



EB 2018/063

Resolución 088/2018, de 11 de julio de 2018, de la 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 MEDLINE INTERNACIONAL IBERIA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco para el suministro de sistemas de lavado y del fungible para la bomba de irrigación para el quirófano de traumatología de la OSI Barrualde Galdakao Esi (lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de mayo de 2018, la empresa MEDLINE INTERNACIONAL IBERIA, S.L.U. (en adelante, MEDLINE) 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 pública contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco para el suministro de sistemas de lavado y del fungible para la bomba de irrigación para el quirófano de traumatología de la OSI Barrualde Galdakao Esi (lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 30 de mayo se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), los cuales entraron en el registro del OARC / KEAO los días 4 y 5 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 7 de junio, no se han recibido alegaciones.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 6 de marzo de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor. El acto impugnado se dictó el día 10 de mayo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D.C.V.M.H, que actúa en su nombre.

TERCERO: Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministros de valor estimado superior a los 100.000 euros.



CUARTO: El acto recurrido es la resolución de adjudicación del contrato (artículo 44.2 c) de la LCSP).

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

SEXTO: 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 de la LCSP.

SÉPTIMO: Los argumentos que, en síntesis, alega el recurrente en contra de la puntuación obtenida en el criterio de adjudicación “Valoración técnica” (24 puntos sobre 50 posibles, lo que ha supuesto su exclusión del procedimiento) son los siguientes:

a) Se alega que la valoración técnica de la oferta no es correcta en los siguientes aspectos:

- las características ergonómicas de la pistola son equivalentes a las de la oferta que ha recibido la máxima puntuación.
- en contra de lo que dice el informe técnico que sustenta la valoración, la boca ancha del sistema de MEDLINE sí tiene cobertura rígida (se aportan fotografías).
- es errónea la apreciación de que el suero pasa a través de las baterías.
- no es cierto que el envoltorio sea en bolsa y no en carcasa rígida.

b) La evaluación de la oferta no ha tenido en cuenta aspectos que sí son considerados positivamente en la evaluación del sistema con la máxima puntuación, como las dos velocidades de lavado muy diferenciadas o el anclaje y desanclaje de terminales, muy cómoda y segura.



c) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación del lote 1 del contrato y la retroacción de actuaciones para la corrección de los errores de valoración resumidos anteriormente.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La valoración está suficientemente motivada, se ajusta a los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos, que no fueron recurridos en tiempo y forma, y está amparada por la discrecionalidad técnica.

b) En cuanto a las concretas alegaciones del recurso, se expone lo siguiente:

- la pistola de MEDLINE es menos ergonómica que la de SUCLISA porque su ángulo de apertura es inferior y el pulsador está en una posición menos cómoda que dificulta su agarre y uso.
- respecto a la característica de boca ancha sin cobertura rígida, se señala que en la muestra y la documentación técnica aportada para la valoración ni se describe ni se encuentra la citada característica que sí figura en la fotografía que se adjunta al recurso.
- en cuanto al paso del suero por las baterías, la ficha técnica aportada para la valoración no se refiere a posibles interacciones, ausencia de riesgos eléctricos y condiciones de aislamiento.
- por lo que se refiere al envoltorio, tanto en la muestra como en la documentación técnica es con bolsa de plástico; la carcasa rígida que ofrecen otros licitadores evita su deterioro durante su manipulación y traslado a la mesa quirúrgica.



- MEDLINE no dice nada del segundo tubo de aspiración que, al venir suelto, requiere de un montaje, lo que también ha influido para que el producto no supere el umbral mínimo establecido en el pliego.

NOVENO: El recurrente ha sido excluido de la licitación por no alcanzar el umbral mínimo de 25 puntos sobre 50 posibles en el criterio de adjudicación “Valoración técnica” (obtuvo 24), valoración que considera incorrecta. Por lo que interesa al objeto del recurso, el punto 30.2 A de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) describe dicho criterio de adjudicación de la siguiente forma:

VALORACIÓN TÉCNICA 50 PUNTOS

La calidad del producto se puntuará, en función de las Características técnicas descritas para cada lote en el punto VII, hasta un máximo de 50 puntos, que podrá ser:

(...)

De 1 a 24 puntos. Productos técnicamente válidos pero de una calidad NO SUFICIENTE.

(...)

Se da la circunstancia de que en la carátula del PCAP no existe el punto VII al que se refiere el citado punto 30.2 A. Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) tampoco tiene un punto VII, pero sí un punto II titulado Especificaciones técnicas para la contratación del suministro que es al que, en realidad, parece referirse el apartado 30.2 A (de hecho, la descripción del criterio de adjudicación Valoración técnica para el lote 2 sí se refiere expresamente al punto II). Su contenido para el lote 1 es el siguiente:

SISTEMA DE LAVADO PULSÁTIL DESECHABLE

Sistema de lavado pulsátil desechable con canal succión e irrigación. Con boquilla larga para canal femoral y boquilla corta tipo embudo. 2 velocidades, nivel ruido menor de 70 db, presión de irrigación superior a 15 psi. Estéril.



Por otro lado, el informe técnico que sustenta la valoración del criterio de adjudicación debatido incluye la siguiente motivación de la puntuación otorgada a la recurrente:

Pistola poco ergonómica. La boca ancha no tiene cobertura rígida. El suero pasa a través de las baterías (negativo). Segundo tubo (aspiración) viene suelto y hay que montarlo (Negativo). Envoltorio en bolsa, no en carcasa rígida (por lo que es más fácil su deterioro).

Antes de entrar en el análisis de las razones invocadas se precisa reiterar la doctrina de este OARC/KEAO, plasmada en múltiples de sus resoluciones (por todas, la Resolución 19/2018), en relación con la discrecionalidad técnica que le asiste al órgano evaluador en la elaboración de informes técnicos, conforme a la cual «(...) 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.»

Por lo que se refiere a la adecuada motivación en la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor (una de cuyas funciones es precisamente facilitar el control de legalidad de la adjudicación a los operadores jurídicos, como es el caso del OARC / KEAO), debe partirse de la doctrina generalmente seguida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 48 y 82/2017) que señala que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la



adopción del acto. Los elementos básicos de dicha motivación son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto.

En este caso concreto deben, además, tenerse en cuenta dos circunstancias relevantes. La primera de ellas es que el criterio de adjudicación discutido es eliminatorio para todas las ofertas que no obtengan, al menos, 25 puntos. Dado que una puntuación inferior a esa cuantía supone la exclusión de la oferta sin que ni siquiera se valoren los criterios sujetos a fórmulas (entre ellos, el precio), la necesidad de que la discrecionalidad sea correctamente ejercida es especialmente importante, ya que el perjuicio derivado de una hipotética aplicación inadecuada en el criterio debatido no podría, en su caso, ser compensado por la puntuación otorgada en otros criterios, de modo que el licitador perjudicado pudiera incluso llegar a obtener finalmente el contrato. La segunda es que la descripción del criterio Valoración técnica en la carátula del PCAP, ciertamente insuficiente por sí sola para limitar la facultad del órgano de contratación para adjudicar libremente el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO), debe complementarse con la remisión que se hace al PPT, constituyendo ambos documentos, conjuntamente, un fondo parcialmente reglado del criterio que limita el margen discrecional de apreciación a la hora de aplicarlo.

Llegados a este punto, se observa que los juicios de valor emitidos en el informe técnico que sustenta el acto impugnado se refieren a puntos negativos de la oferta que se basan en cuestiones no contemplados en el PPT; en este sentido, se observa que el citado PPT no contiene mención alguna a aspectos como la ergonomía del producto, el montaje de los tubos, las características del envoltorio o a que el suero pase o no por las baterías. Por lo tanto, la



valoración no se ha ajustado al fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación tal y como este se describe en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 122/2017 del OARC / KEAO), que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculando a los operadores económicos y a la Administración. Si a esto se le añade que la puntuación otorgada supone la eliminación del recurrente y que dicha exclusión se produce, además, por un margen estrechísimo (24 puntos cuando se necesitaban 25), este OARC / KEAO entiende que debe anularse el acto impugnado. Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, ésta debiera conllevar, en principio, la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva evaluación del criterio debatido; sin embargo, tal solución no es posible porque la valoración de las ofertas ya no podría realizarse con la separación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor y los sujetos a aplicación mediante fórmulas que exige el artículo 150.2 del TRLCSP, por lo que debe cancelarse la licitación. No obstante, el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de ser forzosamente el de la redacción de los pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos pliegos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2018 del OARC / KEAO).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 MEDLINE INTERNACIONAL IBERIA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco para el suministro de sistemas de lavado y del fungible para la bomba de irrigación para el quirófano de traumatología de la OSI Barrualde Galdakao Esi (lote 1)”, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: Requerir al poder adjudicador para que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP dé conocimiento a este Órgano de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

QUINTO: 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 uztailaren 11a

Vitoria-Gasteiz, 11 de julio de 2018