



EB 2018/133

Resolución 162/2018, de 21 de noviembre 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 B. BRAUN MEDICAL, S.A. contra los pliegos que han de regir el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de equipos para administración de fluidos para la OSI Barakaldo-Sestao”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de septiembre de 2018, la mercantil B. BRAUN MEDICAL, S.A. (en adelante, BRAUN) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos que han de regir el procedimiento de adjudicación del contrato más arriba referenciado.

SEGUNDO: El mismo día 21 de septiembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO, el día 24 del mismo mes.

TERCERO: No constan en el expediente otros interesados al margen del poder adjudicador y la recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de Dña. M.F.T., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: 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.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos, en síntesis, son los siguientes:

- a) El lote 1 del presente expediente de contratación está licitado y adjudicado a la propia recurrente mediante el Acuerdo Marco para el suministro de equipos de infusión para las OSIs de Osakidetza.
- b) El lote 8 está formado por dos productos que deben ofertarse conjuntamente, concretamente, un sistema de infusión con válvulas y una alargadera para la administración y preparación de citostáticos. Pues bien, en el primer caso, se solicita una válvula específica que coincide con el nombre comercial que tienen las válvulas de una determinada empresa. En el segundo, se solicita un tipo de alargadera que únicamente la tiene una mercantil.
- c) Debido a que limita la concurrencia, la duración del contrato debería ser inferior a los cinco años previstos en el PCAP, aunque se contemplara su prórroga.
- d) Con relación al comité de expertos se incumplen los artículos 146 a) y 63 de la LCSP, dado que varios de los miembros han tenido que participar en la redacción del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y en la redacción de los criterios de juicio de valor.
- e) La memoria que acompaña a los pliegos no justifica los aspectos señalados en el artículo 116 de la LCSP, sobre todo teniendo en cuenta los criterios sometidos a juicio de valor elegidos.
- f) Finalmente, solicita la anulación de los pliegos y se proceda a la convocatoria de una nueva licitación que elimine el lote 1 por estar ya adjudicado y que modifique los aspectos expuestos en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador resumidamente alega lo siguiente:

- a) Efectivamente, el lote 1 ha sido adjudicado con posterioridad a la presente licitación por lo que no procede continuar con su tramitación y, por tanto, procede la estimación de este motivo.
- b) Respecto a las alegaciones relativas al lote 8, se aceptan las mismas y se procederá a su modificación.
- c) La duración del contrato establecida no ocasiona perjuicio alguno a los licitadores ni vulnera las disposiciones legales.
- d) Lo afirmado por la recurrente respecto de los miembros del comité de expertos es una presunción no demostrada; por otro lado, son las personas adecuadas para valorar las propuestas.
- e) No se entiende el motivo impugnatorio, ya que los criterios que se han establecido para la valoración de los aspectos técnicos del concurso son perfectamente normales y nada extraños en un concurso de estas características.
- f) Finaliza, solicitando la desestimación del recurso, a excepción de lo relativo a los lotes 1 y 8.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Con carácter previo al estudio de los motivos de recurso esgrimidos por la recurrente, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento parcial (en lo relativo a los lotes 1 y 8) de la pretensión de la recurrente. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la

resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa, al ser propuesto el allanamiento parcial por el Jefe del servicio de contratación en su informe pero no constar acuerdo o resolución sobre el mismo del órgano de contratación, la declaración efectuada por el poder adjudicador de estimación parcial de la pretensión ha de tener la consideración de una alegación más en el procedimiento de resolución del recurso.

a) Sobre la adjudicación previa del lote 1

El recurrente alega que el lote 1 del presente expediente de contratación está licitado y adjudicado a la propia recurrente mediante el Acuerdo Marco para el suministro de equipos de infusión para las OSIs de Osakidetza. El propio poder adjudicador confirma dicha circunstancia, por lo que existe una infracción de la LCSP, que sostiene el principio de que los contratos a él sujetos deben tener como finalidad el interés general, que debe acreditarse concretamente para cada uno de ellos (artículo 28.1 LCSP). En este sentido, es claro que, por amplia que sea la discrecionalidad que asiste al poder adjudicador para determinar el modo más idóneo de satisfacer dicho interés, nunca ampararía la duplicidad de objeto, porque ello significaría una doble asignación de recursos públicos para atender la misma necesidad (ver, por ejemplo, las Resoluciones 18 y 52/2015 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse.

b) Sobre las prescripciones técnicas del Lote 8

En síntesis, el recurrente alega que el lote 8 del PPT contiene unas prescripciones técnicas que suponen una barrera de entrada ilegítima porque impide acceder a la licitación a los operadores económicos que no la cumplan y que, sin embargo, oferten equipos que cumplan satisfactoriamente los requisitos técnicos solicitados. En concreto, la prescripción impugnada es la siguiente:

"8.1 SISTEMA INFUSION TRANSPARENTE 4 VIAS 260CM	Sistema de árbol transparente de 4 + 1 tomas con válvulas Smartsite. Baja absorción (PE). Microcalibre (1,5mm). Longitud 260cm. Volumen de purga : 6ml. Libre DEHP
8.2 ALARGADERA PARA CITOSTATICOS VALVULA SEGURIDAD "Y" TRANSPARENTE 38CM	Alargadera para la administración y preparación de citostáticos. Transparente con válvula de seguridad en Y, trócar con válvula anti-reflujo, tapón hidrófobo de purga, válvula anti-reflujo y doble clamp de cierre. 38cm. Volumen de purga: 3ml".

El artículo 126.6 de la LCSP proscribe la utilización de marcas, patentes o tipos, pero también, entre otros, la referencia en las determinaciones técnicas de una fabricación, una procedencia, o un procedimiento concreto. Asimismo, este OARC / KEAO ha señalado en anteriores ocasiones (ver, por todas, su Resolución 153/2016) que para que se pueda considerar que una prescripción técnica es ilegal por suponer una barrera de entrada ilegítima deben cumplirse dos condiciones: la primera, que se trate de una característica que no puedan cumplir todos los operadores potencialmente interesados en la licitación, y la segunda, que se trate de una exigencia arbitraria o desproporcionada que no se justifica por el correcto cumplimiento del objeto del contrato. En el caso analizado, no hay duda de que se cumplen las dos condiciones pues, como el mismo órgano de contratación reconoce en su informe, la referencia a un concreto tipo de válvula (Smartsite) y la descripción de la alargadera solicitada pueden beneficiar a un determinado licitador. Consecuentemente, debe concluirse que las prescripciones técnicas impugnadas son obstáculos injustificados a la libre competencia, por lo que deben anularse.

c) Sobre la duración del contrato

La recurrente entiende que el contrato debería tener una duración inicial (5 años) menor aunque se contemplara la prórroga del mismo, ya que limita la concurrencia. La LCSP establece lo siguiente con relación a este aspecto de los contratos:

Artículo 29. Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación.

1. La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos. (...)
4. Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas (...).

Como puede observarse, el artículo 29 de la LCSP contiene un mandato a los órganos de contratación para que evalúen, antes de fijar la vigencia de un contrato (y debe entenderse que también antes de proceder a su posible prórroga), si la duración es adecuada al principio de concurrencia, más exactamente, a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización del objeto contractual. Esta precaución tiene la finalidad de evitar que una vigencia excesivamente prolongada restrinja la competencia y perjudique a potenciales licitadores interesados en obtener la nueva adjudicación, así como al poder adjudicador, que podría beneficiarse de mejores ofertas en un nuevo procedimiento con promoción de concurrencia. Ahora bien, el legislador también ha establecido un plazo máximo que debe ser respetado, en todo caso.

A partir de aquí, el poder adjudicador goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en la LCSP. Así, establecida por esta un plazo máximo de cinco años para los contratos de suministros, la duración del presente contrato es conforme a la normativa contractual vigente. Por otro lado, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad del poder adjudicador en cuanto a la configuración discrecional del contrato. Por todo ello, debe desestimarse este motivo impugnatorio.

d) Sobre la composición del comité de expertos

La recurrente dice que varios de los que forman el comité de expertos han tenido que participar en la redacción del Pliego de Cláusulas Técnicas y en la redacción de los criterios de

valor, y que ello conculca los artículos 63 y 146 a) de la LCSP. Dichos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 63. Perfil de contratante.

(...) 5. Deberán ser objeto de publicación en el perfil de contratante, asimismo, los procedimientos anulados, la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios.

En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios”.

Artículo 146. Aplicación de los criterios de adjudicación.

(...)

La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:

a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

Contrastado el expediente con la normativa transcrita, este Órgano observa lo siguiente:

- 1) La afirmación de la recurrente sobre la hipotética participación de “varios” de los miembros del comité en la elaboración de los pliegos, no es más que una hipótesis que la recurrente no ha acreditado, cuando la carga de la prueba en este punto le corresponde a ella aplicando lo previsto en el artículo 1214 del Código Civil, que establece el principio de que incumbe la carga de probar los hechos a quien ejercita la pretensión; por otro lado, no se señala cuál es la norma o principio que, en su caso, se habría infringido.

- 2) Consta en el expediente el nombre y cargo de cada uno de los miembros del comité de expertos, tal y como la propia recurrente los recoge en el escrito de recurso, por lo que no cabe aceptar el incumplimiento del artículo 63 de la LCSP que se achaca, ya que no se hacen alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran a la administración, organismo por entidad a la que representen o en la que presten sus servicios.
- 3) El artículo 146 a) de la LCSP anteriormente transcrito establece que los expertos podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato. Pues bien, del expediente remitido por Osakidetza se desprende que los miembros del comité pertenecen a los servicios dependientes del órgano de contratación (Director-Gerente de la OSI Barakaldo-Sestao) pero no están adscritos al órgano proponente (Suministros y Almacenes), entendido como aquel que promueve la contratación y que interviene en el procedimiento emitiendo el informe al que se refiere el artículo 73 del Reglamento Ley Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

A juicio de este Órgano, no discutida la cualificación apropiada y no perteneciendo sus miembros al órgano proponente del contrato, el comité de expertos se halla correctamente constituido, y por ello, el presente motivo impugnatorio debe desestimarse.

e) Sobre la memoria de inicio del expediente

La recurrente señala que la memoria de inicio del expediente de contratación no cumple con lo establecido por el artículo 116.4 de la LCSP, fundamentalmente en lo que se refiere a los criterios elegidos como juicio de valor. Este precepto establece lo siguiente:

(...) 4. En el expediente se justificará adecuadamente:

- a) La elección del procedimiento de licitación.

- b) La clasificación que se exija a los participantes.
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

De los aspectos reseñados, los de las letras b), f) y g), y la letra c) en cuanto se refiere a las condiciones especiales de ejecución, no afectan al presente contrato. Por lo que se refiere a los demás, se aprecia lo siguiente:

- 1) A diferencia de lo que sucede con los procedimientos extraordinarios, como el negociado sin publicidad, en el que la motivación de que concurre alguno de los requisitos excepcionales previstos en la LCSP que los justifican debe constar como requisito esencial para su utilización (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2003, asunto C-20/01, ECLI:EU:C:2003:220, en especial el apartado 58, así como la Resolución 106/2014 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita), la elección del procedimiento abierto, que es ordinario por no estar reservado su uso a supuestos legalmente tasados, no requiere de la invocación de ningún precepto legal. Consecuentemente, la omisión de una justificación expresa difícilmente puede causar perjuicio al recurrente (de hecho, no hay alegación alguna tendente a acreditar dicho perjuicio), teniendo en cuenta además que el abierto es el procedimiento que facilita la mayor libertad de acceso a las licitaciones.
- 2) Las exigencias relativas al valor estimado (381.151,20€) y la necesidad del objeto del contrato la administración (adquisición de equipos para la administración de fluidos), se recogen a lo largo del expediente y,

concretamente, en la memoria-informe al que se refiere el artículo 73 del Reglamento general de la Ley Contratos.

- 3) Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor elegidos, especialmente puestos en tela de juicio en el recurso, la apreciación de este Órgano debe partir de la doctrina deducida de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) nº 147/2015, de 31 de marzo de 2015, que anula la Resolución 007/2014 de este OARC / KEAO. En ella se sostiene que el artículo 150.2 TRLCSP (actual 146.2 de la LCSP) permite que los criterios de adjudicación sujetos a apreciación mediante juicios de valor tengan una ponderación superior a la de los evaluables mediante fórmulas, a pesar de que la opción preferente del legislador es la contraria en los contratos como el que nos ocupa (contrato de suministro). Ahora bien, según la referida sentencia, esa posibilidad no puede entenderse como una mera disyuntiva a adoptar según libre opción del poder adjudicador convocante, de manera que sea mera facultad suya sustituir el predominio de los criterios matemáticos por los que no lo son con solo establecer que la valoración la realizarán expertos externos al órgano proponente del contrato, siendo necesario además que cuente con un fundamento propio la opción de dejar de lado la decantación legal por los criterios de valoración mediante fórmulas. Por ello, la Administración ignora el referido precepto si se aparta de la preponderancia que el mismo establece sin una justificación específica y razonable.

En el expediente del contrato impugnado, la única justificación de los criterios de adjudicación empleados es la escueta frase (...) diversos elementos que se consideran relevantes para la decisión de adjudicación en función de su cumplimiento por parte de los adjudicatarios contenida en el informe de inicio del expediente. Esta mención es claramente genérica e insuficiente para cumplir el requisito de justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación que pide el artículo 116.4 c) de la LCSP, especialmente cuando se ha tomado una opción que, si bien es jurídicamente posible, es contraria a la preferencia legal del artículo 146.2 de la LCSP. Debe señalarse que, a juicio de este OARC / KEAO, la inadecuación de la motivación no viene dada solo por su carácter genérico e insuficiente, sino

porque los elementos relevantes pueden insertarse también por otros medios distintos de la primacía de los criterios subjetivos (por ejemplo, criterios matemáticos referidos a aspectos técnicos, elevación de los niveles mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas o toma en consideración de esta cuestión en los criterios de solvencia técnica o en las condiciones de ejecución). A la vista de esta ausencia de motivación, y en aplicación de la doctrina fijada por el TSJPV en la citada sentencia, el motivo de impugnación debe aceptarse, con la consecuente anulación de los criterios de adjudicación afectados por la falta de justificación.

- 4) Finalmente, en cuanto a los criterios de solvencia, el recurrente se limita a apuntar la falta de justificación, pero sin aportar ningún argumento que discuta el ajuste a la legalidad de los que figuran en los pliegos, ni mucho menos señalar en qué le perjudican, discriminan o impiden el acceso al procedimiento de adjudicación. Por ello, la impugnación no está soportada por un interés real y parece obedecer únicamente a la intención de incrementar el número de reproches legales a los pliegos con un criterio puramente formalista.

f) Conclusión

Expresadas las apreciaciones del OARC/KEAO, procede estimar parcialmente el recurso en el siguiente sentido:

- 1) El lote 1 debe ser eliminado de la licitación por haber sido ya adjudicado previamente.
- 2) La descripción del lote 8 debe ser corregida eliminando cualquier referencia a fabricante o marca comercial concreta.
- 3) Debe justificarse la elección de los criterios de adjudicación. Especialmente, si se mantiene en un hipotético nuevo procedimiento de adjudicación la preponderancia de los criterios sujetos a juicio de valor sobre los criterios automáticos debe ser motivada de forma específica.

- 4) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP y habida cuenta de que se elimina de la contratación el lote 1, se deben modificar las prescripciones técnicas del lote 8 y se debe proceder a justificar los criterios de adjudicación, se deben anular asimismo los actos del expediente relacionados con su aprobación. Todo ello conlleva que se cancele la licitación. No obstante, si el poder adjudicador opta por iniciar una nueva licitación puede utilizar los mismos pliegos, con excepción de las estipulaciones anuladas, pues no hay sobre ellos más tachas de legalidad.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por B. BRAUN MEDICAL, S.A. contra los pliegos que han de regir el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de equipos para administración de fluidos para la OSI Barakaldo-Sestao”, tramitado por Osakidetza, en el sentido de:

- 1) Anular las siguientes cláusulas o apartados de los pliegos:
 - las que incluyen el lote 1 en el objeto del contrato.
 - las prescripciones 8.1 y 8.2 del PPT.
 - El acuerdo de aprobación del expediente de contratación.

2) Cancelar la licitación.

3) Se deberá proceder a la justificación de la elección de los criterios de adjudicación si se opta por iniciar una nueva licitación.

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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko azaroaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de noviembre de 2018