



EB 2018/088

Resolución 116/2018, de 21 de septiembre 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 PANAVALLE, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de mallas quirúrgicas con destino a la OSI Ezkerraldea Enkarterri – Cruces (lotes 7 y 8)”, tramitado por OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de julio de 2018, la empresa PANAVALLE, S.L. interpuso, en el registro del poder adjudicador, un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato “Suministro de mallas quirúrgicas con destino a la OSI Ezkerraldea Enkarterri – Cruces (lotes 7 y 8)”, tramitado por OSAKIDETZA.

SEGUNDO: El recurso, el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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) se recibieron en el registro del órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 6 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 10 de julio, se han recibido, el 17 de julio, las alegaciones de B. BRAUN SURGICAL, S.A., adjudicataria impugnada (en adelante, BRAUN).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

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 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 14 de octubre 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 1 de junio de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.F.V.C., que actúa en su nombre.

TERCERO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 C) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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: Argumentos del recurso

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Se alega que la adjudicación se basa en una aplicación indebida de los criterios de adjudicación o en una motivación insuficiente; en concreto, se señalan las siguientes incidencias, que indicarían que la adjudicación no ha sido ajustada:

- no se da razón total ni parcial sobre cómo se ha determinado el criterio de adjudicación definitiva en función de la oferta económica hasta 58 puntos, ponderada en conjunción con los criterios técnicos (hasta 40) y

los ambientales (hasta 2 respecto del vencedor; así, no se justifica que siendo más barata la oferta de PANAVALLE y teniendo una calidad adecuada, exista una diferencia de la mitad en la puntuación total de BRAUN.

- no consta la diferencia entre la calidad “adecuada” de PANAVALLE y la de BRAUN, que no es calificada como excelente, sino como “más adecuada” debido a los supuestos subcriterios de calidad de “buenos resultados a largo”, “malla doble” y “buena calidad del producto”.
- el subfactor “malla doble” es requisito técnico obligatorio tanto para el lote 7 como para el lote 8.
- se ha utilizado un criterio de calidad que no figuraba en los pliegos, que no contemplan uno intermedio entre “adecuado” y “excelente”, que no consta cómo se ha valorado, para compensar la debida mayor puntuación por criterio económico en favor de la recurrente.

b) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y que se acuerde que OSAKIDETZA dicte una nueva adjudicación de los lotes 7 y 8 en favor de la recurrente o, subsidiariamente, que se ordene una nueva valoración suficientemente motivada.

OCTAVO: Alegaciones de BRAUN

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso porque, en resumen, los pliegos no han sido impugnados, las puntuaciones atribuidas son correctas y la calidad de la oferta de BRAUN es excelente; se alega que la proposición del recurrente debiera posiblemente quedar excluida de la licitación por no cumplir las medidas solicitadas y la falta de fundamentación del recurso.

NOVENO: Alegaciones de OSAKIDETZA

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

a) La evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor está amparada por la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración.

b) Existe una motivación suficiente, el criterio “Calidad técnica” está definido y parametrizado en los pliegos; el simple hecho de asignar una puntuación y, en consecuencia, de encuadrar a cada oferta dentro de alguno de los tramos previstos ya implica la emisión de un juicio de valor motivado, y además hay una motivación adicional que justifica la puntuación del adjudicatario en tres características de su producto. De las que carecen las demás ofertas. Se alega que destacar las virtudes de un producto no supone el uso de subcriterios establecidos “a posteriori”.

c) El factor diferencial más importante es la “doble malla”, que no es un requisito técnico obligatorio.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el único motivo de recurso planteado por el recurrente es la aplicación indebida o insuficientemente motivada del criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante un juicio de valor “Calidad técnica”. Previamente al análisis de la razonabilidad de la impugnación, debe señalarse que la decisión que vaya a tomar este OARC / KEAO está delimitada por dos factores. El primero de ellos es el contenido de los pliegos, que no han sido impugnados y que, por lo tanto, rigen el procedimiento de adjudicación vinculando a los licitadores y al poder adjudicador; en segundo lugar, la resolución de este órgano debe ser congruente con lo pedido en el recurso (artículo 57.2 de la LCSP), sin que puedan sus efectos extenderse más allá de dicha solicitud. A partir de esta base, es relevante la siguiente documentación, que consta en el expediente:

La cláusula 30.2.1 b) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), donde se establece lo siguiente:

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

RELACIÓN DE CRITERIOS DE VALORACIÓN	NUMERO PUNTOS	UMBRAL MÍNIMO
CALIDAD TECNICA, con la siguiente ponderación: – 0 puntos: Ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, no presentación de muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado o no válido. – De 1 a 14 puntos: Productos técnicamente válidos pero de una calidad no suficiente. – De 15 a 30 puntos: Productos técnicamente válidos de una calidad adecuada. – De 30 a 40 puntos: Productos u ofertas preferentes de calidad excelente. ASPECTOS A VALORAR: Ver Bases Técnicas.	40	15

Ponderación total de este grupo: 40 puntos.

El informe técnico que justifica la aplicación del criterio descrito más arriba, cuya aplicación discute el recurso, señala lo siguiente respecto a los lotes 7 y 8:

- LOTE 7: Licitador B.BRAUN, Ref.: 1062030 nos parece el más adecuado, buenos resultados a largo plazo, malla doble, buena calidad de producto.
Valoración 40 puntos.
Licitador MAC, Ref.: MFP133 buena calidad. Valoración 25 puntos.
Resto de Licitadores calidad adecuada. Valoración 20 puntos.
- LOTE 8: Licitador B.BRAUN, Ref.: 1062636 nos parece el más adecuado, buenos resultados a largo plazo, malla doble, buena calidad de producto.
Valoración 40 puntos.
Licitador MAC, Ref.: MFP141 buena calidad. Valoración 25 puntos.
Resto de Licitadores calidad adecuada. Valoración 20 puntos.

Además, debe añadirse que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), a pesar de que la cláusula 30.2.1 b) de la carátula del PCAP se remite a las “Bases Técnicas”, solo contiene en su apartado 4. B) una reproducción prácticamente literal de la citada cláusula, sin información o aclaración adicional alguna.

Como ya ha señalado este OARC / KEAO (ver, por todas, la Resolución 75/2018) la motivación tiene, entre otras, la función de permitir que los interesados puedan interponer un recurso suficientemente fundado. Por ello, el artículo 151.4 del TRLCSP establece que la adjudicación debe incluir la información necesaria para permitir dicha interposición. Respecto a los

requisitos de la motivación, se ha señalado que debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión, de tal modo que se pueda revisar ésta. Los elementos básicos que deben constar son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio 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, cuyo fondo parcialmente reglado debe, en todo caso, respetarse.

A la vista de todo lo anterior, este Órgano considera que la aplicación del criterio de adjudicación debatido carece de una motivación suficiente. Debe tenerse en cuenta que para ambos lotes la valoración de las ofertas del “Resto de licitadores” (grupo en el que se incluye PANAVALE) no solo se solventa sin exponer una motivación individualizada para cada proposición, sino que dicha motivación consiste únicamente en la mención “calidad adecuada. Valoración 20 puntos”; de modo similar, la oferta de MAC se considera de “buena calidad. Valoración 25 puntos”. Es evidente que no consta ninguna alusión a los concretos aspectos de los productos analizados que son objeto de la valoración y que tampoco se emite ningún juicio razonado sobre si dichos aspectos aportan o no ventajas mensurables de acuerdo con el criterio de adjudicación aplicado y, en su caso, con qué alcance o en qué medida. En este sentido, debe rechazarse la afirmación del poder adjudicador de que “el simple hecho de asignar una puntuación y, en consecuencia, de encuadrar a cada oferta dentro de alguno de los tramos previstos ya implica la emisión de un juicio de valor motivado...”; por el contrario, tal actuación no da ninguna razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión ni ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado contra la adjudicación, por lo que en absoluto satisface mínimamente los requisitos de la motivación (ver, por ejemplo, la Resolución 46/2013 del OARC / KEAO).

La evaluación de la oferta del adjudicatario sí contiene escuetísimas menciones concretas que pretenden justificar la calificación de “...el más adecuado” y la asignación de la máxima puntuación posible, pero son también completamente insuficientes. Solo en el caso de la “malla doble” hay una referencia a un

aspecto concreto del producto, pero no se explica qué ventaja evaluable aporta dicha característica. La mención “buenos resultados a largo plazo” es inconcreta y no señala de qué resultados se habla ni cómo se han medido. Finalmente, el término “buena calidad de producto” no puede ser menos expresivo, pues es un mero adjetivo que nada explica.

Es claro que la motivación del acto impugnado no satisface mínimamente los requisitos legales señalados e impide el conocimiento de las razones que fundamentan la aplicación del criterio de adjudicación y la interposición de un recurso suficientemente fundado. Consecuentemente, debe anularse la adjudicación y retrotraerse el procedimiento para que el poder adjudicador resuelva y notifique en debida forma una nueva adjudicación que incluya una motivación de las puntuaciones otorgadas que satisfaga los requisitos legalmente exigibles.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PANAVALLE, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de mallas quirúrgicas con destino a la OSI Ezkerraldea Enkarterri – Cruces (lotes 7 y 8)”, tramitado por OSAKIDETZA, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se emita y notifique una nueva adjudicación debidamente fundada.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, según lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, se requiere al poder adjudicador para que comunique al OARC / KEAO 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 59 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko irailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de septiembre de 2018