



EB 2015/147

Resolución 145/2015, de 30 de diciembre de 2015, 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 la empresa CSL BEHRING, S.A. contra la adjudicación del lote 8 del “Acuerdo Marco para la contratación centralizada del suministro de los medicamentos topiramato (doe), micofinalato (doe), micofenólico ácido (doe), oxaliplatino (doe), gammaglobulina anti-rh (doe), fludarabina (doe) y temozolamida para todas las organizaciones de Servicios Osakidetza”, tramitado por Osakidetza / Servicio Vasco de Salud.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de noviembre de 2015, la empresa CSL BEHRING, S.A. (en adelante, BEHRING) interpuso, en el registro de este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del lote 8 del “Acuerdo Marco para la contratación centralizada del suministro de los medicamentos topiramato (doe), micofinalato (doe), micofenólico ácido (doe), oxaliplatino (doe), gammaglobulina anti-rh (doe), fludarabina (doe) y temozolamida para todas las organizaciones de Servicios Osakidetza”, tramitado por Osakidetza / Servicio Vasco de Salud.

SEGUNDO: Trasladado el recurso al poder adjudicador, el expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se recibieron, respectivamente, los días 4 y 10 de diciembre de 2015.

TERCERO: No se han recibido alegaciones de los interesados.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de D. S. G.M. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP establece que podrán ser objeto de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los Acuerdos Marco sujetos a regulación armonizada. El Acuerdo Marco en cuestión tiene un valor estimado de 1.388.461,76 €.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: El recurso se ha 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, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) La recurrente obtiene 0 puntos en el criterio de adjudicación EDI, puntuación que obedece a un error de apreciación por parte de órgano de contratación, a pesar de que presentó la documentación requerida en el apartado 1.2 “Descripción de criterios” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP). BEHRING dispone del sistema electrónico de intercambio de datos (EDI) que le permite la utilización de los mensajes de pedido y de aviso que acreditó en la oferta económica. Aporta como prueba los certificados expedidos por EDICOM y EDIVERSA. Alude el recurrente a la forma en que el PCAP prevé la acreditación de la disponibilidad para utilizar los mensajes de pedido y de aviso de expedición a través de EDI –certificados emitidos por un organismo público o privado perteneciente al sector de la salud (3 puntos) o declaración responsable comprometiéndose a intercambiar los dos mensajes



con Osakidetza en un plazo máximo de tres meses (1,5 puntos)–. Resulta incomprensible que el órgano de contratación no haya tomado en consideración los certificados aportados o la declaración del apoderado de la empresa.

Aclara que EDIVERSA, en un primer momento, y EDICOM después, son empresas tecnológicas especializadas en implantación y outsourcing de diversas soluciones entre las que se encuentra el sistema EDI. Entienden que el motivo por el que Osakidetza ha decidido otorgarles 0 puntos es que se trata de organismos privados que no pertenecen al sector de la salud, proceder que tildan de excesivamente formalista y que priva al poder adjudicador de contratar con el proveedor que ha realizado la oferta más ventajosa.

Prosigue diciendo que este hecho unido a la declaración contenida en su oferta económica acerca de la disposición de la empresa para utilizar ambos mensaje a través de EDI no puede sino considerarse una declaración responsable firmada por su apoderado en los términos previstos en la carátula del PCAP.

Cita el artículo 1 del TRLCSP y alude a los principios de la contratación del sector público, en especial el de selección de la oferta económicamente más ventajosa. El recurrente trae a colación diversas sentencias en las que el Tribunal Supremo se muestra contrario a una aplicación excesivamente rigurosa y restrictiva de los pliegos, así como dictámenes e informes de órganos consultivos en el mismo sentido.

Añade que la conducta del órgano de contratación es contraria a la Directiva 2014/24/UE, que impone la utilización de declaraciones responsable como medio de acreditación de los términos de ejecución de los contratos para desburocratizar la contratación pública. Invoca el efecto interpretativo de la Directiva citada, lo que significa que sus preceptos podrán interpretarse desde su entrada en vigor, siempre que no contradigan los preceptos del TRLCSP. En su defensa cita el informe 19/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya y la jurisprudencia del Tribunal de



Justicia de la Unión Europea que en ella se invoca. Insiste en que BEHRING ha manifestado mediante una declaración firmada que se encuentra en disposición de utilizar e intercambiar mensajes de aviso y pedido a través de EDI y además procedió a acreditar dicho extremos mediante certificados, con el objeto de obtener la máxima puntuación del criterio, esto es: 3 puntos.

Solicita la anulación de la adjudicación del lote 8 y que el órgano de contratación proceda a realizar una nueva valoración.

b) Vulneración de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas. La adjudicación del contrato a INSTITUO GRIFOLS vulnera los principios de igualdad de trato y no discriminación de los artículo 1 y 139 del TRLCSP al hacer la Mesa de contratación una interpretación excesivamente literalista de las condiciones fijadas en los pliegos, como es el hecho de que las entidades certificadoras, aunque expertas en la implantación y gestión del sistema EDI, no pertenecen al sector sanitario. Acerca del principio de igualdad de trato, cita y reproduce parcialmente la Resolución 081/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Acuerdo 1/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

c) Objetividad de los fundamentos expuestos. No afección a la discrecionalidad técnica de la Administración. Señala el recurrente que su pretensión no supone una intromisión de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación sino una revisión de las apreciaciones en las que se ha basado. Considera que en su caso concurren circunstancias o hechos objetivos que deben contribuir a que se proceda a garantizar su derecho de revisión de la valoración de la oferta, en condiciones de respecto a los principios que rigen la contratación pública.

d) Concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración. Aprecia que concurren las circunstancias de nulidad previstas en los artículos 31 y 32 a) del TRLCSP en



relación con el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

e) Solicita la retroacción del procedimiento y se valore adecuadamente la oferta presentada en el lote 8 y que se dicte una nueva Resolución de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.

SÉPTIMO: Los argumentos del poder adjudicador para solicitar la desestimación del recurso son, en síntesis, los siguientes:

Comienza reproduciendo el criterio de adjudicación del apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP.

Señala que las certificaciones presentadas por el recurrente no son tal y como se concreta en el apartado 8.1.2 del Pliego de Bases Técnicas (en adelante, PBT) y en el apartado 30 del PCAP “emitidos por un organismo público o privado pertenecientes al sector público”. Tanto EDERVISA como EDICOM son empresas de servicios de informática de comercio electrónico, pero en modo alguno pertenecen al sector salud.

Tampoco ha presentado la empresa recurrente la declaración a que hace referencia el último inciso del criterio de adjudicación debatido.

Concluye que deben desestimarse todas y cada una de las alegaciones efectuadas por el recurrente.

OCTAVO: La impugnación de BEHRING versa sobre el criterio de adjudicación evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, previsto en el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP, cuya aplicación considera excesivamente formalista y contrario al principio de selección de oferta económicamente más ventajosa.

La descripción que la carátula hace del criterio es la siguiente:



«CRITERIO EDI (INTERCAMBIO ELCTRÓNICO DE DATOS).....3

Pedido + Aviso expedición 3

Con el fin de posibilitar el intercambio electrónico de datos (sistema EDI), se valorará con 3 puntos en el caso de que el proveedor tengan implantados los dos mensajes y estén operando con los dos mensajes. En caso de disponer uno de los dos mensajes se asignarán 0 puntos.

Tal y como se concreta en el punto 8.1.2 del presente pliego, la utilización de los dos mensajes de acreditará mediante certificado emitido por un organismos público o privado perteneciente al sector salud que acredite la utilización e intercambio de los dos mensajes con la empresa licitadora (la utilización e intercambio de los mensajes con Osakidetza también deberá acreditarse mediante certificado emitido por este servicio de salud). En su defecto, podrá aportarse declaración responsable del representante de la empresa comprometiéndose a intercambiar los dos mensajes con Osakidetza en un plazo máximo de tres meses desde que Osakidetza lo solicite, en cuyo caso este apartado será valorado con 1,5 puntos.»

Esta descripción debe completarse con lo previsto en el apartado 31.1 de la propia carátula sobre la documentación que deben presentar los licitadores en el sobre “B” de “Oferta económica y criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”, que se remite al apartado 8.1 del PBT, que incluye el modelo de oferta para ser rellenado por las empresas, donde se prevé que en las hojas “D” y “Descripción de ITEMS”, entre otra información, se incluya:

CRITERIO EDI (INTERCAMBIO ELCTRÓNICO DE DATOS) (Señale con una √ si los mensajes están o no implantados)	
Mensaje pedido	Sí ☐ No ☐ (en caso afirmativo, aportar documentación requerida en el punto 8.1.2. del presente pliego)
Mensaje de aviso de expedición	Sí ☐ No ☐ (en caso afirmativo, aportar documentación)



	requerida en el punto 8.1.2 del presente pliego)
--	--

Por su parte, utilizando una técnica de redacción de los pliegos contraria al artículo 68.3 del Real Decreto 1098/2001, pero que no es motivo de impugnación, el apartado 8.1.2 del PBT reproduce, de nuevo, el contenido del apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP acerca de la certificación por un organismo público o privado perteneciente al sector salud de la utilización e intercambio de los mensajes (pedido + aviso de expedición) y, en su defecto la aportación de la declaración responsable comprometiéndose al intercambio de los dos mensajes en un plazo máximo de tres meses.

Como ha quedado expuesto, la valoración del criterio de adjudicación “EDI INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS” se debía acreditar o bien mediante la presentación de certificados emitidos por un organismo público o privado perteneciente al sector salud, con lo que se obtendrían 3 puntos, o bien mediante una declaración responsable con el compromiso de intercambiar con Osakidetza los dos mensajes EDI (pedido + aviso de expedición) en un plazo máximo de tres meses desde su solicitud, en cuyo caso la valoración sería de 1,5 puntos.

En las hojas “D” y “Descripción de ITEMS” que se incluyen en el sobre “B” se observa que sobre el criterio EDI el recurrente señala disponer de un mensaje de pedido y un mensaje de aviso de expedición y que para acreditar este extremo se debe aportar la documentación requerida en el punto 8.1.2 del PBT, que como hemos visto consiste en la presentación de certificados o una declaración responsable.

Pues bien, examinado el sobre “B” de BEHRING se observa que, efectivamente, aporta certificados expedidos por EDICOM y EDIVERSA. Sin embargo, la carátula del PCAP es concluyente cuando afirma que los certificados deben ser emitidos por un organismo público o privado perteneciente al sector salud, y el recurrente expresamente reconoce los certificados que aporta pertenecen a empresas consultoras tecnológicas



especializadas en la implantación y outsourcing de diversas soluciones, entre las que se encuentra el sistema EDI, que no forman parte del sector salud y que ese ha sido el motivo por el que Osakidetza les ha otorgado 0 puntos. El recurrente afirma que el poder adjudicador ha seguido un criterio excesivamente formalista en la interpretación del modo de certificar el criterio de adjudicación EDI. Tal afirmación no puede ser compartida puesto que de la literalidad del criterio se concluye que el certificado debía ser emitido por entidades públicas o privadas pertenecientes al sector salud.

La rigidez del criterio pudo haber sido objeto de debate si los pliegos hubieran sido recurridos, pero una vez transcurrido el plazo de su impugnación son la ley del contrato, que deben acatar tanto los licitadores como el poder adjudicador. En el contrato que nos ocupa el PCAP es claro e incondicionado porque exige al licitador unos medios concretos de prueba del cumplimiento del criterio a valorar. Se puede discutir si estos medios de prueba exigidos son limitativos de la concurrencia o si se puede acreditar el cumplimiento de los extremos a valorar a través de la presentación de otros medios de prueba equivalentes, pero lo cierto es que el PCAP exige unos en concreto que eran conocidos por todos los licitadores en el momento de la preparación y presentación de sus ofertas y que en su momento no fueron impugnados. Por ello, este OARC/KEAO considera que el plazo de impugnación del criterio de adjudicación ha precluído y que, al estar formulado de forma clara y precisa, por razones de seguridad jurídica únicamente cabe su aplicación, sin que sea posible proceder en la fase de adjudicación del contrato a flexibilizarlo o aplicarlo de forma diferente a como se haya formulado en el PCAP admitiendo certificados diferentes a los expresamente señalados, única forma de garantizar, por otra parte, el principio de igualdad de trato y no discriminación.

NOVENO: El recurrente reclama, también, que como mínimo se le debieron de valorar 1,5 puntos correspondientes a la declaración responsable del representante de la empresa comprometiéndose a intercambiar los dos mensajes con Osakidetza en el plazo máximo de tres meses desde su solicitud, que afirma haber presentado en su oferta económica.



El sobre “B” presentado por BEHRING contiene los siguientes documentos:

- .- Anexo VI de oferta económica.
- .- Cuadro de ofertas económicas.
- .- Hojas “D” y “Descripción de ITEMS”.
- .- Certificado de EDICOM.
- .- Certificados de EDIVERSA.
- .- Declaración acerca del criterio evaluable de forma automática “declaración de compromisos sobre el abastecimiento continuo del medicamento.
- .- Declaración acerca del criterio evaluable de forma automática “compromiso del plazo de entrega para pedidos ordinarios”.
- .- Declaración acerca del criterio evaluable de forma automática “mayor número de representaciones disponibles en el mercado del producto ofertado en el lote 8 Gammaglobulina anti RJ (D)”.

Examinado el sobre “B” se observa que no hay una declaración expresa acerca del compromiso del criterio de adjudicación “EDI” en los términos exigidos en los pliegos, sin que el contenido de las hojas “D” y “Descripción de ITEMS” sea suficiente puesto que se exige que en caso afirmativo se debe aportar la documentación requerida en el punto 8.1.2 del PBT, que en este caso era una declaración responsable con el compromiso de intercambiar los dos mensajes con Osakidetza en una plazo máximo de tres meses desde su solicitud, compromiso que el recurrente ha eludido pues, a pesar de que en su escrito de recurso manifieste que lo ha presentado, lo cierto es que en el expediente remitido por el poder adjudicador no obra el citado documento.

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,



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CSL BEHRING, S.A. contra la adjudicación del lote 8 del “Acuerdo Marco para la contratación centralizada del suministro de los medicamentos topiramato (doe), micofinalato (doe), micofenólico ácido (doe), oxaliplatino (doe), gammaglobulina anti-rh (doe), fludarabina (doe) y temozolamida para todas las organizaciones de Servicios Osakidetza”, tramitado por Osakidetza / SERVICIO Vasco de Salud.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: 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.

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, 2015eko abenduaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de diciembre de 2015