acontece.

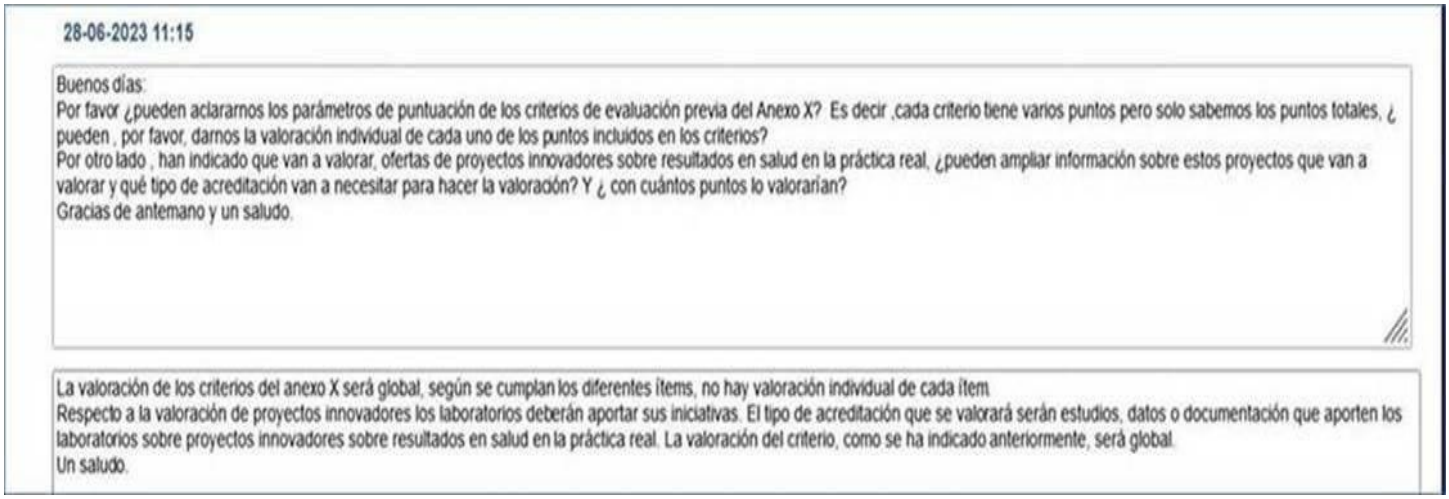
Por lo expuesto este Tribunal administrativo ha de desestimar este motivo de recurso.

TERCERO.- Como siguiente motivo del recurso, alega la recurrente la falta de ponderación del criterio de adjudicación número 2, del Anexo X del PCAP.

A tal efecto refiere en su escrito lo siguiente:

«Como se ha adelantado, el segundo motivo de impugnación versa sobre la evidente falta de ponderación del segundo criterio de adjudicación para los Lotes 22 y 23 fijados en el Anexo X de los Pliegos. Y es que, en ambos lotes, en relación con la forma oral, se pretenden evaluar nueve y diez características en los lotes 22 y 23 respectivamente (un total de 36 puntos), sin que los licitadores conozcamos de antemano cuántos puntos podrán ser o serán otorgados a cada aspecto.

Antes de continuar es preciso trasladar al Tribunal que OTSUKA, en virtud del trámite concedido por el artículo 138.3 LCSP, y a los efectos de evitar impugnar los documentos que rigen la licitación, solicitó al Órgano de contratación, nos aclarara los parámetros de puntuación de los criterios subjetivos contemplados en el Anexo X. Siendo la respuesta del Organismo, la siguiente:



28-06-2023 11:15

Buenos días:
Por favor ¿pueden aclararnos los parámetros de puntuación de los criterios de evaluación previa del Anexo X? Es decir ,cada criterio tiene varios puntos pero solo sabemos los puntos totales, ¿ pueden , por favor, darnos la valoración individual de cada uno de los puntos incluidos en los criterios?
Por otro lado , han indicado que van a valorar, ofertas de proyectos innovadores sobre resultados en salud en la práctica real, ¿pueden ampliar información sobre estos proyectos que van a valorar y qué tipo de acreditación van a necesitar para hacer la valoración? Y ¿ con cuántos puntos lo valorarían?
Gracias de antemano y un saludo.

La valoración de los criterios del anexo X será global, según se cumplan los diferentes ítems, no hay valoración individual de cada ítem.
Respecto a la valoración de proyectos innovadores los laboratorios deberán aportar sus iniciativas. El tipo de acreditación que se valorará serán estudios, datos o documentación que aporten los laboratorios sobre proyectos innovadores sobre resultados en salud en la práctica real. La valoración del criterio, como se ha indicado anteriormente, será global.
Un saludo.

"La valoración de los criterios del anexo X será global, según se cumplen los diferentes ítems, no hay valoración individual de cada ítem"

Esto sólo puede llevarnos a la siguiente conclusión: el Órgano según vaya evaluando los productos ofertados de cada casa comercial, decidirá cuántos

puntos da a cada aspecto reflejado en el pliego. Lo cual, como veremos a continuación, infringe los distintos principios que rigen la Contratación Pública.

En este sentido, debemos traer a colación la doctrina de, entre otros, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que en su Resolución 184/2019, dispone:

"El poder adjudicador está obligado a procurar en cada fase del procedimiento de licitación la igualdad de trato (artículo 1 del TRLCSP) y, como consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores. Dicho principio también significa que los licitadores deben estar en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como en el de la evaluación de éstas por el poder adjudicador. Además, el principio de transparencia, que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador, implica más especialmente que los criterios de adjudicación se han de formular en el pliego de cláusulas o en el anuncio de licitación de manera que permitan a todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes comprender su alcance exacto e interpretarlos de igual forma, que en la evaluación de las ofertas esos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (ver, en este sentido las Resoluciones 68/2018 y 153/2018 del OARC/KEAO y la jurisprudencia en ella citada) y que los potenciales licitadores deben conocer en el momento de preparar sus ofertas todos los criterios que el poder adjudicador tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa así como su importancia relativa (Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, C-532/06 ECLI:EU:C:2008:40, apartado 36 y jurisprudencia en ella citada).

Del artículo 146.3 de la LCSP se desprende la obligación de atribuir una ponderación relativa a los criterios de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que ello permite que los licitadores conozcan las reglas precisas que rigen la

valoración de sus ofertas y evita que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración. Esta misma conclusión se desprende de la jurisprudencia del TJUE conforme a la cual un poder adjudicador no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores (Sentencia del TJUE, asunto C-532/06, apartados 33 a 41).”

La doctrina no deja lugar a dudas: un poder adjudicador no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación.

Asimismo, en el mismo sentido que la anterior, la Resolución del Tribunal Administrativo Central 750/2022, de 23 de junio de 2022, afirma que toda regla de adjudicación y ponderación debe ser publicada y conocida con carácter previo por los licitadores, como bien advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008 (Lianakis) (EDJ 2008/1062), al señalar que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

A mayor abundamiento, debemos reseñar lo dispuesto por el Tribunal al que nos dirigimos en el Acuerdo 23/2011 de 3 de octubre, que advirtió:

«La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración».

En todo caso, como señala este Acuerdo, la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 150 TRLCSP, es una infracción grave —calificable como vicio de nulidad de pleno derecho— que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 TRLCSP, el de garantizar los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos.

En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».

Es por ello que, para evitar fraudes legales y supuestos de nulidad de pleno derecho, OTSUKA viene a impugnar la configuración de los Pliegos, concretamente del Anexo X, por cuanto, como es evidente no garantiza ninguno de los principios que rigen la Contratación Pública: publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos.

En el caso en el que nos encontramos, estamos ante el reparto de 36 puntos que sumados a los del primer criterio hacen un total de ni más ni menos que 49 puntos de valoración otorgada subjetivamente y la falta de ponderación del segundo criterio de adjudicación deja plena libertad a los técnicos y mesa de contratación para su concreción en el proceso de valoración, lo cual es contrario al principio de transparencia y a la objetividad en la selección del contratista.

Tal y como está redactado el Pliego es innegable que en la valoración podrá existir una actuación arbitraria por parte del Órgano de Contratación sin que los

licitadores podamos probar la misma. Teniendo en cuenta además que, como se ha indicado, estamos ante el reparto de 49/100 puntos.

Llegados a este punto, es importante aclarar que en el caso en el que nos encontramos no estamos ante subcriterios en relación con los cuales, cierta doctrina permite que no se fije banda de puntos: "Sin embargo, esta obligación de atribuir una ponderación no alcanza a los subcriterios." (Resolución 184/2019; Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).

En el presente expediente, los criterios son heterogéneos teniendo en cuenta que el objeto de suministro son medicamentos. Es decir, no nos hallamos ante un criterio que comprende nueve o diez subcriterios – lote 22 y 23, respectivamente – sino que son claramente elementos diferenciales que deberían tener otorgada una puntuación concreta o bandas de puntuación y no dejar al arbitrio del Organismo el reparto de 49 puntos según lo que se encuentre a la hora de valorar.

En este sentido, consideramos preciso traer a colación a modo ejemplificativo, distintos expedientes en los que se valoran de forma subjetiva los aspectos parecidos que se quieren valorar en el presente expediente, pero otorgando una ponderación a tales características, tal y como se denuncia a través del presente escrito, debería configurarse esta licitación:

Expediente nº 2022/02453 Suministro de los medicamentos pregabalina (doe), voriconazol (doe), paracetamol (doe), tolvaptan (doe), y sorafenib (doe) para todas las organizaciones de servicios de osakidetza y centros sanitarios de titularidad privada y sin ánimo de lucro, ubicados en la comunidad autónoma de euskadi, dentro del marco previsto en el artículo 30 de la ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de euskadi, que suscriban un convenio de vinculación con osakidetza/servicio vasco de salud:

CRITERIOS CUYA APLICACIÓN REQUIERE REALIZAR UN JUICIO DE VALOR (a incluir en el SOBRE C: "criterios evaluables mediante un juicio de valor") 40
Identificación del acondicionamiento primario del medicamento para su dispensación en dosis unitaria..... 10
Presencia de sistema que garantice la seguridad en la manipulación del medicamento..... 4
Diferenciación visual entre las distintas presentaciones del medicamento..... 3
Embalaje y etiquetado de las cajas de transporte..... 2
Ausencia de excipientes de declaración obligatoria (EDO) 2
Advertencia sobre látex 1
Periodo de validez/caducidad/estabilidad 3
Manipulación para su dispensación/reconstitución/administración 4
Protección de la luz..... 3
Otros aspectos técnicos diferenciales detectados por la Unidad Promotora que resulten de interés para las organizaciones de los servicios..... 8

Expediente nº 2022/01533, Contratación centralizada del suministro de los medicamentos PROPOFOL (DOE), LEVOBUPIVACAINA (DOE), NORADRENALINA (DOE), DEXCLORFENIRAMINA (DOE), Y ABIRATERONA

(DOE) medicamento SEVOFLURANO (DOE) para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza y centros sanitarios de titularidad privada y sin ánimo de lucro, ubicados en la Comunidad Autónoma de Euskadi, dentro del marco previsto en el artículo 30 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, que suscriban un convenio de vinculación con Osakidetza/Servicio vasco de salud:

CRITERIOS CUYA APLICACIÓN REQUIERE REALIZAR UN JUICIO DE VALOR (a incluir en el SOBRE C: "criterios evaluables mediante un juicio de valor") 40
Identificación del acondicionamiento primario del medicamento para su dispensación en dosis unitaria.....10
Presencia de sistema que garantice la seguridad en la manipulación del medicamento.....4
Diferenciación visual entre las distintas presentaciones del medicamento.....3
Embalaje y etiquetado de las cajas de transporte.....2
Ausencia de excipientes de declaración obligatoria (EDO).....2
Advertencia sobre látex 1
Periodo de validez/caducidad/estabilidad.....3
Manipulación para su dispensación/reconstitución/administración.....4

No obstante, lo anterior, y en caso de que el Tribunal al que nos dirigimos no comparta nuestra apreciación y considere que sí estamos ante subcriterios, hemos de reflejar lo dispuesto por la doctrina de los Tribunales encargados de resolver recursos contractuales en relación con la posibilidad de introducir ponderación a los subcriterios una vez haya transcurrido el plazo de presentación de ofertas: (Resolución 184/2019 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi)

"Así, cabe introducir factores de ponderación de subcriterios dentro de los criterios de adjudicación una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas, siempre y cuando concurran tres requisitos.

En primer lugar, esta determinación ex post, no puede modificar los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

En segundo lugar, no puede contener elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación.

En tercer lugar, no puede adoptarse teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (véase, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-677/15p, ECLI:EU:C:2017:998, apartado 33).”

Pues bien, en el caso en el que nos encontramos, y para el supuesto en que se considere que nos hallamos ante subcriterios – lo cual, como se ha indicado, para esta parte no es así al ser elementos diferenciales -, no se cumple el tercero de los requisitos que se requieren para incluir ponderación una vez finaliza el plazo de presentación de ofertas:

“En tercer lugar, no puede adoptarse teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (véase, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-677/15p, ECLI:EU:C:2017:998, apartado 33).”

Y es que, como es obvio, no todos los medicamentos de los laboratorios que comercializamos estos productos disponen de todos y cada uno de los aspectos que se pretenden valorar. Por tanto, sí se podría dar un efecto discriminatorio si, por ejemplo, en la propia evaluación, el Organismo decide asignar 10 puntos a quien tenga presencia en cada forma farmacéutica de lote y caducidad toda vez que no todos tenemos tal característica o cualquiera de los aspectos que pretenden valorarse de acuerdo con lo reflejado en el Anexo X.

En conclusión, tal y como está el Pliego redactado, es indiscutible que el Órgano de Contratación puede valorar los productos de forma discriminatoria y arbitraria.»

El órgano de contratación de contrario aduce lo siguiente:

«Respecto a la falta de ponderación del segundo criterio de adjudicación alegada por el recurrente, la Resolución Nº 715/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en relación al nivel de detalle exigible, "no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. "

Numerosas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales confirman esta interpretación, entre otras la 1224/2019, 6/2016, 389/2014.

A estos efectos, la Resolución 389/2014, se muestra especialmente relevante en el caso que nos ocupa cuando afirma "Indudablemente, el órgano de Contratación cuando efectúe la correspondiente valoración habrá de motivar adecuadamente la otorgada a cada licitador y en ese momento habrá de revisarse si se han cumplido los requisitos exigidos por la jurisprudencia (..). Por tanto, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta, no se considera por sí solo motivo suficiente para anular el pliego en este punto."»

Expuestos los términos del debate para resolver la controversia aquí planteada debemos atender de nuevo a la regulación que del criterio 2 de los Lotes 22 y 23, impugnado, hace el Anexo X del PCAP y que se ha transcrito en el

Fundamento de Derecho anterior del presente acuerdo, por lo que por economía procedimental procede la remisión al mencionado Fundamento de Derecho.

A continuación, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal administrativo acerca de la concreción de los criterios de adjudicación expuesta por todos en el Acuerdo 42/2023, de 5 de mayo, en el que con cita en el Acuerdo 85/2019, de 28 de junio, se expresa en los siguientes términos:

«*En cuanto al modo y medios de ponderación de criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa, así como acerca del estudio referente al grado de concreción en su definición y descripción, ya se ha pronunciado este Tribunal administrativo, en el Acuerdo 11/2018, de 2 de marzo, donde se señalaba lo siguiente:*

"*Cabe en este punto traer a colación la Resolución TACRC 344/2017, de 21 de abril, en cuyo Fundamento de Derecho décimo se afirma que "El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación necesaria de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, entre otras en la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, en la que indicamos que:*

`a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones nos 102/2013, 263/2011).

b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente

exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014).

c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (...)` 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 Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. 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 la misma línea se fundamentan los Acuerdos de este Tribunal 64/2013, de 6 de noviembre, y 82/2016, de 30 de agosto; este último, en el Fundamento de Derecho Cuarto, se expresa en los términos siguientes: "Lo cierto es, y este

Tribunal lo ha recordado en muchas ocasiones, que la sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto Alexandroupulis, pese a concluir que: "El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación"; la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005, en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone:

"32 En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- *no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- *no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- *no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores"*».

A mayor abundamiento, la reciente Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto EUIPO (C-677/15), además de reafirmarse en el cumplimiento de los principios de igualdad de trato y de transparencia, en su apartado 33 establece: «*No obstante, un órgano de contratación puede determinar, tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas, coeficientes de ponderación para los subcriterios que correspondan sustancialmente a los criterios previamente dados a conocer a los licitadores*»;(y concluye recordando los tres requisitos ya transcritos en el párrafo anterior).

Esta doctrina, compartida por todos los Tribunales de recursos contractuales, es constante y reiterada. Muestra de ello es que se mantiene en Resoluciones recientes del TACRC como la 460/2017, de 26 de mayo, además de la ya citada.

(…)

Asimismo, cabe igualmente concluir que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano calificador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de ponderación previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite, al mismo tiempo, para la baremación 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. A tal respecto, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del TACRC, 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, tal y como afirma la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del TACRC, en cita de otra anterior la 203/2016, de 11 de marzo: "*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*"».

Y continuaba el meritado Acuerdo 85/2019, su argumentación del siguiente modo:

« *Por ello, y en aplicación de la doctrina expuesta al presente caso, respecto al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor relativo a la calidad, este Tribunal considera que el PCAP no está desarrollando en ningún subcriterio la puntuación a otorgar; no obstante, se aprecia en su descripción suficiente grado de concreción en tanto que otorga pautas no sólo para la ponderación de cada oferta (tal y como refiere la doctrina ya citada) sino también para la preparación por los licitadores de sus ofertas.*

(…)

En consecuencia, la redacción del Anexo XI del PCAP resulta admisible como criterio sujeto a evaluación previa en tanto que en él sí vienen expresados una serie de aspectos a tener en cuenta, invariablemente, en la evaluación de dicho

criterio, y cuya ponderación singular, ante la indefinición recogida en el PCAP, deberá ser justificada para todos y cada uno de tales aspectos. Y, será la Mesa de contratación la que, de forma motivada, en su valoración asignará los puntos a cada oferta, a la vista de la documentación que cada uno de los licitadores presente, y tras la comparación de las soluciones aportadas por todos ellos.

Sobre esta base, y tratándose de criterios sujetos a un juicio de valor, cabe admitir un margen de apreciación técnica en el órgano calificador para discernir cuándo una oferta presenta una ventaja significativa o un valor añadido respecto a otra y cuándo no. De ahí que tampoco pueda convenirse con la recurrente que existe indeterminación en tales criterios, al definirse con suficiente grado de detalle y porque, no hay que olvidar, como ya señalamos en el anteriormente citado Acuerdo 11/2018, de 2 de marzo: primero, que se trata de criterios sujetos a juicio de valor; y segundo, que la Mesa de contratación está formada por personal técnico especializado a quien se presume conocimiento necesario para apreciar la concurrencia de esa ventaja significativa o valor añadido. Ello lleva a concluir que los aspectos que permitirán clasificar dichos conceptos en uno u otro nivel se definen y detallan de un modo suficiente en el PCAP; cuestión distinta es la asignación concreta de una determinada puntuación para cada oferta, en aplicación de tales parámetros de carácter no automático (los diferentes subcriterios), a criterio del órgano calificador, que no sólo resulta admisible, pues para tal fin se han configurado los criterios como evaluables mediante juicio de valor, sino que son además fiscalizables a posteriori, al objeto de comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la meritada doctrina administrativa y judicial en la ponderación efectuada al respecto por parte del órgano de contratación.

A juicio de este Tribunal, no asiste razón a la recurrente cuando califica este criterio de sujeto a evaluación posterior de impreciso e indeterminado, y sin que

en el mismo se concrete ningún tipo de regla de valoración pues, al contrario, ha quedado demostrado que el criterio sujeto a evaluación previa del presente contrato es conforme a Derecho, tanto por la redacción dada al mismo en el PCAP, como por los informes emitidos por el órgano de contratación al presente recurso, donde se han motivado de manera razonada y razonable la definición y descripción del citado criterio de adjudicación. Procede, por tanto, rechazar este motivo de recurso.»

Pues bien, a la vista de cuanto se ha expuesto, este Tribunal administrativo puede adelantar que procede en este caso llegar a la misma conclusión que se dio en los Acuerdos indicados, al haber coincidencia en el supuesto de hecho aquí planteado y en los allí resueltos, en tanto que en el caso que nos ocupa, la redacción dada al criterio de adjudicación impugnado viene descrita con el suficiente grado de detalle, que hace que sea – de acuerdo con la doctrina referida- conforme a derecho, pues incluso la propia recurrente, después de negar el carácter de subcriterios a los aspectos que enumera el criterio impugnado y que van a ser tenidos en cuenta para su ponderación, en apoyo de su tesis invoca resoluciones que recogen la doctrina que se acaba de exponer, para terminar concluyendo que: «*Tal y como está redactado el Pliego es innegable que en la valoración podrá existir una actuación arbitraria por parte del Órgano de Contratación sin que los licitadores podamos probar la misma.».* Es decir, que hace una interpretación interesada de las resoluciones que enumera y que resulta incoherente con la conclusión que extrae.

Así mismo este Tribunal administrativo debe poner de manifiesto que la actora no ha logrado probar los hechos que denuncia y que han sido rebatidos por el órgano de contratación en su informe al recurso, debiéndose tener en cuenta con base en los Acuerdos 85/2019 y 42/2023, de este Tribunal administrativo, que el criterio impugnado es un criterio sujeto a juicio de valor y que su ponderación – tal y como se ha señalado- corresponde a la Mesa de

contratación, formada por personal técnico especializado, sin perjuicio de que su actuación se pueda fiscalizar- al contrario de lo que postula la actora-, al objeto de comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la meritada doctrina administrativa y judicial en la ponderación efectuada al efecto.

Por último y a la vista de que en el escrito del recurso la recurrente ofrece ejemplos de la actuación de otros órganos de contratación, es conveniente a este respecto reiterar aquí el carácter autónomo que tienen los expedientes contractuales, tal y como expone este Tribunal administrativo por todos en su Acuerdo 21/2023, de 9 de marzo, por lo que no se puede vincular lo acontecido en un expediente para con otros.

Por todo lo expuesto procede desestimar este motivo de recurso y con él, el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 117 y siguientes de la LUECPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III.- ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil “OTSUKA PHARMACEUTICAL, S.A.” frente a los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Adquisición de medicamentos con pérdida de comercialización exclusiva incluidos en el Acuerdo Marco 3DG/19 del Servicio Aragonés de Salud, con destino a los Centros Hospitalarios del Sector de Huesca. LOTES 22 y 23», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario de Huesca del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación y del plazo concedido para la presentación de ofertas acordada mediante Acuerdo 71/2023, de 24 de julio.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.