



EB 2017/106 EB 2017/110

Resolución 112/2017, de 13 de octubre de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ORTOPEDÍA Y CIRUGÍA, S.L. en el procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco de suministro de compresas, gasas y vendas para las organizaciones de Osakidetza. Lote 10: vendas de crepé de calidad superior”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud - Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Han tenido entrada 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), los siguientes recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ORTOPEDÍA Y CIRUGÍA, S.L. en el procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco de suministro de compresas, gasas y vendas para las organizaciones de Osakidetza. Lote 10: vendas de crepé de calidad superior”:

.- EB 2017/106, interpuesto el día 4 de agosto de 2017, frente al requerimiento de declaración de oferta más ventajosa acordado el día 14 de julio de 2017 por la Directora General de Osakidetza.

.- EB 2017/110, interpuesto el día 22 de agosto de 2017, frente a la Resolución de 9 de agosto de 2017, de la Directora General de Osakidetza, que adjudica el acuerdo marco.



SEGUNDO: Los días 7 y 22 de agosto de 2017 se remitieron los recursos y se solicitaron al poder adjudicador el expediente y los informes a los que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). El expediente de acuerdo marco ha tenido entrada en el registro del OARC / KEAO el día 12 de septiembre de 2017 y el informe el día 11 de octubre de 2017.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 15 de septiembre, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 57 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establece que «El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.» En ambos casos el recurrente impugna su exclusión del lote 10 por no alcanzar 20 puntos en el valor técnico de los bienes que conforman el lote.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don S.M. B.S, que actúa en su nombre.

TERCERO: Según el artículo 40.1.a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial los acuerdos marco sujetos a regulación armonizada.

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

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 (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Expuesto en síntesis, los recursos se fundamentan en los siguientes argumentos:

a) Las muestras que se presentaron en los lotes 9 y 10 tienen las mismas características evaluables mediante juicio de valor: (i) elasticidad; (ii) compresión uniforme de toda la superficie; (iii) capacidad de recuperación; (iv) envase fácil de apertura. La única diferencia desde el punto de vista técnico entre las vendas del lote 9 y 10 es que para las primeras se exige un gramaje mínimo de 80gr/m² y para las segundas un gramaje de mínimo de 85gr/m². No obstante, ORTOPEDÍA Y CIRUGÍA, S.L. ha ofertado en ambos lotes las mismas vendas con idéntico número de referencia de calidad superior de 85gr/m².

La declaración de oferta más ventajosa y la Resolución que adjudica el acuerdo marco no son ajustadas a derecho puesto que a las muestras de ambos lotes, que son idénticas desde el punto de vista de valoración técnica, obtienen una puntuación diferente; así, las del lote 9 consiguen una puntuación del 47 puntos (sobre 48) y a las del lote 10 se les otorga una puntuación de 19 puntos (sobre 48), careciendo dicha diferencia en la puntuación de justificación técnica ni objetiva alguna. Además, la menor e injustificada puntuación determina la exclusión de la oferta en el lote 10 por no alcanzar 20 puntos en el valor técnico de los bienes que exige el apartado 9.1 del Pliego de Prescripciones Técnica (en adelante, PPT). Considera el recurrente que debe tratarse de un error material o aritmético que debe ser corregido.

b) Solicita la declaración de nulidad o anulación de los actos impugnados que le excluyen de la licitación del lote 10 y se proceda a la rectificación de la puntuación de las muestras ofertadas en dicho lote otorgándole una puntuación



de 47 puntos; se acuerde su admisión y, consecuentemente, se proceda a realizar una nueva valoración de todas las ofertas presentadas.

OCTAVO: El poder adjudicador en su informe argumenta lo siguiente:

a) El gramaje no es la única diferencia de carácter técnico entre ambos lotes, que son de distintas características, calidad, usos y precios.

b) El recurrente presentó las mismas referencias a los lotes 9 y 10. La valoración de las características evaluables mediante juicios de valor se ha realizado aplicando estrictamente los criterios establecidos en el PPT, dentro de los límites de la discrecionalidad técnica, basado en distintas características técnicas, de calidad y usos exigidos para cada lote descritas en el pliego. La diferencia de puntuación radica en el diferente uso y calidades de las vendas de crepé como son la elasticidad, compresión uniforme en toda la superficie y capacidad de recuperación. Además, se solicitó la presentación de muestras con el objetivo de valorar de forma exhaustiva y fiable las características evaluables mediante juicios de valor por lotes, según usos y calidades mencionados en el PPT, de forma que no se valore exclusivamente la información que se describe en la ficha técnica de un artículo.

El mismo producto puede ser adecuado para un uso o proceso, y no serlo para otros. Aunque los criterios de valoración sean iguales, la evaluación y puntuación a otorgar se ve condicionada por el diferente uso al que van dirigidos los productos, que puede ser distinta tratándose de producto idénticos.

c) Solicita la inadmisión del recurso.

NOVENO: ORTOPEDIA Y CIRUGÍA, S.L. reprocha que desde el punto de vista técnico entre las vendas del lote 9 y 10 son iguales y que la única diferencia es que para las primeras se exige un gramaje mínimo de 80gr/m² y para las segundas un gramaje de mínimo de 85gr/m². En ambos lotes ha ofertado las



mismas vendas con idéntico número de referencia de calidad superior a 85gr/m², y mientras en lote 9 obtiene una puntuación de 47 puntos (sobre 48), en el lote 10 obtiene una puntuación de 19 puntos (sobre 48), con la particularidad de que esta última puntuación determina su exclusión de la oferta en este por no alcanzar el umbral mínimo de 20 puntos exigido en el apartado 9.1 A) del PPT. En suma, alega la existencia de error material o aritmético y arbitrariedad en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, motivo por el cual solicita su solicitud de admisión en la licitación y que se le otorguen 47 puntos en ambos lotes.

Para la resolución de la cuestión planteada se precisa examinar los siguientes apartados del PPT:

a) El apartado 3 “Especificaciones técnicas de los lotes” describe el lote 9 como “Vendas de crepé” y el lote 10 como “Vendas de crepé de calidad superior”. Según el apartado 3.2, las “Características técnicas (excluyentes y valorables)” de cada lotes son:

«Lote 9 – VENDAS DE CREPÉ

USOS: Vendaje de compresión e inmovilizaciones blandas

CARACTERÍSTICAS EXCLUYENTES

1. Como mínimo el 95% del producto tendrá algodón al 100%
2. Gramaje mínimo de 80gr/m².
3. Libre de látex.
4. Orillada.
5. Esterilizable en vapor.
6. Color crudo/natural
7. Envasado individual, transparente, identificando: denominado, nº de lote de fabricación, medidas y referencia del producto, libre de lates.

Lote 10 – VENDAS DE CREPÉ CALIDAD SUPERIOR

USOS: Vendaje de compresión e inmovilizaciones blandas en extremidades con herida abierta

CARACTERÍSTICAS EXCLUYENTES



1. Como mínimo el 95% del producto tendrá algodón al 100%
2. Gramaje mínimo de 85gr/m².
3. Libre de látex.
4. Orillada.
5. Esterilizable en vapor.
6. Color crudo/natural
7. Envasado individual, transparente, identificando: denominado, n° de lote de fabricación, medidas y referencia del producto, libre de latex.»

Los dos lotes se diferencian en los usos de las vendas, “Vendaje de compresión e inmovilizaciones blandas” en el lote 9, y “Vendaje de compresión e inmovilizaciones blandas en extremidades con herida abierta” en el lote 10; también la descripción de las características excluyentes en cada lote es distinta puesto que para el primer el gramaje mínimo es de 80gr/m² y para el segundo de 85gr/m².

b) El apartado 9.1 de “Criterios basados en juicios de valor”, por remisión al apartado 3.2, establece como características evaluables mediante juicios de valor (48 puntos) en los dos lotes: (i) Elasticidad hasta 14 puntos; (ii) Compresión uniforme de toda la superficie hasta 14 puntos; (iii) Capacidad de recuperación hasta 12 puntos; (iv) Envase de fácil apertura hasta 8 puntos. El propio apartado establece la siguiente metodología utilizada:

«Umbral mínimo: 20 puntos sobre 48. Se valorará/n con carácter previo el/los criterios de adjudicación de los que se haya establecido un umbral mínimo de puntuación. Las ofertas deberán superar ese umbral para continuar en el proceso de licitación y ser valoradas conforme al resto de los criterios de adjudicación. Ver punto 3.2 CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS (EXCLUYENTES Y VALORABLES) POR LOTES. CARACTERÍSTICAS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR (48 PUNTOS).»

Para ambos lotes ORTOPEDIA Y CIRUJIA, S.L. oferta el mismo producto “Venda elástica de crepé con elastómetro”, que supera las características excluyentes anteriormente reproducidas; concretamente, el gramaje mínimo de la venda propuesta es de 85gr/m².



Interesa también destacar el contenido del informe técnico basado en juicios de valor, que contiene la motivación que ha llevado al poder adjudicador a otorgar al recurrente una puntuación de 47 sobre 48 en el lote 9, y de 19 sobre 20 puntos en el lote 10:

«Lote 9

1. Elasticidad: Elasticidad con tensión controlada: 14 puntos.
2. Compresión uniforme en toda la superficie: Resulta un vendaje compacto con la presión idónea: 14 puntos.
3. Capacidad de recuperación: Tras extender la venda recuperación idónea: 12 puntos.
4. Envase de fácil apertura: Apertura fácil: 7 puntos.

Lote 10

1. Elasticidad: Trama muy abierta y elasticidad excesiva que impiden un retorno venoso adecuado que favorezca la cicatrización de la herida: 4 puntos.
2. Compresión uniforme en toda la superficie: Compresión segmentaria que impide el intercambio tisular requerido en las heridas abiertas: 4 puntos.
3. Capacidad de recuperación: Al tener el entramado tan abierto y excesiva elasticidad, la recuperación es dificultosa: 4 puntos.
4. Envase de fácil apertura: Apertura fácil: 7 puntos.»

Como se puede observar, un mismo producto con idénticas características obtiene en el lote 9 la casi totalidad de los puntos (47 puntos sobre un máximo de 48), mientras que en el lote 10 se queda a un punto de igualar el umbral mínimo que le permitiría continuar en la licitación (19 puntos sobre un umbral mínimo excluyente de 20 puntos).

Antes de entrar a examinar el fondo del asunto, este OARC / KEAO considera necesario exponer que en diversas resoluciones (097/2013, 099/2016 y 051/2017) ha considerado que «(...) las prescripciones técnicas cumplen dos funciones. Por un lado, realizan una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo y, de otro, exponen los



requisitos mensurables que servirán para evaluar las ofertas y constituyen los criterios mínimos de cumplimiento. (...).»

Mientras que sobre la discrecionalidad técnica en la emisión de informes, ha manifestado en numerosas ocasiones (por ejemplo en la Resolución 105/2017) que el control que ejerce en virtud del procedimiento de recurso especial «(...) 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.»

Expuesto lo anterior, el análisis concreto que a este OARC / KEAO le merece la puntuación otorgada en el lote 10 y su motivación es el siguiente:

a) Elasticidad: Lo que en el lote 9 es una elasticidad controlada, en el lote 10 es excesiva que impide un retorno venoso adecuado que favorezca la cicatrización de la herida. La distinta motivación estriba en el uso de las vendas que en el lote 9 es compresión e inmovilizaciones blandas y en el lote 10 para compresión e inmovilizaciones blandas en extremidades con herida abierta, lo que motiva que en este último lote se reproche que la elasticidad es excesiva y no favorece la cicatrización de la herida.

b) Compresión uniforme en toda la superficie: En el lote 9 el vendaje es compacto y con presión idónea, mientras que en el lote 10 la compresión es segmentaria que impide el intercambio tisular requerido en las heridas abiertas.

Al igual que en el criterio anterior, la distinta motivación en la puntuación otorgada se basa en que en el distinto uso de la venda según el lote al que está



destinado, de forma que en el lote 10, en el que la necesaria compresión se realizan en heridas abiertas, a juicio de quien realiza el informe de valoración se impide el correcto intercambio de tejidos necesario en este tipo de heridas.

c) Capacidad de recuperación: En el lote 9 la recuperación de la venda es idónea y en el lote 10 la recuperación es dificultosa porque el entramado es abierto y la elasticidad excesiva. Este criterio está claramente relacionado con el de la “elasticidad” analizado anteriormente; en opinión de los informantes, teniendo en cuenta el uso al que está destinado, al tener la venda una trama muy abierta y una elasticidad excesiva, su capacidad de recuperación es dificultosa.

d) Envase de fácil apertura: En ambos casos la apertura es fácil y en producto obtiene la misma puntuación.

En el caso que nos ocupa, los criterios de elasticidad, compresión uniforme y capacidad de recuperación, objeto de discrepancia, están íntimamente unidos y son complementarios, siendo su finalidad última que las heridas abiertas sanen y se cicatricen adecuadamente. En este sentido, la motivación del informe de valoración se apoya en dos elementos parcialmente reglados en los pliegos como son el uso al que está destinado la venda (compresión e inmovilizaciones blandas en extremidades con herida abierta) y los criterios de adjudicación, y no se observa error o arbitrariedad en el uso de la discrecionalidad que asiste a quien ha elaborado el informe de valoración.

Por otra parte, este OARC / KEAO no puede discernir si la puntuación otorgada es la suficiente o no porque tal decisión forma parte del “núcleo material de la decisión”, que corresponde al órgano técnico competente, una vez que se ha comprobado que se ha respetado el fondo parcialmente reglado como es el uso al que están destinadas la vendas y los criterios de adjudicación.



En conclusión, no pueden acogerse los motivos impugnatorios esgrimidos por ORTOPEDIA Y CIRUJÍA y el recurso debe desestimarse.

DÉCIMO: La desestimación del recurso EB 2017/110, frente a la Resolución de 9 de agosto de 2017 que adjudica el acuerdo marco, hace innecesario el examen del recurso EB 2017/106 interpuesto contra al requerimiento de declaración de oferta más ventajosa.

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 Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ORTOPEDÍA Y CIRUGÍA, S.L. frente a la adjudicación del “Acuerdo marco de suministro Compresas, gasas y vendas para las organizaciones de Osakidetza. Lote 10: vendas de crepe de calidad superior”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del 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, 2017ko urriaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de octubre de 2017