

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

RESOLUCIÓN 216/2020

Recurso 488/2019

Resolución 216/2019

Sevilla, 26 de junio de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A. contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de productos farmacéuticos: Somatropina y Toxina Botulínica, en sus distintas presentaciones, para todos los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000349/2019), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de noviembre de 2019, se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del contrato asciende a 11.871.099 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 11 de diciembre de 2019, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A. (SANDOZ, en adelante) contra los pliegos que rigen el contrato de suministro indicado en el encabezamiento.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 12 de diciembre 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 24 de diciembre de 2019, a excepción del listado de licitadores que, tras ser solicitado nuevamente al órgano de contratación, fue remitido el 27 de enero de 2020.

QUINTO. El 27 de diciembre de 2019, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Mediante escritos de 12 de marzo de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

OCTAVO. No se han presentado alegaciones por los interesados en el plazo legal conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad 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 11.871.099 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.

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 19 de noviembre 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 de este Tribunal el 11 de diciembre de 2019, se ha interpuesto dentro del plazo legal.

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

Con carácter previo, hemos de indicar que el recurso afecta a los pliegos de un contrato de suministro de productos farmacéuticos fraccionado en tres lotes:

- Lote 1: “SOMATROPINA para inicio de tratamiento o cambios motivados por criterio médico en terapia de sustitución por déficit en adultos, cuando no existan factores clínicos que condicionen la elección”.
- Lote 2: “SOMATROPINA para inicio de tratamiento o cambios motivados por criterio médico en pacientes pediátricos con trastornos del crecimiento por déficit de secreción, cuando no existan factores clínicos que condicionen la elección”.
- Lote 3: “TOXINA BOTULÍNICA TIPO A para el tratamiento del biefarospasmo, tortículis espasmódica y espasticidad secundaria a un ictus en adultos, cuando no existan factores clínicos que condicionen la elección”.

SANDOZ solicita la anulación de los pliegos, recayendo su impugnación sobre la configuración del criterio de adjudicación denominado, en el Anexo I al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante), como “no automático y cualitativo”; en concreto, se trata del criterio relativo a “características técnicas y funcionalidades” ponderado con un máximo de 20 puntos y para el que se establece un umbral mínimo de 1 punto, siendo su tenor literal el siguiente:

“La valoración de este apartado se efectuará en base a la documentación técnica y las muestras aportadas por los licitadores. Las prestaciones ofertadas se entenderán como mínimas garantizadas. La valoración funcional del producto será en base a las:

- Características, calidad e información de la presentación y el envasado
- Características y calidad galénica de la forma farmacéutica.

ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN DE ESTE CRITERIO:

Base: 1 punto (cada valoración será justificada por la Mesa técnica) Aceptable: 5 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica) Bueno: 10 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica) Muy bueno: 15 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica) Excelente: 20 puntos (cada valoración será justificada por la Mesa técnica)

JUSTIFICACIÓN DE ASIGNACIÓN DE PUNTUACIÓN:

Base: Cumple sólo los requisitos mínimos exigidos.

Aceptable: Cumple los requisitos mínimos exigidos y mejora levemente algún aspecto.

Bueno: Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras apreciables.

Muy bueno: Cumple los requisitos mínimos exigidos y aporta mejoras sustanciales.

Excelente: Cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes”.

En un primer motivo, SANDOZ denuncia insuficiente concreción del criterio de adjudicación descrito e, invocando el artículo 145.5 b) de la LCSP, concluye que en el supuesto enjuiciado se valoran las “características” y la “calidad” sin especificación alguna, no indicándose de manera suficiente qué aspectos entiende el órgano de contratación como favorables, lo que resulta contrario al principio de transparencia y otorga a la Administración un poder de decisión arbitrario y abusivo. En fundamento de su alegato reproduce parcialmente la Resolución de este Tribunal 331/2019, de 10 de octubre.

Frente al alegato expuesto, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso señalando que las “características, calidad e información de la presentación y el envasado” y las “características y calidad galénica de la forma farmacéutica” se encuentran recogidas en la normativa vigente siendo de obligado

cumplimiento para las empresas farmacéuticas (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios). Asimismo, respecto al alegato de que el criterio impugnado no indica suficientemente los aspectos que el órgano de contratación entiende favorables, señala que las mejoras susceptibles de ser aportadas son prácticamente infinitas y la comisión técnica no las conoce a priori, por lo que no pueden concretarse con antelación.

Pues bien, en el examen de la cuestión controvertida hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 145.5 b) de la LCSP 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”.

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, entre las más recientes, en las Resoluciones 192/2019, de 13 de junio, 199/2019, de 25 de junio, 331/2019, de 10 de octubre, 333/2019, de 18 de octubre, 354/2019, de 24 de octubre, 398/2019, de 22 de noviembre y 8/2020, de 16 de enero, 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)”

Queda claro, pues, que todo criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor debe precisar los aspectos evaluables y las pautas de ponderación de los mismos, más aún si la puntuación asignada a aquellos es elevada, pues se trata en definitiva de conciliar la discrecionalidad técnica en la valoración de la proposiciones con el conocimiento por parte de los licitadores, a la hora de preparar sus ofertas, de qué elementos se tomarán en consideración y cómo se ponderarán.

En el supuesto examinado, se valoran con un máximo de 20 puntos, de un lado, las características, calidad e información de la presentación y el envasado y, de otro lado, las características y calidad galénica de la forma farmacéutica, estableciéndose una escala de puntuaciones (1, 5, 10, 15 y 20 puntos) con las calificaciones respectivas de base, aceptable, buena, muy buena y excelente en función de que las ofertas se limiten a cumplir los requisitos mínimos exigidos (base) o, además, presenten mejoras leves (aceptable), apreciables (buena), sustanciales (muy buena) o muy significativas en aspectos relevantes (excelente).

Una descripción del criterio de adjudicación como la del supuesto examinado carece de la precisión y grado de detalle necesario, vulnerando lo dispuesto en el artículo 145.5 b) de la LCSP. La utilización de términos como “características, calidad e información de la presentación y el envasado”, así como “características y calidad galénica de la forma farmacéutica”, por mucho que puedan ser conceptos mencionados en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, no expresan qué características, elementos, aspectos, cualidades o atributos de la presentación y envasado, así como de la forma farmacéutica se tomarán en consideración para valorar las proposiciones. Son conceptos sumamente amplios y genéricos que no arrojan ninguna información específica que pueda dar luz a los licitadores a la hora de preparar sus ofertas con el propósito de obtener puntuación en el criterio, sin que tal vaguedad en la definición de los aspectos evaluables sea contrarrestada por pautas de ponderación que orienten a los licitadores hacia lo que el órgano de contratación quiere valorar.

Así las cosas, el margen de discrecionalidad en la posterior evaluación de las ofertas superará el límite de lo razonable porque el órgano evaluador no tiene límites concretos establecidos en el PCAP para emitir su juicio técnico, de modo que quedará a su albur -y en función de lo que cada licitador oferte- la determinación de aquellas mejoras que considere dignas de valoración, lo que colisiona con la letra y el espíritu del artículo

145.5 de la LCSP y del correlativo de la Directiva 2014/24, así como con la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, suponiendo una infracción de los principios básicos de la contratación pública, en especial, los de transparencia e igualdad; principios que demandan la concreción en los pliegos de los aspectos a valorar para que todos los licitadores puedan conocerlos con carácter previo y así preparar sus ofertas atendiendo a los mismos.

La afirmación realizada en el informe al recurso acerca de que las mejoras susceptibles de ser aportadas son prácticamente infinitas y la comisión técnica no las conoce a priori, evidencia que la concreción de los aspectos y pautas de ponderación se producirá a posteriori en la fase de evaluación, que es justo lo que el artículo 145.5 b) de la LCSP pretende evitar en un claro propósito de limitar la libertad de decisión del órgano de contratación y garantizar la igualdad de todos los licitadores en la preparación de sus ofertas.

Procede, pues, estimar el motivo y anular el criterio de adjudicación impugnado.

SEXTO. En un segundo alegato, SANDOZ esgrime la incorrecta aplicación del umbral mínimo en el criterio de adjudicación al que venimos refiriéndonos. En tal sentido, considera vulnerado el artículo 146.3 de la LCSP porque el umbral mínimo de 1 punto respecto a los 20 posibles establecidos en el PCAP (Anexo I del cuadro resumen) representa un 5% cuando la ley exige que, de establecerse dicho umbral, sea al menos del 50% de la puntuación. Al respecto, hemos de señalar que aparte del criterio técnico sujeto a juicio de valor que venimos examinando, el Anexo I al cuadro resumen del PCAP establece el criterio de evaluación automática denominado “área de valor económico” ponderado con 80 puntos.

Frente a este motivo, el órgano de contratación opone que el procedimiento no se articula en varias fases como prevé el artículo 146.3 de la LCSP y que el hecho de valorar las ofertas independientemente en dos momentos distintos es un imperativo legal (artículo 146.2 b) del citado texto legal) y no una opción del poder adjudicador. Cita en apoyo de su argumentación la Resolución de este Tribunal 191/2019, de 13 de junio.

Pues bien, en la Resolución 191/2019 señalábamos que:

<< El artículo 146.3 de la LCSP al disponer que “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”, no está pensando en los dos necesarios momentos de valoración de las ofertas en el procedimiento abierto cuando existen criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática. En este caso, la valoración en momentos diferenciados es obligatoria legalmente (artículo 146.2 b) de la LCSP) para preservar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso selectivo, mientras que la dicción literal del artículo 146.3 del citado texto parte de una premisa opcional “En el caso de que (...)”.

Cabe señalar que desde el punto de vista del Derecho europeo, y en particular, de la Directiva 2014/24, la

posibilidad de articular fases sucesivas tiene por objeto reducir progresivamente el número de ofertas a negociar o examinar, como sucede en la licitación con negociación (artículo 29, apartado 6), en el procedimiento de diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4) o en el procedimiento de asociación para la innovación (artículo 31, apartado 5), lo que tiene su correspondiente traducción en la LCSP, donde la licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación se regulan, respectivamente, en los artículos 169.3, 175.3 y 179.4 del citado texto legal.

Pues bien, en este contexto, el establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor y de criterios sujetos a evaluación automática en un procedimiento abierto no supone la existencia de fases en sentido propio, sino que este procedimiento consta de una única fase con dos momentos de valoración. Así lo dictamina la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sobre la posibilidad de establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado.

En su apartado 35, la sentencia señala:

“35 En efecto, como indicó en sustancia el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, el hecho de que la Directiva 2014/24 reserve la posibilidad de desarrollarse en fases sucesivas a determinados procedimientos, como los que se contemplan en su artículo 29, apartado 6, en su artículo 30, apartado 4, y en su artículo 31, apartado 5, no permite concluir que una evaluación de las ofertas en dos tiempos, durante la única fase de adjudicación del contrato, no sería admisible en un procedimiento abierto, como el examinado en el litigio principal.”

En este sentido, la Sentencia, en sus apartados 36 y 37 expone la distinta lógica a la que responden los tres procedimientos para los que la Directiva contempla la existencia de fases (licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación) y el procedimiento abierto, donde no existen fases sino dos momentos o tiempos distintos en la valoración de las ofertas.

Además, téngase en cuenta que el mencionado artículo 146.3 de la LCSP, ante la posibilidad de fijar fases en la licitación que deban ir superándose por las distintas ofertas presentadas, prevé la obligación de un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos. Estos últimos pueden ser tanto criterios sujetos a juicio de valor como de evaluación automática, por lo que la pretendida aplicación obligatoria del artículo 146.3 a los dos momentos de valoración de un procedimiento abierto, como el aquí examinado, exigiría tomar en consideración la puntuación de criterios cualitativos que se hubieran establecido en el segundo momento de evaluación de las ofertas, lo que frustraría el espíritu del precepto que parece estar pensando en un umbral mínimo para poder pasar de una fase a la sucesiva>>.

Una conclusión clara de lo expuesto en la resolución parcialmente transcrita es que el artículo 146.3 no es de aplicación obligatoria en el procedimiento abierto por el hecho de que en el mismo existan dos momentos diferenciados en la valoración de las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 146.2 b) del mismo texto legal, momentos que no pueden equipararse sin más al concepto de fases utilizado en el apartado 3 del mismo precepto. Esta fue la cuestión suscitada en el recurso entonces interpuesto y a la que se dio respuesta en la mencionada resolución de este Tribunal.

Ahora bien, la controversia que plantea el recurso ahora examinado es otra; en el presente caso, la conclusión sentada en nuestra Resolución 191/2019 no se altera, por lo que sigue estando claro que el artículo 146.3 de la LCSP no es de necesaria aplicación en el procedimiento abierto, pudiendo perfectamente prescindirse del establecimiento de umbrales en la valoración de los criterios técnicos y ello por cuanto dicha valoración no supone una fase obligada que haya que superar para poder pasar a la evaluación de las ofertas con arreglo a criterios de carácter económico.

Lo que ahora se suscita son dos cuestiones distintas:

1. Si cabe la fijación voluntaria por los órganos de contratación, en el procedimiento abierto, de umbrales eliminatorios en los criterios técnicos, de modo que las ofertas que no alcancen los mismos deban ser excluidas del proceso selectivo sin llegar a ser evaluadas con arreglo a los criterios de carácter económico.
2. Y en caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, si esos umbrales han de ser como mínimo del 50% previsto en el mencionado artículo 146.3 de la LCSP o pueden ser inferiores.

Este es, en realidad, el debate que suscita la recurrente cuando afirma que se ha aplicado incorrectamente el umbral mínimo en el criterio de adjudicación al haberse fijado como tal 1 punto frente a un total de 20; pues, según manifiesta, ello solo representa un 5% de la puntuación en el conjunto del criterio mientras que el artículo 146.3 de la LCSP dispone que, de establecerse dicho umbral, este será al menos del 50% de la puntuación.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018 (Montte, C-546/16) -mencionada en nuestra Resolución 191/2019- señala, asimismo, lo siguiente al resolver la cuestión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

“15 Los criterios de adjudicación del contrato se formulan como sigue en el Anexo VII-A del pliego de condiciones administrativas particulares que rigen la licitación:

«a) La “Presentación y descripción del proyecto” con una ponderación de 50 puntos sobre 100, desglosada en subcriterios o criterios secundarios distintos para cada uno de los cinco lotes en los que se divide el

contrato. Adicionalmente, se establece, en todos los lotes, lo siguiente:

“Umbral mínimo de puntuación necesaria para continuar en el proceso selectivo: Los licitadores que no consigan 35 puntos en la Oferta Técnica no pasarán a la fase económica.”

b) Para todos los lotes, la baja del precio de licitación ofertada, con una ponderación de 50 puntos sobre 100 (...).»

(...)

19 Dadas estas circunstancias, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone la Directiva 2014/24 a una legislación nacional como el artículo 150 apartado 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que autorizan a los poderes adjudicadores a establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado?

2) En el caso de que la respuesta a la primera cuestión [prejudicial] sea negativa ¿se opone la citada Directiva 2014/24 a una legislación nacional o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que utiliza en el procedimiento abierto el citado sistema de criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias de manera que en la última fase no queden ofertas suficientes como para garantizar una competencia real?(...)»

(...)

32 Por lo tanto, dentro del respeto de las exigencias formuladas en el apartado anterior de la presente sentencia, los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar con arreglo a sus necesidades el nivel de calidad técnica que las ofertas presentadas deben garantizar, en función de las características y del objeto del contrato de que se trate, y para establecer el límite mínimo que esas ofertas deben respetar desde un punto de vista técnico. A estos efectos, como ha alegado la Comisión en sus observaciones escritas, el artículo 67 de la Directiva 2014/24 no se opone a la posibilidad de que, en la fase de adjudicación del contrato, se comience por excluir las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada en la evaluación técnica. A este respecto, resulta evidente que una oferta que no alcance ese límite mínimo no responde, en principio, a las necesidades del poder adjudicador y no debe tenerse en cuenta para determinar la oferta económicamente más ventajosa. En tal caso, pues, el poder adjudicador no está obligado a determinar si el precio de esa oferta es inferior a los de las ofertas no eliminadas que

alcanzan ese límite mínimo y responden, por tanto, a las necesidades del poder adjudicador.

34 No pone en entredicho la conclusión alcanzada en el apartado 32 anterior el hecho, mencionado por el órgano jurisdiccional remitente, de que la Directiva 2014/24 contempla expresamente la posibilidad de que el procedimiento de contratación se desarrolle en fases sucesivas en ciertos procedimientos distintos de los procedimientos abiertos, tales como el procedimiento de licitación con negociación (artículo 29, apartado 6), el procedimiento de diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4) o el procedimiento de asociación para la innovación (artículo 31, apartado 5). (...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

- 1) La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio.
- 2) El artículo 66 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes.”

Hemos de concluir, pues, a la vista de la citada sentencia, que no es obligatorio pero sí posible el establecimiento de fases en el procedimiento abierto, de modo que las proposiciones que no alcancen un umbral mínimo en la evaluación de los criterios técnicos queden excluidas de la licitación y por ende, de evaluación posterior. Llegados a este punto, el umbral mínimo conforme a la legislación actual es el recogido en el artículo 146.3 de la LCSP “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”.

Al respecto, hemos de indicar que la única novedad de la LCSP respecto al texto normativo anterior es el establecimiento del porcentaje mínimo del umbral en un 50%. Ya el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señalaba que “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así

como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo”.

En dicho texto, hoy derogado, el legislador quiso dejar a elección del órgano de contratación la determinación de cuál fuese ese umbral mínimo en caso de decidir el establecimiento de fases en la licitación. El cambio operado en la nueva LCSP solo obedece a la fijación de dicho umbral mínimo en un 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos, de modo que el legislador actual ha querido sustituir al órgano de contratación en esta determinación y ha querido hacerlo en un porcentaje concreto mínimo para todos los casos.

Asimismo, hemos de indicar que la redacción originaria del precepto en el proyecto de la vigente Ley de Contratos del Sector Público remitido a las Cortes Generales era idéntica a la del texto refundido derogado. La fijación legal del umbral mínimo se produjo en la fase de tramitación parlamentaria del proyecto, a raíz de una enmienda del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana al artículo 145.8 párrafo segundo del proyecto de ley (actualmente artículo 146.3 de la LCSP) cuya justificación, según consta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados (Serie A Núm. 2-2 de 16 de marzo de 2017), está en “Exigir a los licitadores un umbral mínimo de calidad en los criterios cualitativos, de manera que si un licitador no alcanza el 50% de la puntuación, es decir, «no alcanza el aprobado», quede excluido del proceso”.

Así las cosas, a la vista de cuanto ha quedado expuesto, hemos de concluir que asiste razón a la recurrente cuando sostiene que el umbral mínimo de 1 punto respecto al total de 20 con que se valora el criterio técnico sujeto a juicio de valor solo supone un 5% de esa puntuación, no llegando al mínimo legal del 50%, razón por la que debe acogerse este segundo motivo de impugnación.

Procede, por tanto, estimar el recurso y anular el criterio de adjudicación impugnado, lo que lleva consigo la propia anulación de los pliegos y demás documentos contractuales, incluidos aquellos otros actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, 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 la entidad SANDOZ FARMACEÚTICA, S.A. contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de productos farmacéuticos: Somatropina y Toxina Botulínica, en sus distintas presentaciones, para todos los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 0000349/2019) 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 27 de diciembre 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.