



EB 2015/051

Resolución 063/2015, de 9 de junio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por MEDICAL SOREVAN S.L. contra los Pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de material desechable para prevención antiembólica y puesta a disposición del equipamiento necesario para el Hospital Universitario de Cruces”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de mayo la empresa MEDICAL SOREVAN S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de material desechable para prevención antiembólica y puesta a disposición del equipamiento necesario para el Hospital Universitario de Cruces”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El recurso, expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada el 14 de mayo de 2015 en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO).

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del recurrente y el poder adjudicador.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los acuerdos marco de suministros sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3 del TRLCSP).

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Se establece un criterio económico de valoración de las ofertas que impide a las empresas competir en el procedimiento con bajas en el precio del contrato; en concreto, se fija un límite máximo de 65 puntos, a razón de un punto por cada 0,5 % de descuento respecto al presupuesto base de licitación, lo que impide a los licitadores ofertar descuentos superiores al 32,50%, porque tales descuentos serían innecesarios. Ello supone también un obstáculo para conseguir mayores ahorros en el gasto público. Para prevenir bajas de licitación que pudieran considerarse temerarias, el TRLCSP ya prevé un procedimiento que incluye el previo análisis de la aptitud de las proposiciones, tal y como refleja ya la cláusula 23.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).



b) Se establece una característica técnica del objeto del suministro que está patentada por una empresa que previsiblemente optará al contrato por ser la actual proveedora del Hospital, en concreto “la detección del tiempo del retorno venoso para favorecer el vaciado venoso máximo”, patentada por COVIDIEN SPAIN, S.L. Ello infringe el artículo 117 TRLCSP; el citado método no se menciona por literatura clínica relevante y neutral, ni siquiera como valorable, por lo que no es comprensible su consignación, sobre todo a la vista de que se han obviado otras características técnicas importantes, como la parametrización de valores del equipo para adaptación a distintas terapias o el menor nivel de ruido. Por otro lado, si la característica es tan relevante, debió optarse por un procedimiento negociado.

c) Los criterios de valoración de la calidad del producto son excesivamente subjetivos; el PCAP debiera poder permitir justificar el porqué de la puntuación asignada a cada producto. Sin este requisito, la valoración puede ser arbitraria, no discrecional, ya que se desconoce qué puede hacer que una oferta sea “adecuada” o “insuficiente”.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) No es cierto que no se permitan ofertas con descuentos superiores al 32,50%, son perfectamente admisibles, lo que se establece es una limitación de la puntuación que se otorga en este criterio, la cual se conoce de antemano. No parece razonable prever descuentos que vayan más allá de este porcentaje y que el producto ofertado sea equiparable al que actualmente se utiliza.

b) Las especificaciones técnicas se han elaborado por los Servicios técnicos usuarios, y se justifican por razones exclusivamente médicas, desconociéndose si el sistema está o no patentado; en todo caso, no hay referencia a una patente, sino a un sistema de prevención con ciertas características, independientemente de que alguna empresa lo haya o no patentado. Se



aportan estudios científicos al respecto, que avalan la eficacia y seguridad de la prescripción debatida.

c) Un juicio de valor como el impugnado por el recurrente siempre incorpora elementos subjetivos, los cuales se han parametrizado para limitar dicha subjetividad, sin perjuicio de que la puntuación otorgada deba estar adecuadamente motivada.

OCTAVO: La primera cuestión planteada es la de la admisibilidad de una valoración del precio como criterio de adjudicación matemático que deja de puntuar las bajas de licitación a partir de un cierto importe; en concreto, se trata de una fórmula que atribuye “1 puntos por cada 0,5% de descuento, hasta un total de 65 puntos”. Sobre este sistema, conocido como “saciamiento”, se pronunció este OARC / KEAO en su Resolución 109/2014, parte de cuyo contenido se reproduce a continuación:

«Esta forma de valorar el precio no sólo es contraria al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T- 402/06, en especial los apartados 92 y siguientes) pues el uso de este mecanismo puede contribuir a reducir los incentivos de las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas, puesto que es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima en un elemento concreto.

En suma, debe concluirse que el criterio de adjudicación “precio de la oferta” del apartado 30.2. de la carátula del PCAP es contrario a los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, pues impide que los licitadores enfrenten sus ofertas en sana competencia, por lo que debe declararse su nulidad.»

En el mismo sentido, la Resolución 121/2013 señalaba lo siguiente:

«Es claro que, cuando se valora el precio de la prestación, la ventaja económica se identifica con los precios más bajos, es decir, con las rebajas que se proponen respecto al precio



máximo, y que el principio de igualdad impide atribuir la misma puntuación a ofertas disparmente ventajosas, aunque ambas hayan superado un determinado porcentaje de descuento respecto al importe de licitación. A partir de ahí, cabe preguntarse qué sentido tiene dejar de puntuar las rebajas a partir de un límite cuando la experiencia más común enseña que las rebajas que superan ese límite siguen incrementando la ventaja económica para el comprador. Parece que la única respuesta posible es que el órgano de contratación estima que las proposiciones que ofertan precios menores que el límite no son fiables por anormales o desproporcionadas, pero tal explicación no puede admitirse, pues la temeridad sólo puede declararse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 152.3 TRLCSP), que incluye la audiencia al contratista sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida, y tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara, la eliminación de la oferta (en el caso analizado, se daría el absurdo de que una oferta que se deja de puntuar por no parecer fiable tendría la máxima puntuación).»

Consecuentemente, el primer motivo de recurso debe aceptarse y anularse la cláusula 30.2.1 a) de la carátula del PCAP, relativa a la valoración económica como criterio de adjudicación.

NOVENO: Se impugna la especificación técnica relativa a “la detección del tiempo del retorno venoso para favorecer el vaciado venoso máximo” por entender que se infringe el artículo 117.8 TRLCSP, que prohíbe que las prescripciones técnicas aludan a una patente determinada. Hay que decir que el apartado 5 del PPT no menciona ninguna patente, sino que la prescripción impugnada se describe en términos abstractos y por referencia a una funcionalidad, como permite el artículo 117.3 b) TRLCSP (ver, en este sentido, la Resolución 73/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, referida a un caso prácticamente idéntico al que ahora es objeto de recurso). Por otro lado, queda claro que se pretende garantizar un aspecto nuclear y no meramente accesorio de la necesidad a la que el contrato responde, pues afecta a la eficacia y seguridad de la terapia, por lo que no puede considerarse desproporcionada su inserción como prescripción obligatoria y no solo como criterio de adjudicación.

No puede acogerse, en este aspecto, la impugnación del recurrente.



DÉCIMO: El tercer motivo de impugnación es la excesiva subjetividad incorporada en la descripción del criterio de adjudicación “Calidad técnica”, cuya descripción (apartado 30.2.1 b) de la carátula del PCAP), es la siguiente:

<i>RELACIÓN DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN</i>	<i>NÚMERO PUNTOS</i>	<i>UMBRAL MÍNIMO</i>
<i>CALIDAD TÉCNICA, con la siguiente ponderación:</i> <ul style="list-style-type: none"><i>– 0 puntos: Ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, no presentación de muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado o no válido.</i><i>– De 1 a 14 puntos: Productos técnicamente válidos pero de una calidad no suficiente.</i><i>– De 15 a 25 puntos: Productos técnicamente válidos de una calidad adecuada</i><i>– De 26 a 30 puntos: Productos u ofertas preferentes de calidad excelente</i>	<i>30</i>	<i>15</i>

Como ya se señaló en la Resolución 61/2015 de este OARC / KEAO, la escueta descripción del criterio “Calidad técnica” es a todas luces insuficiente para que los licitadores puedan elaborar su proposición sabiendo de antemano cuáles son los elementos que van a ser merecedores de una mayor puntuación; de hecho, con esos términos tan amplios puede ampararse prácticamente cualquier apreciación sobre el producto ofertado que sea distinta del precio. La fijación de un baremo que divide las ofertas en “no suficientes”, “adecuadas” y “excelentes” no contribuye a mejorar la citada descripción, pues no se refiere a aspectos concretos de la prestación ni sujeta a la Administración en cuanto a los factores sobre los que efectuará la valoración. Debe recordarse que los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, y la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO). El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por



otro, que sea imposible controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio. La situación es especialmente relevante en este caso porque no se trata de juzgar un producto técnicamente sencillo y porque una baja puntuación tendría como consecuencia la eliminación del procedimiento y la no valoración de la proposición a la luz de los demás criterios de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.4 TRLCSP. Por todo ello, debe concluirse la ilegalidad del criterio de adjudicación “Calidad técnica”.

UNDÉCIMO: La declaración de nulidad de los criterios de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración lo expuesto en esta Resolución.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por MEDICAL SOREVAN S.L. contra los Pliegos del contrato “Acuerdo Marco para el suministro de material desechable para prevención antiembólica y puesta a disposición del equipamiento necesario para el Hospital Universitario de Cruces”, tramitado por Osakidetza, anulando el apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP y el apartado 30.2.1 b) en cuanto al criterio de adjudicación “Calidad técnica” y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko ekainaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de junio de 2015