



EB 2017/174

Resolución 020/2018, de 2 de febrero de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco suministro de caspofungina (DOE) para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de diciembre de 2017, la empresa MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, MERCK) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco suministro de caspofungina (DOE) para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El recurso fue remitido al poder adjudicador el mismo día 21 de diciembre, solicitando el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP). La citada documentación se ha recibido los días 3 y 11 de enero de 2018.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 4 de enero de 2018, se han recibido las de TEVA PHARMA, S.L.U, adjudicataria impugnada (en adelante, TEVA) el día 11 de enero.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. I.A.J, que actúa en su nombre.

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

TERCERO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los contratos y acuerdos marco de suministros sujetos a regulación armonizada.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Se alega que el acto impugnado carece de motivación, que se han valorado erróneamente las proposiciones, lo que ha redundado en una errónea atribución de puntuaciones. En concreto, el reproche se centra en el criterio “Criterios sobre calidad y seguridad del medicamento” (ponderado con 37 puntos), dividido a su vez en varios subcriterios, en el que todos los licitadores han obtenido la misma puntuación (la máxima posible), y la motivación consiste en recitar y calificar los elementos de los pliegos; el informe técnico de valoración se limita a apreciar o no la mediación de los caracteres configurados en los pliegos sin que se relacionen con el contenido de las ofertas.



- b) La valoración del apartado “correcta identificación y acondicionamiento de medicamentos para evitar errores de medicación y garantizar la seguridad en la manipulación del medicamento” no ha tenido en cuenta la serialización y el dispositivo anti falsificación que únicamente han sido aportados por la recurrente; de haberse tenido en cuenta este factor, la adjudicataria hubiera sido MERCK, ya que la puntuación de TEVA no puede sino reducirse.
- c) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad del acto impugnado y que se ordene la retroacción del acto impugnado para que la valoración de las ofertas se haga correctamente, tomándose en consideración que la proposición de MERCK es sustancialmente diferente a las demás presentadas respecto al criterio “correcta identificación y acondicionamiento de medicamentos para evitar errores de medicación y garantizar la seguridad en la manipulación del medicamento.”

SÉPTIMO: TEVA alega, en síntesis, que la valoración del criterio relativo a la identificación y acondicionamiento de medicamentos es correcta y ajustada a los pliegos y que el recurso es extemporáneo porque es, en realidad, una impugnación indirecta de los pliegos.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) Se alega que no hay motivación insuficiente, pues la indicación de cumplir de manera completa los criterios sobre calidad y seguridad del medicamento (expresada con la máxima puntuación por apartado y la frase “sí, cumple”) se refiere a la motivación detallada en los criterios descritos en el pliego de prescripciones técnicas (PPT); en el caso de que alguna de las ofertas no cumpla con dichos criterios, se le resta puntuación motivadamente destacando el aspecto evaluado y comparándolo con otros medicamentos presentados por otros licitadores.



- b) Los aspectos de la oferta relativos a la identificación y acondicionamiento de medicamentos que menciona el recurso no son evaluables de acuerdo con el PPT.

NOVENO: El recurrente plantea la falta de motivación del acto recurrido. Este motivo de impugnación debe aceptarse. El informe técnico que sustenta la adjudicación se limita a reproducir los criterios y subcriterios de adjudicación discrecionales establecidos en los pliegos y a señalar, para cada uno de ellos y en las tres ofertas presentadas, la mención “Sí, cumple”; se da la circunstancia de que todas las proposiciones han sido valoradas con la máxima puntuación, lo que es tanto como decir que el criterio no ha marcado ninguna diferencia y que la adjudicación se ha decidido, de hecho, por las puntuaciones atribuidas en los criterios sujetos a aplicación mediante fórmula, especialmente el precio, ponderado con un 55% de la puntuación total máxima. Es significativo el párrafo final del citado informe técnico, que concluye que “recepcionada y examinada la documentación técnica presentada en este procedimiento abierto, esta Dirección de Asistencia Sanitaria considera que los laboratorios GENFARMA LABORATORIO, S.L, MERCK SHARP & DOME DE ESPAÑA, S.A. y TEVA PHARMA, S.L.U. satisfacen las condiciones contempladas en el Pliego de Bases Técnicas del expediente reseñado”; en el mismo sentido, el propio informe en el que Osakidetza responde al recurso especial admite que la expresión “Sí, cumple” se remite a la motivación incluida en detalle en los criterios descritos en el PPT.

Este modo de justificar la adjudicación no procede por varias razones. En primer lugar, no se puede considerar válida una motivación que no hace referencia alguna a las circunstancias del material analizado (en este caso, las características de la oferta); 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 del OARC / KEAO 52/2013, 93/2013 y



8/2014). En segundo lugar, la función de los criterios de adjudicación es comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, lo que los diferencia de los criterios de solvencia, que sirven para establecer si el licitador cumple o no los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permitirían ejecutar adecuadamente el contrato, o de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce igualmente tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT sin que haya comparación con las demás proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2013 del OARC / KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE). Al confundir abiertamente la apreciación del cumplimiento de las prescripciones técnicas con la aplicación de los criterios de adjudicación, el poder adjudicador ha vaciado de contenido estos últimos y les ha privado de virtualidad alguna, convirtiendo el procedimiento, de hecho, en un sistema de adjudicación en el que solo el precio es decisivo. Por lo tanto, debe anularse el acto impugnado, ya que se basa en una evaluación de los criterios que no se ajusta a la legalidad. Debe señalarse que no cabe la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva valoración, esta vez correcta. Dicha retroacción no permitiría ya, en ningún caso, la valoración separada y sucesiva de los criterios discrecionales y de los sujetos a fórmulas que pide el artículo 150.2 del TRLCSP como garantía de objetividad de la evaluación, por lo que debe cancelarse la licitación para que, en su caso, si así lo estima el órgano de contratación, se abra un nuevo plazo de presentación de ofertas. Este efecto de la disposición no empeora la situación del recurrente, que mejora su situación al pasar de ser un licitador no adjudicatario a poder presentar una proposición en una previsible nueva licitación.

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 de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de



Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco suministro de caspofungina (DOE) para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación en los términos expuestos en el Fundamento jurídico noveno.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento.

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, 2018ko otsailaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de febrero de 2018