



EB 2013/117

Resolución 8/2014, de 20 de enero de 2014, del sustituto 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 presentado por Smiths Medical España, S.R.L. contra la adjudicación del lote 4 del acuerdo marco con un solo operador por lote para suministro de catéteres cortos, equipos de infusión intravenosa y equipos de extracción para las organizaciones de servicios de Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de noviembre de 2013 la empresa Smiths Medical España, S.R.L. (en adelante, “recurrente”) interpuso ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante OARC/KEAO) recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 4 del acuerdo marco con un solo operador por lote para suministro de catéteres cortos, equipos de infusión intravenosa y equipos de extracción para las organizaciones de servicios de Osakidetza.

SEGUNDO: Con fecha 11 de diciembre de 2013 se solicitaron alegaciones a los interesados, no habiéndose recibido ninguna. Consta en el expediente el informe del órgano de contratación, según lo 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: Queda acreditada en el expediente la legitimación de la empresa recurrente como licitadora interesada en la adjudicación del contrato, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP.

SEGUNDO: El artículo 40.1 del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

- a) 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.



Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen la licitación establecen que se trata de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que nos hallamos ante un acuerdo marco en el ámbito objetivo del recurso especial regulado en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.2.c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores».

CUARTO: Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2e) y 3.3 a) TRLCSP).

QUINTO: El recurso se ha interpuesto en el plazo legalmente previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

SEXTO: En síntesis, el recurrente basa su pretensión de que se anule la adjudicación del lote 4 de la licitación y se retrotraigan las actuaciones al momento de la realización de la valoración técnica de las ofertas, para que ésta se efectúe de conformidad con el PPT y los principios generales en materia de contratación, en las siguientes razones:

a) el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) establece las características del producto a ofertar al Lote 4 y la carátula del PCAP fija los criterios conforme a los cuales se valorará el producto, siendo la valoración que se puede obtener la de «(1) inadecuado», «(2) regular» y «(3) adecuado.» En lo que respecta al primero de los criterios, «Comportamiento atraumático de la aguja» se ha obtenido una valoración de «(2) regular». Se muestra su disconformidad con esta valoración pues la aguja está fabricada bajo los estándares ISO 9626:1991 €: Stainless Steel needle tubing for manufacture of medical devices para la fabricación de agujas de acero inoxidable de grado médico, donde se establecen las características técnicas correspondientes para este tipo de dispositivo, por lo que se considera que el producto ofertado cumple con las características reflejadas en los pliegos. Además, en el informe técnico, dentro de las observaciones realizadas, no se hace ninguna mención explícita o implícita a una posible deficiencia en el comportamiento atraumático de la aguja que justifique la calificación de regular de lo que se concluye que no está suficientemente motivada en el informe la deficiencia en el comportamiento atraumático.

b) en el criterio «Flexibilidad/memoria aletas y longitud alargadera» la valoración obtenida ha sido de «(1) inadecuado» siendo la motivación de dicha valoración «Alargadera corta» pero en ningún apartado del PPT se especifica una determinada longitud para la alargadera. De hecho, la recurrente es la única empresa del sector que tiene dos longitudes de alargadera. Al no especificarse en las características técnicas ninguna longitud se ofertó la alargadera más



compatible con el ahorro de sangre, donde existe el menor volumen muerto de muestra sanguínea a desechar. Considera la recurrente que la valoración no puede efectuarse conforme a criterios que no aparecen definidos en los pliegos y que valorar el producto ofertado como inadecuado basándose en un parámetro que no está reflejado en los pliegos supone vulnerar la legalidad, citando en defensa de su argumento la Resolución 146/2012, de 28 de noviembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

c) la motivación del criterio de adjudicación «Manejabilidad y ergonomía» se refiere a parámetros no indicados en los pliegos del contrato tales como «(...) aletas cortas», «no se cogen bien, patinan los dedos», «(...) no se maneja bien, hay que apretar el portatubos que viene flojo».

d) en el criterio de adjudicación «seguridad» se obtiene una valoración de «(1) Inadecuado» basándose esta valoración en «(...) dificultad para activar el sistema de seguridad, incómodo, hay que hacer fuerza». Sin embargo, como se refleja en la ficha técnica una de las características del producto ofertado es que las palomillas pueden ser activadas con una mano (debido a la lengüeta diseñada a tal efecto), o bien con dos manos. Esto hace que el sistema de activación sea más versátil y por tanto más sencillo de utilizar. Del mismo modo, a diferencia del ofertado por la empresa adjudicataria, en el producto ofertado no es necesario realizar fuerza simultánea en dos pestañas en concreto; puede estirarse de cualquier parte del tubo. Además, la afirmación de que «(...) es inseguro» es totalmente inexacta pues habiendo pasado los estrictos controles de la FDA para normas de seguridad, no se puede decir tal cosa. Del mismo modo, sobre que «(...) el click es inaudible a veces» adjuntan las normas ISO-9001 donde se establecen los estándares de calidad y repetitibilidad de los elementos fabricados (no es posible fabricar un elemento que, a veces se oiga el click y otras veces no se oiga el click). Por todas estas razones consideran que la valoración a obtener en este criterio debería ser la de «(3) Adecuado».

e) en el criterio de adjudicación «Con envase unitario que facilite su almacenaje» la valoración es de «(2) Regular» cuando el producto ofertado cumple con el criterio solicitado (envase unitario que facilita su almacenaje) siendo, de hecho un envase totalmente similar y equiparable al de la adjudicataria, incumplándose la obligación de motivar la valoración efectuada.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador en su informe, explica en primer lugar la metodología seguida para la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor, que es la que figura en el punto 30.2 de la carátula del PCAP y que consiste en la evaluación de los productos por profesionales de reconocida experiencia en el sector sanitario y que realizan su actividad en los hospitales de referencia que figuran en el punto 4.1 del PPT. Estos profesionales analizan las muestras presentadas por los licitadores dentro de la organización de servicios a la que pertenecen y en más de un servicio al mismo tiempo y para la valoración técnica final se calcula la medida entre todas las organizaciones en las que se ha realizado la prueba y sobre dicha media se aplica la escala de



reparto que figura en el PPT. En lo que respecta a las alegaciones del recurrente opone:

a) el criterio de adjudicación «comportamiento atraumático de la aguja» recibió la valoración de regular debido al comportamiento de la aguja en la penetración pues no sólo el grosor determina un mayor o menor traumatismo y las diferentes dermis de los pacientes hacen que una aguja u otra se comporte de manera diferente que otra con las mismas características. Los comentarios de los profesionales al realizar la venopunción con este producto han sido: cuando pincho noto que roza, el paciente se queja, etc.

b) en lo referente al criterio «flexibilidad/memoria aletas y longitud de alargadera», es cierto que el PPT no hace mención a su longitud pero el recurrente presentó una muestra, que es la que fue probada por los evaluadores, y dependiendo de su longitud, la alargadera se comporta de una manera u otra, dificultando la técnica de inserción. Además, el recurrente podía haber presentado el mismo producto con otros tamaños de alargadera como variante, hecho que no sucedió. Asimismo, recuerda que nos hallamos ante un criterio sujeto a juicio de valor por lo que nos hallamos en el campo de la subjetividad. Otros aspectos del producto que se han valorado en este criterio han sido los de la flexibilidad y memoria de las aletas, considerando los técnicos que las aletas son pequeñas, lo que impide un fácil agarre con la consiguiente dificultad para un manejo adecuado y que las aletas son poco flexibles, con un lento retorno de la torsión después de su utilización.

c) en lo que respecta al criterio de adjudicación de «manejabilidad y ergonomía», los evaluadores consideraron que las aletas eran incómodas y ayudaban poco a realizar una venopunción adecuada. Además, señala que las descripciones de un catálogo y la ficha técnica son una enumeración de las características de un producto y que la percepción de los profesionales y su usabilidad y manejo en la asistencia directa pueden ser diferentes a las características enumeradas.

d) la valoración asignada en el criterio «seguridad», obedece a que los técnicos evaluadores han considerado que el sistema de seguridad es farragoso, costando activar la seguridad debido a su deslizamiento, realizándose éste con más o menos dificultad y hay que tener en cuenta que los profesionales utilizan este producto repetitivamente y en ocasiones en situaciones de urgencia.

e) la valoración efectuada en el criterio «envase unitario que facilite su almacenaje», se debe a que la necesidad del poder adjudicador es la de un envase unitario que pueda adaptarse a lo existente en las organizaciones de salud, siendo la percepción de la adecuación del producto del recurrente diferente a la de los evaluadores.

Por último, el informe hace hincapié en que para la evaluación técnica se utiliza el juicio de valor y éste se realiza con criterios subjetivos en base a los conocimientos, práctica y experiencia de los profesionales.



OCTAVO: El recurso impugna la valoración de los criterios sujetos a apreciación subjetiva mostrando su disconformidad con las puntuaciones obtenidas por considerarlas insuficientemente motivadas o por infracción de principios de la contratación pública, principalmente el de transparencia.

Respecto a la motivación de la valoración de los criterios de adjudicación, debe recordarse que «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» (ver, por todas, la Resolución 93/2013 de este Órgano).

Delimitado el alcance del control de la motivación que este órgano puede ejercer, es claro que dicho control debe empezar por el análisis de si existe la falta de motivación alegada en relación con los criterios de adjudicación «Comportamiento atraumático de la aguja» y «Con envase unitario que facilite su almacenaje.»

En lo que respecta al Lote 4, el informe técnico de fecha 26 de septiembre de 2013, sobre criterios basados en juicios de valor dice lo siguiente:

Caract.	Nombre Característica	Peso	Valor	Producto
01	COMPORTAMIENTO ATRAUMÁTICO DE LA AGUJA	25	2	50
02	FLEXIBILIDAD/MEMORIA ALETAS Y LONGITUD DE LA ALARGADERA	20	1	20
03	MANEJABILIDAD Y ERGONOMÍA	20	1	20
04	SEGURIDAD	25	1	25
05	CON ENVASE UNITARIO QUE FACILITE SU	10	2	20
Total		100		135
Total/3=Puntos sobre 100				45
Puntos sobre 48 aplicando la escala de reparto				11
Observaciones: Alargadera corta, aletas cortas; no se cogen bien, patinan los dedos. No se maneja bien, hay que apretar el portatubos que viene flojo. Dificultad para activar el sistema de seguridad, incómodo, hay que hacer fuerza; es inseguro y el click es inaudible a veces.				

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 estos dos criterios de adjudicación pues se desconocen las concretas características y ventajas o desventajas de la oferta que han determinado la atribución de las puntuaciones en estos dos criterios de adjudicación.



NOVENO: En lo que respecta a la valoración asignada en los otros criterios de adjudicación («flexibilidad/memoria aletas y longitud de alargadera», «manejabilidad y ergonomía» y «seguridad») el recurrente opone que las desventajas señaladas en el informe de valoración lo son respecto a parámetros no especificados en los pliegos del contrato y que la valoración del poder adjudicador no puede efectuarse con arreglo a criterios que no aparecen definidos en los pliegos. De la argumentación realizada por el recurrente se deduce que alega la infracción del principio de transparencia el cual tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora e implica que los licitadores deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los datos relevantes para la determinación de la oferta más ventajosa (STJ de 24/11/2005, asunto C-331/04 y de 24/1/2008, asunto C-532/06), así como que esos datos deben ser lo bastante claros como para ser interpretados de la misma forma por todos los licitadores que se conduzcan con un grado normal de diligencia (STJ 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04 y de 12/11/2009, asunto C-199/20).

No se aprecia en el actuar del poder adjudicador infracción de este principio por ser las valoraciones que figuran en el informe técnico apreciaciones subjetivas del evaluador sobre el producto ofertado y donde la largura de la alargadera o de la aleta no es lo relevante sino la consecuencia que se deriva de dicha largura, que es la de que no se cogen bien y patinan los dedos. Es decir, como claramente se desprende del informe de valoración, no se pondera el producto ofertado con una puntuación inferior por ser sus alargaderas o aletas de una largura determinada sino por la consecuencia derivada de dicha largura y lo mismo cabe indicar con respecto a la manejabilidad, ergonomía y seguridad; las valoraciones efectuadas son apreciaciones subjetivas de los evaluadores, que no discuten si el producto cumple con las especificaciones técnicas exigidas para esta clase de productos o con la normativa de calidad que les sea aplicable.

DÉCIMO: El efecto derivado de la estimación del motivo de impugnación analizado en el apartado octavo de los fundamentos de derecho de esta resolución no debe ser el de la anulación de la valoración pues el resultado último del procedimiento de adjudicación permanecería siendo el mismo habida cuenta de que la propuesta contractual del recurrente no llegaría al umbral mínimo de 26 puntos que exige el punto 30.2.A) de la carátula del PCAP ni asignando la mayor de las puntuaciones en los criterios de adjudicación «Comportamiento atraumático de la aguja» y «Con envase unitario que facilite su almacenaje» (únicos en los que se aprecia falta de motivación de la puntuación asignada). A este respecto, indicar que sobre la aplicación moderada de la teoría jurídica de la nulidad se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría



una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado».

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa Smiths Medical España, S.R.L. contra la adjudicación del lote 4 del acuerdo marco con un solo operador por lote para suministro de catéteres cortos, equipos de infusión intravenosa y equipos de extracción para las organizaciones de servicios de Osakidetza.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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

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, 2014ko urtarrilaren 20a
Vitoria-Gasteiz, 20 de enero de 2014