



EB 2016/109

Resolución 113/2016, de 25 de octubre de 2016, del 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 TELEFEX MEDICAL, S.A. contra la adjudicación del lote 12 del “Acuerdo marco para la adquisición de material de laparoscopia de la OSI Barrualde-Galdakao ESI”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 12 de agosto de 2016 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TELEFEX MEDICAL, S.A. (en adelante, TELEFEX) contra la Resolución de 27 de julio de 2016 que adjudica el “Acuerdo marco para la adquisición de material de laparoscopia de la OSI Barrualde-Galdakao ESI”. En dicha resolución se comunica al recurrente la exclusión de la licitación del lote 12 por no superar el umbral mínimo de 25 puntos en los criterios que requieren de un juicio de valor.

SEGUNDO: El mismo día de su recepción se solicitó al poder adjudicador 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), los cuales se recibieron el día 17 de mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, no se han recibido alegaciones.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el informe al recurso OSAKIDETZA denuncia la falta de legitimación activa de TELEFEX para su interposición; sostiene que su precio es el más alto entre las cuatro ofertas presentadas al lote y que aun obteniendo la máxima puntuación prevista en la valoración técnica (50 puntos) no resultaría declarada la más ventajosa. Efectúa una simulación de puntuación, de donde resulta que aplicando la recurrente los 50 puntos de valoración técnica, más 4 correspondientes al plazo de entrega y otros 6 de valoración económica, obtiene un total de 60 puntos frente a los 97 de la adjudicataria del contrato, MEDICINA ANALÍTICA CONSUMIBLES MAC, S.A. (en lo sucesivo, MEDICINA ANALÍTICA) En apoyo de su alegación, el informe cita la Resolución 026/2016 de este OARC / KEAO.

Expuesto muy brevemente, TELEFEX fundamenta su recurso en la aplicación arbitraria que hace OSAKIDETZA del criterio de adjudicación “Valoración técnica”, que requiere la emisión de un juicio de valor; además del apartado V. A.- del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) se deduce que es preciso obtener un mínimo de 25 puntos sobre los 50 posibles de criterio, y que en caso contrario las ofertas son excluidas, como sucede con la del recurrente. El recurrente, además de mostrar su desacuerdo con la puntuación otorgada en mencionado criterio, en varios pasajes de su escrito solicita la realización de una nueva valoración, tanto de su oferta como la presentada por la adjudicataria, y en su pretensión expresamente solicita que «(...) se decrete la retroacción del procedimiento al momento procedimental oportuno, con el fin de valorar adecuadamente las ofertas presentadas por TELEFLEX, S.A. y MEDICINA ANALÍTICA CONSUMIBLES MAC, S.A., para que, posteriormente se dicte una nueva resolución con adjudicación de la oferta que, en correcta aplicación de los criterios de valoración consignados en los pliegos, se la económicamente más ventajosa conforme a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.»

No puede acogerse la pretensión del OSAKIDETZA de inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente; una hipotética estimación de la alegación de TELEFLEX de que ha habido una actuación arbitraria en la



valoración de su propuesta y la del adjudicatario impugnado podría tener un efecto favorable para su interés, que se materializaría en la retroacción de las actuaciones hasta la reordenación del orden de clasificación o la cancelación de la licitación; en ambos casos el beneficio obtenido es tangible porque le podría permitir obtener la adjudicación del contrato o la opción de participar en un nuevo proceso de licitación. En definitiva, TELFLEX acredita legitimación para la interposición del recurso.

Consta en el expediente la representación de doña B. S.L. que comparece en nombre del recurrente.

SEGUNDA: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los acuerdos marco sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» Es objeto de recurso la Resolución de 27 de julio de 2016, del Director Gerente de la OSI Barrualde Galdakao ESI, que adjudica, entre otros, el lote 12 del acuerdo marco para la adquisición de material de laparoscopia.

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

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 el artículo 3 del TRLCSP.

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

a) Incorrecta valoración de la oferta de TELEFLEX. Aplicación arbitraria de los criterios de adjudicación del lote 12.



En el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) se describe el objeto del lote 12, en el apartado V. A.- del PPT el criterio “Valoración técnica” que requiere la realización de un juicio de valor y en el apartado VII de las características técnicas de cada lote; indica los motivos recogidos en la resolución de adjudicación para la exclusión de su oferta y aprecia que no hay correlación entre la argumentación de la resolución, que implica su exclusión por no superar el umbral mínimo, y las características técnicas del apartado VII del PPT, con lo que el juicio de valor es totalmente arbitrario. Otro tanto puede decirse de los motivos que fundamentan la atribución de 49 puntos a la adjudicataria, que tampoco aparecen recogidos en el apartado VII del PPT. Según TELEFLEX, este hecho debería suponer la anulación de la resolución de adjudicación; no obstante, rebate la motivación esgrimida por el órgano de contratación en los siguientes aspectos:

- Disponen de aplicadores angulados, tanto en cirugía abierta como en cirugía laparoscópica. Adjuntan como prueba el catálogo del “Sistema de ligadura Hem-O-Lok De Wek” referido al producto ofertado, del cual han entregado la pertinente muestra.
- Mayor deterioro de los aplicadores. Muestra su sorpresa por el hecho de que el órgano de contratación determine, con el análisis de tres aplicadores entregados como muestra y durante un período exiguo de tiempo, su deterioro.
- Sobre la afirmación de “similar agarre de clips” sostiene que su cierre, efectivo mediante bloqueo de sus brazos, la confirmación táctil y audible y los dientes integrados, previenen que el clip se escurra en cualquier dirección, consiguiendo un perfecto agarre del clip.

b) Condición de los pliegos de Ley entre las partes. Reproduce los artículos 116.1 y 150.2 del TRLCSP y sostiene que los pliegos marcan la forma en que deben valorar las ofertas y que su inobservancia debe considerarse una actitud contraria a derecho, y que en el caso debatido el órgano de contratación no ha tenido en cuenta los criterios de valoración fijados por el mismo contraviniendo así sus propios actos.



c) Vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación previstos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración Pública.

d) Objetividad de los fundamentos expuestos. No afección a la discrecionalidad técnica de la administración. El recurrente se declara consciente de que las valoraciones de los organismos técnicos se configuran en el marco de la discrecionalidad técnica de la Administración. Sin embargo, el caso que se plantea es sumamente objetivo y lo que se solicita no es una intromisión en la discrecionalidad técnica sino una revisión de las apreciaciones en la que se ha basado el órgano de contratación, por haber sido dictada como consecuencia de una incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación.

e) Concurrencia de causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración. Invoca como causa de nulidad el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, que dispone que son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados.

f) Finalmente, solicita que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación y, por tanto, de su exclusión, y se decrete la retroacción del procedimiento al momento procedimental oportuno, con el fin de valorar adecuadamente las ofertas presentadas por TELEFLEX y MEDICINA ANALITICA CONSUMIBLES MAC, S.A., y se dicta una nueva resolución de adjudicación con una correcta aplicación de los criterios de adjudicación.

SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe rebate al recurrente con los siguientes argumentos:

a) Discrecionalidad técnica de la administración y motivación suficiente de la adjudicación. Comienza el informe diciendo que las bases del contrato no fueron recurridas y que en ellas se especificaron adecuadamente los criterios a



tener en cuenta. En cuanto a las valoraciones técnicas del lote recurrido señala que el informe técnico establece una valoración de 24 puntos por no superar el umbral mínimo debido a que “no dispone de aplicadores angulados, mayor deterioro de los aplicadores y similar agarre de los clips”; prosigue diciendo que la oferta de MEDICINA ANALÍTICA, obtiene 49 puntos en base a un “menor índice de rotura de las aplicaciones, aplicadores no desmontables, aplicadores angulados y buen agarre del clip”.

Sobre la falta de congruencia en la motivación que denuncia el recurrente, manifiesta su desacuerdo con que la motivación no coincida con las bases técnicas; afirma que las apreciaciones del informante son características que reflejan la calidad técnica del producto y la atribución de puntos entra dentro de su discrecionalidad, que respeta el principio de proporcionalidad en la valoración de las ofertas y no infringe los aspectos objeto de control como pueden ser: errores, arbitrariedad o desigualdad al emitir el acto.

b) Imposibilidad de retroacción de las actuaciones. Considera que el informe al recurso que en caso de estimación del recurso no cabría la retroacción sino la cancelación de la adjudicación del lote recurrido, y en su apoyo citan las Resoluciones 008/2016 y 011/2026 del este OARC / KEAO.

c) Solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: TELEFLEX impugna su exclusión de la licitación por aplicación del criterio de adjudicación previsto en el apartado 30.2.1 b) de la carátula del PCAP y en el punto V.A del PPT relativo a “Criterios que requieren de un juicio de valor” que exige la obtención de un mínimo de 25 puntos. Solicita también una revisión de las apreciaciones en las que se ha basado el órgano de contratación para su exclusión, por haber sido dictada como consecuencia de una incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación, que excede la discrecionalidad técnica que acompañan a las valoraciones de los organismos técnicos.



Para la resolución del recurso es preciso examinar el contenido los apartados de los pliegos sobre los criterios de adjudicación que requieren la emisión de un juicio de valor. Así, el apartado 30.2.1 b) de la carátula del PCAP prevé lo siguiente:

«b) Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (si/no):

VALORACIÓN	PUNTOS	UMBRAL MÍNIMO
Valoración técnica	50	25
TOTAL	50	

Ponderación total de este grupo: 50 puntos.»

Sin embargo, en el apartado 30.2.3 de la propia carátula expresamente se dice que: «Supuesto especial: Fases de valoración distintas de las contempladas con carácter general (si/no): No», previsión que vuelve a repetirse en el apartado 31.2 de la carátula.

La carátula del PCAP se completa con el punto V.A del PPT que, además de la ponderación del criterio y del umbral mínimo ya señalado por la carátula, añade que:

«La calidad del producto se puntuará hasta un máximo de 50 puntos, que podrá ser:

- 0 puntos. Se puntuará a aquellas ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente o el producto ofertado es diferente al solicitado.
- De 1 a 24 puntos. Productos técnicamente válidos pero de una calidad NO SUFICIENTE.
- De 25 a 45. Productos técnicamente válidos de una calidad ADECUADA.
- De 46 a 50 puntos. Serán ofertas o productos PREFERENTES de una calidad EXCELENTE.

Los criterios que se tendrán en cuenta para la aplicación de esta escala son los establecidos para cada lote en el punto “VII Características técnicas” de este Pliego.»



La primera cuestión de los apartados reproducidos que salta a la vista es que existe una clara contradicción entre los apartados 3.2.1 b), 30.2.3 y 31.2 de la carátula del PCAP; mientras que el primero fija un umbral mínimo de 25 puntos en el criterio de “Valoración técnica”, los otros dos expresamente indica que no se prevén fases de valoración distintas de las contempladas con carácter general (criterios de precisan un juicio de valor – criterios que se valoran mediante fórmulas), de forma que no se descarta la opción del artículo 150.4 del TRLCSP.

Este OARC / KEAO en su Resolución 028/2016 (que se remite a las anteriores 099/2015 y 061/2015) ya expreso su opinión sobre el contenido de una carátula con un contenido similar del objeto del presente recurso, en un recurso cuyo objeto era un acuerdo marco promovido también por la OSI Barrualde-Galdakao, al señalar que: «(...), llama la atención la escueta descripción del criterio –simplemente, “Calidad técnica”–, a todas luces insuficiente para que los licitadores puedan elaborar su proposición sabiendo de antemano cuáles son los aspectos que van a ser merecedores de una mayor puntuación; de hecho, con esos términos tan amplios puede ampararse prácticamente cualquier apreciación sobre el producto ofertado distinta del precio (...). Debe recordarse que los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, y la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO). El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio. La situación es especialmente relevante en este caso porque no se trata de juzgar un producto técnicamente sencillo y porque la baja puntuación otorgada al recurrente ha tenido la grave consecuencia de la eliminación del procedimiento y la no valoración de su proposición a la luz de los demás criterios de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.4 TRLCSP. Precisamente sobre el uso de esta posibilidad debe incidir este OARC / KEAO, porque los Pliegos son, en este punto, contrarios al principio de transparencia, que exige que todos los elementos determinantes de la adjudicación estén expresados de una manera clara para que



puedan ser conocidos e interpretados igualmente por todos los licitadores mínimamente diligentes (Resolución 48/2015 del OARC / KEAO); por un lado, se afirma que los 15 puntos sobre 30 máximos posibles es un umbral mínimo, pero por otro se dice que no hay fases de valoración distintas de las establecidas con carácter general. Ambas cláusulas son radicalmente contradictorias y crean oscuridad sobre un aspecto esencial del procedimiento, la cual, según una reiteradísima doctrina (por ejemplo, la Resolución 43/2015 del OARC / KEAO), no puede perjudicar a quien no la ha creado, en este caso el propio recurrente. Por todo ello, debe concluirse la ilegalidad del criterio de adjudicación “Calidad técnica”.

La conclusión de la Resolución 028/2016 no se contradice por el hecho de que el PPT en su punto V.A vuelva a reproducir lo ya señalado en la carátula del PCAP, que se complete con la alusión a que los criterios que se tendrán en cuenta para la aplicación de la escala son los establecidos para cada lote en el punto “VII Características técnicas”; y ello por las siguientes razones:

- El artículo 150.2 del TRLCSP expresamente prevé que «Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.» En el caso analizado, una parte sustancial del criterio de “Valoración técnica” como es la escala de puntuación y la remisión al punto “VII Características técnicas”, como criterios que se tendrán en cuenta, se encuentra únicamente en el PPT, sin que la carátula del PCAP contenga la más mínima alusión a esta parte del contenido del PPT.
- El artículo 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al referirse al contenido del pliego de prescripciones técnicas, de forma contundente preceptúa que «En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.»
- El punto “VII Características técnicas” del PPT define una serie de prescripciones técnicas relacionadas con los “CLIPS DE POLÍMERO P /



APLICADOR REUTILIZABLE HEM-O-LOOK” objeto del lote 12, pero no se trata verdaderamente de un criterio de adjudicación del que puedan deducirse qué características técnicas, funciones, etc. serán objeto de una mejor valoración; por el contrario, se efectúa una descripción precisa que en caso de que los clips la incumpliesen no solo no serían objeto de valoración sino que podrían ser motivo de exclusión de la oferta de la licitación.

- Los licitadores deben ser diligentes en la formulación de sus propuestas, pero no se les puede hacer responsables de la interpretación de unas cláusulas de los pliegos oscuras, porque el principio de transparencia obliga que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111).

En conclusión, los apartados 30.2.1, 30.2.3 y 31.2 son nulos por ser contrarios a los principios de igualdad y transparencia.

La siguiente cuestión que debe examinarse es qué consecuencias tiene esta declaración. Los pliegos del contrato no fueron recurridos en el momento procesal oportuno y, como es bien conocido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación. A pesar de ello, como ya se dijo en la anteriormente citada Resolución 028/2016 « (...) esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) y permitan la actuación arbitraria de la Administración en el caso de no ser eliminados. La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y el de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO).»



La nulidad del criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación. A este respecto, según la jurisprudencia comunitaria, plasmada en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (Asunto C-448/01, EVN AG, ECLI: EU:C:2003:651), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye la sentencia que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.»

NOVENO: TELEFLEX recurre su exclusión de la licitación porque no obtiene un mínimo de 25 puntos en el criterio de adjudicación “Valoración técnica” del apartado 30.2.1 b) de la carátula del PCAP y del punto V.A del PPT, y lo hace denunciando una motivación arbitraria por el órgano contratación en su Resolución de 27 de julio de adjudicación del acuerdo marco.

Además de lo ya reproducido sobre el criterio de “Valoración técnica” que requiere un juicio de valor, el punto “VII Características técnicas” del PPT describe que los “CLIPS DE POLÍMERO P / APLICADOR REUTILIZABLE HEM-O-LOCK”, que conforman el lote 12 del acuerdo marco, tendrán las siguientes características:

- Tres medidas: 7-16mm, 5-13mm y de 3-10mm.
- Peines de 6 clips
- Polímero.
- No tóxico.
- No absorbible.



- Flexible.
- Radio-lúcido.
- Con dientes.
- Diseño arqueado.
- Bisagra para abrir y cerrar el clip.
- Estéril

El acuerdo de exclusión adoptado en el Anexo II de la Resolución de 27 de julio de 2016 del Director Gerente de la OSI Barrualde-Galdakao ESI, de adjudicación del acuerdo marco, se basa en el informe técnico elaborado por diversos especialistas que examinan el criterio denominado “Valoración técnica”; concretamente, para el lote 12 se informan las propuestas de MEDICINA ANALÍTICA CONSUMIBLES MAC, S.A.; SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S.A.; SOLUCIONES MEDICAS POR LASER, S.L. y TELEFLEX MEDICAL, S.A. La primera de las empresas obtiene 49 puntos sobre 50, siendo la motivación del informe: (i) menor índice de roturas los aplicadores, (ii) aplicadores no desmontables, (iii) aplicadores angulados, (iv) buen agarre de clip; el resto de las ofertas obtienen 24 puntos sobre 50 porque en los tres casos: (i) no dispone de aplicadores angulados, (ii) mayor deterioro de los aplicadores, (iii) similar agarre de clips. La puntuación del criterio tiene como consecuencia que tres licitadores son excluidos por no superar el umbral mínimo exigido, y solo uno de ellos continúa en la licitación.

Sobre la discrecionalidad técnica en la emisión de informes, este Órgano Resolutorio ha manifestado en numerosas ocasiones (por ejemplo, en la Resolución 33/2016) 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.»

TELEFLEX denuncia que no hay correlación entre la argumentación de la resolución de adjudicación, que supone su exclusión por no obtener 25 puntos, y el contenido de las características técnicas del lote, máxime cuando el punto V.A del PPT es muy claro al señalar que en la aplicación del criterio del “Valoración técnica” « (...) se tendrán en cuenta para la aplicación de la escala las características técnicas establecidas para cada lote en el punto “VII Características técnicas” de este Pliego».

El punto VI del PPT, que relaciona el material a adquirir, describe el lote 12 como “CLIPS DE POLÍMERO P / APLICADOR REUTILIZABLE HEM-O-LOCK DE TLEFLEX”, que se divide en tres sublotes de “CLIPS DE POLÍMERO PARA VASOS Y TEJIDOS” de 7 a 16mm, 5 a 13mm y 3 a 10mm; para cada sublot se describe la unidad de medida (en todos los casos PEINE/6 CLIPS), el consumo estimado en dos años (700, 400 y 130, respectivamente), el precio unitario máximo sin IVA (en los tres sublotes 23,15 €) y el importe total por sublot resultante de multiplicar el consumo estimado por el precio unitario. Aunque parece claro que el objeto del contrato es la adquisición de clips de polímero, la motivación del informe de “Valoración técnica” se centra en el aplicador necesario para la instalación de los clips. Sin embargo, el punto VII del PPT, que describe las características técnicas del lote 12, se refiere exclusivamente a las que deben reunir los clips de polímero, sin que en ningún caso se haga mención a un tipo u otro de aplicador, ni a sus características y funcionalidades.



Debemos referirnos de nuevo al principio de transparencia como rector de la contratación pública, invocado por este OARC / KEAO en diversas Resoluciones como la 006/2016 donde se afirma que este principio « (...) tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111). En particular, implica la obligación de que los licitadores, incluso potenciales, se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada).»

No es correcta la postura del poder adjudicador que motiva la puntuación del criterio denominado “Valoración técnica” en aspectos relativos a los aplicadores de los clips de polímero, cuando el punto VII del PPT no contiene ninguna alusión a estos elementos, por mucho que sean necesarios para la utilización de los clips; si los aplicadores son elementos determinantes para discriminar unas ofertas de otras, sus características técnicas, de funcionalidad, durabilidad, etc. debieron figurar en los pliegos del contrato. Con su forma de proceder el poder adjudicador ha sobrepasado uno de los límites que constriñen el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica, como es que la valoración debe respetar el fondo parcialmente reglado que se contiene en la descripción del lote. En este sentido, debe darse la razón al recurrente cuando afirma que no hay correlación entre la motivación de la puntuación del criterio y las características técnicas incluidas en el punto VII del PPT, siendo su consecuencia la anulación de la Resolución de 27 de julio, en lo que se refiere a la adjudicación del Lote 12 de CLIPS DE POLÍMERO P / APLICADOR REUTILIZABLE HEM-O-LOCK DE TELEFLEX, por un uso arbitrario de la discrecionalidad técnica.



Sin perjuicio de lo expuesto, se debe indicar, igualmente, que el uso de distintas fases en los procedimientos de adjudicación abiertos y restringidos del artículo 150.4 del TRLCSP no permite un uso abusivo que conlleve la eliminación de la confrontación entre las propuestas de los licitadores, por ser dicho proceder contrario a los principios de igualdad de trato, libre competencia y selección de la oferta económica más ventajosa previstos en el artículo 1 del TRLCSP.

TELEFLEX solicita la retroacción del procedimiento al momento oportuno a fin de valorar adecuadamente su oferta y la de MEDICINA ANÁLITICA, única propuesta que supera el umbral de 25 puntos que fija el punto V.A del PPT.

No puede acogerse la petición del recurrente, el criterio de adjudicación “Valoración técnica”, declarado nulo, permite que el poder adjudicatario actúe de modo arbitrario durante todo el procedimiento, puesto que su remisión a las características técnicas del lote 12 previstas en el punto VII del PPT no es propiamente un criterio de adjudicación, y la simple anulación de la Resolución de adjudicación y retroacción de las actuaciones no impediría que el poder adjudicador efectuara una nueva valoración que podría ser igualmente arbitraria. En este sentido, debemos hacernos eco de la sentencia del 12 marzo de 2015 del TJUE (Asunto C-538/13, eVigilo Ltd, ECLI:EU:C:2015:166), también citada en la Resolución 028/2016, que señala como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como es precisamente el caso de los criterios de adjudicación excesivamente abstractos (ver, el apartado 27 de la citada sentencia).

Finalmente, es preciso señalar que el acto impugnado es la resolución de adjudicación que da a conocer tanto la puntuación en el criterio “Valoración técnica”, que incluye tanto los motivos de exclusión como la puntuación obtenida por el único licitador admitido en los “Criterios de valoración por fórmula” del punto V.B del PPT: precio, plazos de entrega y criterios



ambientales. El poder adjudicador en su informe al recurso aprecia que no cabe la retroacción sino la cancelación de la licitación, e invoca las Resoluciones 008/2016 y 011/2016 de este OARC / KEAO; en esta última, que analiza un supuesto de uso arbitrario de la discrecionalidad técnica, acerca de las consecuencias de la anulación de la adjudicación y la retroacción del procedimiento para la emisión de un nuevo informe, se indica que «(...) la nueva valoración solo podría realizarse siendo ya conocidos todos los elementos de las ofertas, tanto los referidos a los criterios sujetos a juicio de valor como el que afecta a la oferta económica, calculado mediante la mera aplicación de una fórmula, de modo que la objetividad en la valoración y el tratamiento igualitario entre los licitadores que se pretende preservar mediante la evaluación separada de ambos tipos de criterios que establece el artículo 150.2 TRLCSP no pueden ya garantizarse. Consecuentemente, la anulación de la adjudicación y el hecho de que no sea posible la retroacción conllevan inevitablemente la cancelación de todo el procedimiento de licitación.»

La conclusión a todo lo expuesto es que no cabe la retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de valoración y debe cancelarse la licitación del lote 12.

DÉCIMO: La declaración de nulidad es congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP. Esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente la nulidad de la estipulación, pero también si, como en este caso, solo se pide la declaración de nulidad del acto y la retroacción de actuaciones, sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el poder adjudicador; téngase en cuenta que la declaración de nulidad de pleno derecho y la subsiguiente cancelación y reinicio de la licitación mejoran su posición jurídica individual, que pasa de ser licitador excluido o no adjudicatario a operador económico que puede presentar una oferta en el nuevo procedimiento, por lo que no hay “reformatio in peius” y la resolución se percibe por él como una estimación parcial.



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, el 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 en materia de contratación interpuesto por TELEFEX MEDICAL, S.A. contra la adjudicación del lote 12 del “Acuerdo marco para la adquisición de material de laparoscopia de la OSI Barrualde- Galdakao ESI”, mediante la adopción de los siguientes acuerdos:

- Declarar nulos por contradictorios el apartado 30.2.1 b) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el punto V.A del Pliego de Prescripciones Técnicas en relación con los apartados 30.2.3 y 31.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Anular la Resolución de 27 de julio de 2016 de adjudicación del acuerdo marco en lo referente al lote 12.
- Cancelar la licitación del lote 12.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con 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.