



EB 2015/091

Resolución 099/2015, de 14 de septiembre 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de agujas y jeringas- Hospital Universitario de Cruces (lote 8)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de julio de 2015, la empresa SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L. interpuso recurso especial contra la adjudicación del contrato “Suministro de agujas y jeringas- Hospital Universitario de Cruces (lote 8)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El expediente 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) se solicitaron el día 30 de julio de 2015 y tuvieron entrada el día 5 de agosto 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).

Solicitadas alegaciones a los interesados, con fecha 11 de agosto de 2015, el día 23 de agosto de 2015 se recibieron las de la empresa BECTON DICKINSON, S.A., adjudicataria impugnada.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación de la recurrente y la representación de Doña A. V.L. que actúa en su nombre.

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

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores».

CUARTO: El recurso se ha 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, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) La recurrente entiende que la exclusión de su oferta al lote 8 por no superar el umbral mínimo no se ajusta a derecho; la motivación alegada es “JERINGA GASO ART S7 AGUJA: SMITHS MEDICAL 14 PUNTOS. EL TAPON NO ES DE ROSCA, ES DE ENCAJE Y ALGUNA VEZ SALTA.”, cuando el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) no exige que el citado tapón tenga que ser de rosca; ello implica que la valoración efectuada se ha basado en criterios no definidos previamente en los pliegos, lo que es ilegal.

b) Se alega que los otros dos productos presentados al mismo lote, que sí han superado el umbral de puntuación mínima, tenían tapones idénticos al que ha sido excluido, lo que indica que todos los tapones son de encaje, característica compatible con las indicaciones del PPT.



c) Por todo ello, más allá de la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación, el recurrente observa que la valoración adolece de errores materiales fácilmente apreciables sin necesidad de razonamientos complejos.

d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones al momento de la valoración técnica de las ofertas.

SÉPTIMO: Por su parte, BECTON DICKINSON alega lo siguiente en contra de la estimación del recurso:

a) El PPT exige que el producto objeto de debate, “jeringa arterial de gases”, disponga de “Tapón para transporte cerrado”; la oferta del recurrente aporta un filtro para la eliminación de burbujas de aire, que no un tapón que asegure el transporte cerrado; el filtro solo quedaría sellado si se empapa completamente con la muestra, de lo contrario se permite la entrada de aire, que perjudica la fiabilidad de la muestra. Las especificaciones del producto excluido no expresan que incluyan un tapón. Asimismo, los filtros se conectan a la jeringa por simple presión, sin sistema de cierre seguro (doble rosca o similar), por lo que puede saltar en cualquier momento de su manipulación o transporte, con los problemas que ello conlleva.

b) La empresa entiende que el acto impugnado es correcto y se enmarca dentro de la discrecionalidad técnica que ampara al órgano de contratación, sin que quepa que los criterios de Osakidetza se sustituyan por los del OARC / KEAO.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recuso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) En las características técnicas se requiere que las jeringas cuenten con un tapón de seguridad sin especificar que tenga que ser precisamente de rosca, pero la razón que consta en el informe técnico que motiva la puntuación que excluye a la recurrente es que “el tapón no es de rosca, es de encaje y alguna vez salta”, lo que implica que se han probado y evaluado las muestras y se ha



concluido que el tapón no ofrece la seguridad adecuada. En este sentido, la exigencia de un tapón de seguridad en el PPT aporta un valor añadido a la seguridad del paciente.

b) El único producto que presentaba problemas con el tapón es el ofertado al artículo 2 del lote 8, problemas que no se reproducían en los artículos 1 y 3; asimismo, de acuerdo con las fichas técnicas presentadas por el recurrente para el artículo 1, los elementos de éste en seguridad son diferentes y sí cumplen el PPT.

NOVENO: El objeto de la impugnación planteada requiere que este OARC / KEAO analice si la exclusión de la oferta del recurrente se ajusta al TRLCSP y a los Pliegos que rigen la licitación; para ello, debe partirse del contenido del apartado 30.2.1 b) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece, como uno de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor, la “Calidad técnica” (hasta 30 puntos), señalando un “umbral mínimo” de 15 puntos; por su parte, el apartado 30.2.2 de la misma carátula establece lo siguiente: “Supuesto especial: Fases de valoración distintas a las contempladas con carácter general (*si / no*): no”.

Estas estipulaciones de los Pliegos del contrato son idénticas a las que fueron objeto de la Resolución 61/2015 de este OARC / KEAO, de cuyo contenido extractamos los siguientes apartados, plenamente aplicables al presente caso:

«En primer lugar, llama la atención la escueta descripción del criterio –simplemente, “Calidad técnica”–, a todas luces insuficiente para que los licitadores puedan elaborar su proposición sabiendo de antemano cuáles son los aspectos 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 distinta del precio (...).

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 para este Órgano 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 la baja puntuación otorgada al recurrente ha tenido la grave consecuencia de la eliminación del procedimiento y la no valoración de su proposición a la luz de los demás criterios de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.4 TRLCSP. Precisamente sobre el uso de esta posibilidad debe incidir este OARC / KEAO, porque los Pliegos son, en este punto, contrarios al principio de transparencia, que exige que todos los elementos determinantes de la adjudicación estén expresados de una manera clara para que puedan ser conocidos e interpretados igualmente por todos los licitadores mínimamente diligentes (Resolución 48/2015 del OARC / KEAO); por un lado, se afirma que los 15 puntos sobre 30 máximos posibles es un umbral mínimo, pero por otro se dice que no hay fases de valoración distintas de las establecidas con carácter general. Ambas cláusulas son radicalmente contradictorias y crean oscuridad sobre un aspecto esencial del procedimiento, la cual, según una reiteradísima doctrina (por ejemplo, la Resolución 43/2015 del OARC / KEAO), no puede perjudicar a quien no la ha creado, en este caso el propio recurrente. Por todo ello, debe concluirse la ilegalidad del criterio de adjudicación “Calidad técnica”.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) y permitan la actuación arbitraria de la Administración en el caso de no ser eliminados. La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles



de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y el de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a la “Calidad técnica”.

La declaración de nulidad de un criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del 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 a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre el criterio declarado nulo.»

DÉCIMO: Debe añadirse que el criterio impugnado posibilita que el poder adjudicador actúe de modo arbitrario a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado el poder adjudicador sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al poder adjudicador una libertad ilimitada para adjudicar el contrato o excluir licitadores. Una vez reconocido que la cláusula es en sí misma arbitraria y que cualquier ejecución de la misma lo será igualmente porque en nada se condiciona la actuación del



poder adjudicador, no tiene sentido que este OARC / KEAO elija una de las posibles interpretaciones de la cláusula para estimar o desestimar la pretensión, pues tal interpretación sería, necesariamente, otra arbitrariedad, siendo en consecuencia necesaria la declaración de nulidad de dicha cláusula. En este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-583/13, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eVigilo Ltd” apoya este criterio cuando señala, como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como es precisamente el caso de los criterios de adjudicación excesivamente abstractos (ver, el apartado 27 de la citada sentencia). Por ello, no cabe aquí alegar que los Pliegos han pasado a ser firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

UNDÉCIMO: Por otro lado, la declaración de nulidad es congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP. Esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente la nulidad de la estipulación, pero también si, como en este caso, solo se pide la retroacción de actuaciones sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el poder adjudicador; téngase en cuenta que la declaración de nulidad de pleno derecho y la subsiguiente cancelación y reinicio de la licitación mejoran su posición jurídica individual, que pasa de ser licitador excluido o no adjudicatario a operador económico que puede presentar una oferta en el nuevo procedimiento, por lo que no hay “reformatio in peius” y la resolución se percibe por él como una estimación parcial.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la 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 interpuesto por la empresa SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de agujas y jeringas- Hospital Universitario de Cruces (lote 8)”, tramitado por Osakidetza, declarando la nulidad del criterio “Calidad técnica” y cancelando la licitación.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con el artículo 47.4 TRLCSP.

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 irailaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de septiembre de 2015