



EB 2014/1

Resolución 14/2014, de 10 de febrero de 2014, del suplente del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren ordezkoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., contra la adjudicación del contrato “Adquisición de equipos y cobertura quirúrgica para el Hospital San Eloy”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de enero de 2014, la empresa MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. interpuso recurso especial contra la adjudicación del contrato “Adquisición de equipos y cobertura quirúrgica para el Hospital San Eloy”, tramitado por Osakidetza ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO).

SEGUNDO: Con fecha 17 de enero de 2014 se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la empresa LABORATORIOS HARTMANN S.A. Consta en el expediente el informe del órgano de contratación previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan 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:

Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

El acto que se recurre se refiere a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada.



TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores». El acto recurrido es precisamente un acuerdo de adjudicación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en los artículos 3.2 e) y 3.3 b) del TRLCSP.

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

a) El poder adjudicador ha distribuido las puntuaciones y valoraciones con *arreglo a determinados subcriterios no indicados previamente en los pliegos*; en el criterio “Proyecto post venta – trazabilidad” se ha añadido a posteriori, en la fase de valoración, un apartado de mejoras al que la Administración ha asignado 10 puntos, a pesar de que el apartado 31.3 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señalaba expresamente lo contrario. En este sentido, se recuerda que la valoración de las ofertas no puede efectuarse con arreglo a criterios no definidos previamente en los Pliegos. Los criterios de evaluación utilizados para el “Proyecto post venta / Trazabilidad” poco tienen que ver con los pliegos, que afirman que «Se valorará el proyecto técnico ofertado para el programa de trazabilidad de consumo y de seguridad clínica, con compatibilidad con sistema informático propio del centro.» En conclusión, se atribuyen 10 puntos a la empresa adjudicataria por ofrecer una etiquetadora EAN y un programa de trazabilidad QX, sin embargo, el programa CareSigna ofertado por el recurrente, que garantiza la trazabilidad en todo el hospital, quirófanos incluidos, no recibe puntuación.

b) No se han valorado a la recurrente determinados aspectos de su oferta puntuables según los Pliegos y aportados en el plazo de presentación de proposiciones, en concreto en los criterios “Características técnicas”, “Características preferibles”, “Confortabilidad” y “Proyecto post venta – trazabilidad”.

c) Finalmente, solicita la anulación de la adjudicación y la convocatoria de una nueva licitación, ya que la retroacción de actuaciones a un momento anterior no es viable, dado que se ha procedido a la apertura de los criterios objetivos susceptibles de valoración mediante fórmulas.

SÉPTIMO: La empresa HARTMANN solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El recurso es extemporáneo porque pretende impugnar la definición de los criterios (en concreto, la del criterio “Proyecto post venta trazabilidad”) incluida



en los Pliegos fuera del momento procesal oportuno, cuando ya sabe que su oferta no ha sido considerada la más ventajosa; por otro lado, el órgano de contratación dio cumplida información a las empresas para aclarar los criterios de adjudicación.

b) El criterio “Proyecto post venta trazabilidad” es subjetivo; a mayor abundamiento, aunque la recurrente hubiera obtenido la mejor puntuación en este criterio, su oferta tampoco hubiera sido calificada como la más ventajosa y no hubiera recaído la adjudicación del lote 1 en ella, por lo que el recurso debe ser desestimado.

c) La valoración del poder adjudicador está amparada por el uso de la discrecionalidad técnica y no es revisable por el OARC / KEAO, pues no se aprecia arbitrariedad, falta de motivación o error manifiesto, y el recurso especial no puede revisar la calificación efectuada.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Se dio información verbal directa a las distintas empresas (entre ellas, la recurrente) para dar a conocer los aspectos objetivos y subjetivos del expediente, incluyendo el criterio “Proyecto post venta trazabilidad”.

b) Tras una primera valoración del criterio “Características técnicas”, el 18/9/2013 se solicitaron datos en un documento sobre diversos aspectos de la oferta técnica, escrito que la recurrente respondió el 23/9/2013. La prueba de uso en el área quirúrgica fue realizada en presencia de la recurrente; se aplicó un corrector negativo a las empresas que no cumplían el stock de seguridad.

c) Los criterios de evaluación del “Proyecto post venta / trazabilidad fueron comunicados a cada licitador; una vez analizadas las ofertas, la de la casa HARTMANN se ha considerado la mejor; no obstante, quizás no fue lo más adecuado incluir dicha puntuación en el apartado “Mejoras”; en este sentido, estas mejoras se refieren a elementos observados en las ofertas y que deben tenerse en cuenta porque afectan a la trazabilidad. En cualquier caso, aún prescindiendo de este apartado, la recurrente no alcanzaría la puntuación final para ser adjudicatario. La razón fue que las cinco empresas licitadoras presentaron un alto nivel, y por consideración a ese esfuerzo y para que no quedara en entredicho la calidad del producto, dicha diferencia en la valoración se pudiera relacionar más con las características y ajustes a las condiciones del Hospital, que con el mal proyecto técnico ofertado. Sí se valoraron el software Caresigna y el paquete de gestión.

d) Respeto a las valoraciones obtenidas por el recurrente en los criterios “Características técnicas”, “Características preferibles”, “Confortabilidad” y “Proyecto post venta – trazabilidad”, son consecuencia de las valoraciones de los aspectos recogidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, de las pruebas de uso realizadas y de la información aportada por los licitadores. En general, las consideraciones del recurrente son subjetivas y no tienen por qué coincidir con las del informe técnico.



NOVENO: En síntesis, dos son las cuestiones planteadas por el recurso y que este órgano debe resolver. En primer lugar, se alega que la valoración del criterio “Proyecto post venta / trazabilidad” incluye aspectos no contemplados en los Pliegos que rigen la licitación. En segundo lugar, se reclama que no se han valorado determinadas prestaciones técnicas de la oferta del recurrente en los criterios “Características técnicas”, “Características preferibles”, “Confortabilidad” y “Proyecto post venta / trazabilidad”.

DÉCIMO: Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe recordarse que el punto 30.2 de la carátula del PCAP define el criterio de adjudicación como “Proyecto post venta – Trazabilidad”, sin mayor concreción. En cambio, el apartado 7 del PPT añade que “se valorará el proyecto técnico ofertado para el programa de trazabilidad de consumo y de seguridad clínica, con compatibilidad con sistema informático propio del Centro”. La consignación en el PPT de menciones que, como los criterios de adjudicación, deben figurar en el PCAP, está prohibida por el artículo 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP); con independencia de la consecuencia que, con carácter general, pueda conllevar esta infracción, lo cierto es que en el caso concreto que nos ocupa carece de relevancia, puesto que el recurrente ha admitido expresamente conocer la regulación del PPT, que es complementaria y no contradictoria con la de la carátula del PCAP. En el informe técnico se desglosa la valoración de este criterio en varios epígrafes, algunos de los cuales son claramente correspondientes con lo señalado en el PPT, como son la “Integración con los programas informáticos del hospital”, “Gestión de trazabilidad de otros productos” y “Otros seguridad clínica”. En cambio, otros apartados introducen en la valoración cuestiones no contempladas en la descripción del criterio, como es el caso de “Lector código barras – mismo formato – de otro material”, “Recepción de datos en HSE”, “Medios técnicos facilitados”, “Formación”, “Otros logística” y “Mejoras”. Particularmente significativo es el caso de este último epígrafe, al que el informe reserva una parte de la puntuación total del criterio de adjudicación (10 puntos sobre 40), y que comprende la valoración de características tan heterogéneas como la existencia de etiquetadora, la retirada de embalajes desechados o el servicio de atención al cliente.

De lo anterior se deduce que se han infringido los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato, ya que se han modificado los criterios de adjudicación del contrato definidos en los Pliegos mediante la introducción posterior de elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, posibilitando una actuación potencialmente discriminatoria en perjuicio de alguno de los licitadores (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24/11/2005, C-331/04, y de 24/1/2008, C-532/06).

Por ello, este motivo de impugnación debe ser aceptado.



UNDÉCIMO: El recurrente impugna la valoración de los criterios “Características técnicas”, “Características preferibles”, “Confortabilidad” y “Proyecto post venta – trazabilidad”, señalando que no se han tenido en cuenta ciertas prestaciones técnicas contenidas en su oferta. Habida cuenta de lo expuesto en el apartado anterior y de la consecuencia procedimental que conlleva, no es necesario analizar la alegación referida a este último criterio, “Proyecto post venta – trazabilidad”.

a) Respecto a la aplicación del criterio “Características Técnicas”

Es llamativo que las partes personadas en el procedimiento discutan la aplicación del criterio “Características técnicas” (10 puntos), ya que, según los Pliegos, se trata de un criterio sujeto a una fórmula para cuya aplicación no se precisa la emisión de un juicio de valor. En este caso, el único control que cabe ejercer por este Órgano es verificar la correcta aplicación de dicha fórmula, que es la siguiente (apartado 7 del PPT):

“Atendiendo a los requisitos establecidos en la norma UNE 13795:2011

		<u>Paños</u>
1 Respuesta a la penetración microbiana en húmedo	$\geq 2,8$ lb	2,0
2 Limpieza microbiana	≤ 300 cfu	0,8
3 Limpieza de partículas	$\leq 3,5$ cfu/100cm ²	0,8
4 Emisión de pelusa	≤ 4 Log10 (pelusa contada)	2,0
5 Resistencia a penetración de líquidos	≥ 20 cm H ₂ O	2,0
6 Resistencia a rotura en seco	≥ 40 KPa	0,6
7 Resistencia a rotura en húmedo	≥ 40 KPa	0,6
8 Resistencia a tensión en seco	≥ 20 N	0,6
9 Resistencia a tensión en húmedo	≥ 20 N	0,6

El laboratorio externo presentará una tabla recogiendo los ITEMS anteriores e indicando cual es valor, en términos absolutos, obtenidos de su análisis.

Los valores de referencia con los que se realizará la comparación son los correspondientes a los requisitos establecidos en las prestaciones Estándar en Áreas Críticas.

Quien cumpla las condiciones exigidas en cada uno de los ITEMS tendrá la puntuación máxima marcada; en caso contrario 0 puntos.”

De la documentación aportada en el expediente (folios 68 y 69) no se deduce la aplicación de la fórmula, y no hay referencia alguna a los valores obtenidos por los licitadores en cada uno de los nueve epígrafes citados en los Pliegos ni a la tabla del laboratorio externo. Por el contrario, se valoran otras cuestiones distintas no previstas en el apartado 7 del PPT, e incluso se solicita documentación complementaria irrelevante para la aplicación del criterio. El propio poder adjudicador reconoce que al recurrente se le aplicó un corrector negativo por no cumplir el stock de seguridad, lo que no se contempla en los Pliegos. Por ello, la valoración se ha apartado del contenido del criterio, convirtiendo en discrecional un criterio descrito como matemático, e incurriendo en una infracción contraria a los principios de publicidad, igualdad y transparencia.



Adicionalmente, hay que señalar que la solicitud de información técnica complementaria para valorar adecuadamente la oferta infringe el artículo 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que establece la imposibilidad de aportar documentación relativa a la proposición una vez cerrado el plazo de presentación de ofertas. Debe recordarse que una consolidada doctrina opta por la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta (ver la Resolución 151/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, y todas las que en ella se citan). La razón última de esta posición se puede encontrar en el principio de secreto de la oferta, que se vería desvirtuado si esta se puede alterar cuando se conocen las de los competidores, así como en los de igualdad de trato y transparencia, que se oponen, en un procedimiento abierto, a la negociación con los licitadores, aunque sea para solicitar supuestas aclaraciones, pues ello implicaría que se pudiera considerar que el poder adjudicador ha negociado una oferta en perjuicio de los no consultados. Sólo los licitadores son responsables de los perjuicios derivados de su falta de diligencia en la elaboración de su oferta, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10).

b) Respeto de la no valoración de determinadas prestaciones técnicas en los criterios “Confortabilidad” y “Características preferibles”

Respecto a la motivación de la valoración de los criterios de adjudicación citados, sujetos todos ellos a apreciación subjetiva, debe exponerse el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO se ha manifestado que

«(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

Una vez sentados los límites de la revisión que este Órgano puede ejercer, se observa que la valoración de los criterios “Confortabilidad”, en el que debía tenerse en cuenta, según el apartado 7 del PPT, el grado de confortabilidad



termofisiológica, la adaptabilidad al cuerpo y resistencia”, y “Características preferibles”, en el que se valorarían aspectos como “idoneidad de embalaje, garantía de esterilidad, facilidad de apertura de envase, pegado en indicaciones de uso, resistencia al uso, capacidad de adherencia, adaptabilidad e hipoalergénica de los adhesivos, grado de impermeabilidad y absorción de paños quirúrgicos, superficie rodada en paños” (folios 65, 66, 70 y 71) se limita a una atribución de puntuaciones. Dicha atribución es consecuencia a su vez de calificar la oferta con arreglo a un baremo que va desde la satisfacción “muy alta” hasta la “muy baja”, pero sin que conste ninguna mención a las concretas características de la oferta que han determinado su desestimación. Debe recordarse que el requisito de la motivación se satisface si existe una argumentación que hace referencia al caso específico. La razón de esta afirmación es que si la motivación debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico (ver las resoluciones de de este Órgano 52/2013 y 93/2013). Pues bien, el informe técnico que soporta la adjudicación impugnada no satisface esta exigencia en lo que respecta a este criterio de adjudicación pues se desconocen las concretas características y ventajas o desventajas de la oferta que han determinado la atribución de las puntuaciones. En este sentido, el mero uso de términos estandarizados sin referencia específica alguna a la proposición analizada es insuficiente, aunque se trate de opiniones emitidas por personal cualificado.

DUODÉCIMO: Las irregularidades señaladas en los dos fundamentos jurídicos anteriores implican la anulación del acto recurrido, con el efecto de que deberán retrotraerse las actuaciones para efectuar una nueva valoración acorde con los Pliegos que rigen la licitación y debidamente motivada. No puede aceptarse la pretensión del recurrente de que debe anularse íntegramente toda la licitación porque la objetividad de la adjudicación está perjudicada al conocerse ya el resultado de los criterios sujetos a la aplicación de fórmulas, lo que es contrario al sistema establecido en el artículo 150.2 TRLCSP. La alteración de la secuencia lógica del procedimiento de contratación por el conocimiento previo de las ofertas presentadas es un efecto consustancial a cualquier decisión de retroacción de actuaciones derivada de un recurso contra la adjudicación. Por otro lado, acceder a la pretensión supondría dejar sin efecto los Pliegos y la convocatoria de licitación sin que estos actos adolezcan de vicio alguno que determine su invalidez, lo que sería una actuación que excede de las competencias de este Órgano que, como órgano de control jurídico que es, sólo puede anular las decisiones de los poderes adjudicadores cuando sean ilegales (artículo 47.2 TRLCSP).

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 sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., contra la adjudicación del contrato “Adquisición de equipos y cobertura quirúrgica para el Hospital San Eloy”, tramitado por Osakidetza, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones para se efectúe una nueva valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios señalados en la presente Resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a 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, 2014ko otsailaren 10a
Vitoria-Gasteiz, 10 de febrero de 2014