



EB 2018/138

Resolución 175/2018, de 12 de diciembre 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 BAXTER, S.L. contra los pliegos y el anuncio del contrato “Acuerdo Marco para el suministro de productos y equipamiento necesario para la realización de sesiones de hemodiálisis de la Osi Barrualde – Galdakao Esi”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de octubre de 2018, la empresa BAXTER, S.L. interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y el anuncio del contrato “Acuerdo Marco para el suministro de productos y equipamiento necesario para la realización de sesiones de hemodiálisis de la Osi Barrualde – Galdakao Esi”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo 4 de octubre 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 11 de octubre.



TERCERO: Con fecha 18 de octubre, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 27/2018, por la que se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: A la fecha de presentación del recurso, no constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D.H.H.A. para actuar en nombre de BAXTER. Por lo que se refiere a la legitimación, debe señalarse que entre los motivos que sustentan el recurso figura el incumplimiento de la obligación de publicar el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Sin embargo, el propio recurrente confirma que ha comprobado que el anuncio ha sido publicado en la Plataforma de Contratación de Euskadi, por lo que no puede alegar que la falta de publicidad le haya causado ningún daño ni, en particular, que le haya impedido presentar una oferta. Ello supone que, por lo que se refiere a este concreto motivo, BAXTER carece de la legitimación activa a la que se refiere el artículo 48 de la LCSP, basada en ostentar derechos o intereses legítimos perjudicados por las decisiones objeto del recurso, los cuales se verían satisfechos por la estimación de la pretensión ejercida. Consecuentemente, según lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, esta concreta impugnación no puede admitirse a trámite, debiendo analizarse el resto de las razones del recurso.

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



Según las letras a) y b) del artículo 44.1 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los acuerdos marco de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son impugnables los anuncios de licitación y los pliegos que rigen la licitación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos de la impugnación son, en síntesis, los siguientes:

- a) No se respeta el plazo mínimo establecido en el artículo 156.2 de la LCSP para la presentación de ofertas cuando el contrato está sujeto a regulación armonizada.
- b) El recurrente critica que el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) recoja el carácter meramente orientativo de dichas prescripciones, lo que supone su indeterminación. Además, alega que no se han justificado las prescripciones elegidas y que éstas son discriminatorias; asimismo, se ha utilizado una forma de describirlas demasiado específica, en lugar de indicar



criterios funcionales o límites o rangos aproximados, lo que hubiera facilitado la apertura de la competencia.

c) El poder adjudicador no ha justificado la división en lotes del objeto contractual, y el criterio de división adoptado vulnera la libre competencia aglutinando ciertas circunstancias de manera recurrente en la configuración de los lotes (lotes 1, 2 y 3), juntando prestaciones de varios tipos contractuales (lote 1) o configurando el lote en favor de un producto que solo puede ofrecer una única empresa (lote 5).

d) Se contemplan criterios de adjudicación que no están recogidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), lo que infringe los artículos 122, 124 y 145.5 de la LCSP y afecta a los principios de libre concurrencia e igualdad de trato, ya que no se establecen una reglas claras para la adjudicación del contrato.

e) El criterio de adjudicación “Valoración técnica” es indeterminado y permite demasiada discrecionalidad, sin que se defina qué hay que entender por términos como “adecuado”, “no suficiente” y “preferente”.

f) La fórmula de valoración del precio, difícilmente comprensible y contradictoria, no ha sido justificada, como pide el artículo 146 de la LCSP.

g) Finalmente, se solicita que se declaren contrarios a derecho el anuncio de la licitación, el PCAP y el PPT, en los términos alegados en el escrito de recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Osakidetza se opone a la estimación del recurso por los motivos que a continuación se resumen:



- a) El artículo 156.3 c) de la LCSP permite reducir el plazo de presentación de ofertas cuando, como en este caso, se acepta la presentación de las mismas por medios electrónicos, por lo que el plazo de 30 días señalado en el anuncio de licitación es correcto.
- b) No se vulneran los artículos 122 y 145 de la LCSP, ni se afecta directamente al principio de libre concurrencia y de igualdad de trato, ya que son claras las reglas de la adjudicación del contrato.
- c) Los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor deben contar con un margen de discrecionalidad y no puede pretenderse que estén detallados en todos sus extremos. La fórmula utilizada para evaluar el precio es una fórmula proporcional pura que respeta la LCSP que no es condicional, como afirma el recurrente; se reconoce que existe una errata que se corregirá eliminando el signo > de la fórmula.
- d) El poder adjudicador puede configurar discrecionalmente los lotes en los que se divide el contrato siempre que ello no suponga arbitrariedad o propósito de beneficiar o perjudicar a uno u otro licitador o tipo de licitadores. En este caso, los lotes se definen en función de la terapia de elección, buscando que las prescripciones técnicas se ajusten a cada tipo de terapia, y los sublotos obedecen a la individualización cada paciente a dicha terapia, por lo que deben garantizarse al menos dos dializadores con diferentes superficies por cada tipo de terapia. Asimismo, se alega que BAXTER es adjudicataria de contratos en los que se juntan prestaciones típicas de varios tipos contractuales.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Los motivos de impugnación en los que se basa el recurso y las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ellos se reproducen a continuación. Los siguientes epígrafes no se corresponden estrictamente con la exposición de los motivos



de impugnación en el recurso, sino que se han reordenado para facilitar la claridad del análisis.

a) Sobre el plazo de presentación de ofertas

El recurrente afirma que el plazo de presentación de ofertas establecido en el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) del 13 de septiembre, que finaliza el día 10 de octubre a las 14:00 horas, es contrario al artículo 156 de la LCSP por ser más breve que el que este precepto establece como mínimo en su apartado 2 (35 días). Como bien indica Osakidetza, aunque la regla general (artículo 156.2 de la LCSP) es que el plazo de presentación de proposiciones no sea inferior a treinta y cinco días contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, el artículo 156.3 c) de la LCSP lo reduce en cinco días si el órgano de contratación acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos. Esta circunstancia concurre en el presente caso (ver, por ejemplo, la cláusula 12 del PCAP y las cláusulas 19.6.1, 20.5 y 24 de sus cláusulas específicas), por lo que, dado que el envío al DOUE se produjo el día 10 de septiembre, el plazo de 30 días finalizaría el día 10 de octubre.

El anuncio de la licitación establece el 10 de octubre como fecha límite para la presentación de ofertas en su apartado IV.3.4, pero especificando que solo hasta las 14:00 horas de dicho día. Consecuentemente, el plazo fijado no llega al mínimo legal porque su último día no se computa íntegramente como parte de él, sino solo sus catorce primeras horas; dicho de otro modo, el plazo ofrecido es de 29 días y 14 horas, y no de treinta días. Esta apreciación es, además, coherente con el artículo 31.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, que establece que los registros electrónicos permitirán la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas, lo que hace que la limitación horaria establecida, además de contraria a la LCSP y a este precepto, sea superflua y difícilmente entendible. Por todo ello, este motivo de recurso debe estimarse.



b) Sobre la determinación de las prescripciones técnicas

Por lo que se refiere a las alegaciones de BAXTER sobre las irregularidades de las prescripciones

técnicas, se observa lo siguiente:

1) Sobre el carácter orientativo de las especificaciones técnicas

El recurrente critica el último párrafo del PPT, cuya literalidad es la siguiente:

Si alguna de las características establecidas en las especificaciones técnicas determinara una marca o modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión¹

A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe aceptarse. La estipulación parte de un supuesto legalmente inaceptable pues, según el artículo 127.6 de la LCSP, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no pueden referirse a una marca o modelo exclusivo, con la excepción de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del artículo 126.5 de la LCSP, en cuyo caso se acompañará la mención «o equivalente». En lugar de satisfacer este precepto, el poder adjudicador ha optado por una cláusula genérica contraria al principio de transparencia (ver el artículo 1 de la LCSP y la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO) que no identifica las prescripciones afectadas (en realidad, ni siquiera queda claro si efectivamente existen dichas prescripciones o si la estipulación es meramente preventiva o hipotética) y que, por lo tanto, carga sobre los potenciales licitadores la difícil tarea de determinar su extensión mediante una revisión de todo el PPT a la búsqueda de posibles especificaciones a las que aplicarla. Además, que la falta de ajuste exacto a estas prescripciones no implique la exclusión de la oferta es la consecuencia de que éstas deben tomarse como guía u orientación, lo que supone, “sensu contrario”, que hay un margen de tolerancia en el que es válido no ajustarse

¹ En negrita en el original.



fielmente al PPT, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos y que queda en manos de las apreciaciones de Osakidetza. Todo ello es contrario al citado principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador la exclusión o admisión arbitraria de las proposiciones; de hecho, se incumple el mismo objetivo de las prescripciones técnicas, que comprende, entre otras cosas, la descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, la fijación de los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario y la indicación del nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018 del OARC / KEAO), por lo que es contrario a la LCSP que la licitación se rija por un PPT que no establece con precisión estos aspectos al dejar en manos del poder adjudicador su determinación.

2) Sobre la justificación de las prescripciones técnicas y su carácter discriminatorio

El recurrente alega que no se justifica por qué no son adecuadas otras prescripciones alternativas a la finalmente elegida (por ejemplo, se establece una superficie de 2,2 metros cuadrados y no se especifica por qué no bastaría con una de 2,1 metros cuadrados). A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación no puede estimarse. La carga de argumentar y probar que las prescripciones técnicas denunciadas son discriminatorias o infringen los límites que asisten a Osakidetza en la configuración del objeto contractual corresponde al recurrente (ver, por ejemplo, la Resolución 74/2018 del OARC / KEAO), y el recurso no contiene dicha prueba ni tampoco señala, más allá de una alegación genérica, cuál es el concreto perjuicio causado a la concurrencia y a la libre competencia; hay que señalar también que la legislación contractual no pide que el expediente contenga una justificación exhaustiva de cada prescripción técnica ni de las razones por las que se descartaron otras alternativas, como parece requerir BAXTER.



3) Sobre la forma de describir las prescripciones técnicas

BAXTER estima que se definen las características técnicas de los aparatos de forma demasiado específica, en lugar de utilizar una descripción basada en criterios funcionales o en límites o rangos aproximados, que hubiera abierto más la competencia. El artículo 126.5 de la LCSP establece varias maneras de expresar las prescripciones técnicas que puede emplear el órgano de contratación, siendo la posibilidad de formularlas “en términos de rendimiento o de exigencias funcionales” tan solo una de ellas, sin que exista jerarquía que las ordene ni preferencia por ninguno de dichos métodos (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018, asunto C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), por lo que no cabe que la recurrente reproche que Osakidetza haya optado por la descripción de las características individuales de los productos.

4) Sobre la división del contrato en lotes

El recurrente afirma que no hay justificación del sistema de división en seis lotes y que la configuración de los lotes que se ha elegido vulnera, por varias razones, los principios de los principios de concurrencia y libre competencia. En anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 40/2018), este OARC / KEAO ha señalado que la discrecionalidad asiste a los poderes adjudicadores para adoptar la decisión de dividir o no el contrato en lotes y, en su caso, para configurar dichos lotes con uno u otro criterio (ver, por ejemplo, la Resolución 17/2018), si bien el artículo 99.3 de la LCSP establece la preferencia de la división por lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar debidamente en el expediente la opción de no dividir. A partir de esta consideración, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad, (ii) si comprobara que la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a



ciertos licitadores, o (iii) si constara la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública. En este caso, el recurrente se refiere a estos dos últimos supuestos; las concretas alegaciones formuladas y las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ellas son las siguientes:

- por lo que se refiere a los lotes 1, 2 y 3, se alega que se unen sublotes en un solo lote obligando a licitar a lote completo, lo que supone contar con dos tipos de dializadores, de modo que si uno de ellos es propio de una casa comercial o más ajustado a sus características, ello determina que sea la posible adjudicataria del lote. A juicio de este Órgano, la división en lotes por técnicas terapéuticas que agrupan cada una de ellas una mayoría de especificaciones técnicas comunes, y además con ciertas precisiones distintas necesarias para personalizar el tratamiento a cada paciente individual (dosis de diálisis) dentro de cada una de ellas (mediante distintas superficies de membrana, especialmente), no puede considerarse irracional o arbitrario pues obedece a razones atendibles, habida cuenta de las características y finalidad de los productos. Por otro lado, mientras que Osakidetza señala que casi todos los posibles proveedores pueden ofrecer dializadores distintos según la superficie de membrana, BAXTER se limita a criticar en abstracto el criterio de división adoptado, pero no explicita que le impida presentar una oferta.
- en cuanto al lote 1, BAXTER reprocha, además de lo señalado en la letra a) anterior, que se incluya en él el mantenimiento de la planta de agua, prestación propia del contrato de servicios. En síntesis, y de acuerdo con el artículo 34.2 de la LCSP, solo cabe la fusión de prestaciones de diferentes contratos (en este caso servicios y suministros) en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional única. Este precepto busca, en definitiva, impedir que mediante una agrupación o amalgama arbitraria de prestaciones se



limite o vede el acceso al contrato a empresas que sí podrían presentar su oferta para ejecutar las mismas prestaciones si se adjudicaran por separado. En este caso, no solo no se aporta acreditación o indicio de este fraude, sino que Osakidetza alega que el propio recurrente es adjudicatario de prestaciones similares.

- se afirma en el recurso que para el lote 5 se indican “una serie de características de los productos que se pretenden adquirir” que describen una terapia exclusiva de una empresa concreta, de modo que ningún otro licitador puede presentar una oferta. Esta alegación debe desestimarse; como ya se ha señalado en el punto b) 2 anterior, corresponde al recurrente la carga de la prueba de que las prescripciones técnicas son discriminatorias, y en este caso BAXTER ni siquiera concreta cuáles son las características a las que se refiere ni por qué entiende que son arbitrarias o desproporcionadas para la satisfacción del interés público implícito en el contrato.

c) Sobre los criterios de adjudicación

Las apreciaciones de los motivos de recurso referidos a los criterios de adjudicación deben partir del contenido relevante para el caso del apartado 22 de las Cláusulas Específicas del Contrato que a continuación se reproduce:

22.- CRITERIOS DE VALORACIÓN:

A. CRITERIOS QUE REQUIEREN UN JUICIO DE VALOR:

Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: (sí/no) Sí

PARA LOS LOTES 1, 2, 3 y 5

VALORACION	UMBRAL MINIMO	PUNTOS
Valoración Técnica	15	46
Servicio Postventa		2
Servicio Técnico		2
TOTAL		50



VALORACIÓN TÉCNICA: 46 PUNTOS (Umbral Mínimo 15 puntos)

En relación a este criterio se valorara la calidad técnica del producto y equipamiento ofertado.

- **0 puntos.** Se puntuara a aquellas ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado.
- **De 1 a 14 puntos.** Productos técnicamente validos pero de una calidad NO SUFICIENTE
- **De 15 a 30 puntos.** Serán productos técnicamente validos de una calidad ADECUADA
- **De 31 a 46 puntos.** Serán ofertas o productos PREFERENTES por aportar elementos innovadores.

Aspectos a valorar en este criterio:

- Productos necesarios para la realización de la técnica, según las características que se especifican en cada lote: **Hasta 17 puntos**
- Equipamiento necesario para la realización de la técnica, según las característica que se especifican en cada lote: **Hasta 29 puntos**

SERVICIO POSTVENTA 2 PUNTOS

Conforme a este criterio se valorara:

- Plan de formación inicial y de adiestramiento continuado al personal sobre los equipos y sistema.
- Disponibilidad de un especialista dedicado que apoye al personal del centro en la puesta en marcha de técnicas, configuración de los sistemas y formación del personal.
- Adaptación a la logística del centro.

SERVICIO TÉCNICO 2 PUNTOS

Conforme a este criterio se valorara:

- Tipos de apoyo al personal y del mantenimiento correctivo (telefónico, acceso remota, presencia del técnico...)
- Tiempo de respuesta de presencia del técnico para el mantenimiento correctivo, numero de técnicos en la zona, frecuencia del mantenimiento preventivo.

PARA LOS LOTES 4 Y 6

VALORACION	UMBRAL MINIMO	PUNTOS
Valoración Técnica	15	50
TOTAL		50

VALORACIÓN TÉCNICA: 50 PUNTOS (Umbral Mínimo 15 puntos)



En relación a este criterio se valorara la calidad técnica del producto y equipamiento ofertado.

- **0 puntos.** Se puntuara a aquellas ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado.
- **De 1 a 14 puntos.** Productos técnicamente validos pero de una calidad NO SUFICIENTE
- **De 15 a 30 puntos.** Serán productos técnicamente validos de una calidad ADECUADA
- **De 31 a 50 puntos.** Serán ofertas o productos PREFERENTES por aportar elementos innovadores.

B. CRITERIOS DE VALORACIÓN POR FÓRMULA

VALORACION	PUNTOS
Económica	46
Plazo de entrega	2
Criterios ambientales	2
Total	50

- **ECONOMICA 46 PUNTOS**

Metodología utilizada: Formula $(D-B)/(D-C)*A$

Si $B \geq D$ se le asigna 0 puntos y se redondea al entero más próximo

Campo	Descripción de campo
A	Puntos máximos (PUNTMAX)
B	Oferta de la empresa (OFERN)
C	Oferta más baja (OFERMIN)
D	Precio de licitación (PRLIC)

La fórmula que se aplicaría sería: $\text{SI}(\text{REDONDEAR}((\text{PRLIC}-\text{OFER1})/(\text{PRLIC}-\text{OFERMIN}))*\text{PUNTMAX};0)>\text{PUNTMAX}; \text{PUNTMAX}; (\text{REDONDEAR}((\text{PRLIC}-\text{OFER1})/(\text{PRLIC}-\text{OFERMIN}))*\text{PUNTMAX};0))$

- Ninguno de los precios unitarios ofertados superara los precios de licitación unitarios.
- Las ofertas económicas se realizaran con un máximo de 4 decimales. **Metodología utilizada:** Si $B \geq D$ se le asigna 0 puntos. Se redondea al entero más próximo.

(...)



- 1) Sobre la vulneración de los artículos 122 y 145 de la LCSP y de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato

El recurrente alega que hay aspectos relativos a los criterios de adjudicación que no están recogidos en el PCAP, lo que infringe los artículos 122, 124 y 145.5 de la LCSP y afecta a los principios de libre concurrencia e igualdad de trato porque no se establecen una reglas claras para la adjudicación del contrato. En relación a este reproche, hay que señalar primeramente que el artículo 122 de la LCSP establece que en el PCAP se incluirán, entre otros aspectos, los criterios de adjudicación del contrato (ver, en el mismo sentido, el artículo 67.2 i) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante “RGLCAP”), mientras que el artículo 124 de la LCSP establece que en el PPT se incluirán las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y que definan sus calidades y sus condiciones sociales y ambientales (ver el artículo 68.1 a) del RGLCAP). Finalmente, el artículo 68.3 del RGLCAP prohíbe que el PPT contenga cláusulas que deban figurar en el PCAP. En el caso analizado, no siempre el contenido y la descripción de los criterios de adjudicación figuran íntegramente en el PCAP, sino que hay una mención, referida a los equipos y productos, a “las características que se especifican en cada lote”, en lo que parece una remisión al PPT. En este último pliego se observa que, para los lotes 1, 2, 3 y 5, hay un epígrafe que determina las “Características valorables” (distinguiéndolas de las “Características mínimas”), lo que indica la intención del poder adjudicador de utilizar dichas características para evaluar y comparar las proposiciones, es decir, se trata de aspectos relativos a los criterios de adjudicación insertados en un documento contractual que, como taxativamente establece el mencionado artículo 68.3 del RGLCAP, “en ningún caso” puede incluirlos. Además de esta clara infracción del mandato legal de que los criterios de adjudicación se expongan exclusivamente en el PCAP y de la falta de transparencia que en todo caso supone obligar a los operadores económicos interesados en el contrato a hacer una tarea hermenéutica sobre el texto de ambos pliegos para conocer la voluntad del órgano de contratación, lo cierto es que la redacción elegida es especialmente confusa y contradictoria. Si



el PCAP divide el criterio “Valor técnico” en dos subcriterios distintos, uno relativo a los productos necesarios para la realización de la técnica y otro relacionado con los equipamientos, y a cada uno de ellos le atribuye una parte de la puntuación total del criterio, el PPT no solo no hace la misma distinción ni desglosa qué características se refieren a cada subcriterio, sino que habla únicamente de las “características adicionales” de los equipos (monitores) y para nada de los productos.

2) Sobre la regla de valoración del criterio de adjudicación “Valor técnico”

BAXTER critica que el criterio de adjudicación “Valor técnico” no es claro porque no explica qué se entiende por “suficiente”, “adecuada” o “preferente”. A juicio de este OARC / KEAO, el recurso confunde el requisito de que los criterios de adjudicación no confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (artículo 145.5 b) de la LCSP), es decir, de que contenga un fondo parcialmente reglado que limite la discrecionalidad del poder adjudicador para seleccionar la oferta más ventajosa y la exigencia de que el PCAP contenga necesariamente la regla de valoración del criterio sometido a juicio de valor. Por lo que se refiere a la primera cuestión, ya se ha señalado en el punto 1 anterior que el criterio “Valor técnico” no está correctamente delimitado desde el punto de vista sistemático y no es transparente. En cambio, la jurisprudencia europea ya ha establecido que no es exigible, de acuerdo con el Derecho de la Unión sobre contratación pública (ni tampoco según la LCSP, que lo incorpora a nuestro Ordenamiento) que los pliegos incluyan “el método de valoración aplicado por el poder adjudicador para evaluar y clasificar concretamente las ofertas” (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, así como las Resoluciones 107/2017 y 58/2018 del OARC / KEAO). Los términos que BAXTER considera poco claros no son, en realidad, un fondo parcialmente reglado del criterio, sino una regla de valoración de las proposiciones. Por ello, no habiendo obligación de establecer ninguna mención a las citadas reglas, no cabe aceptar la alegación de que la mencionada es insuficiente. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe rechazarse.



3) Sobre la fórmula de valoración del precio

BAXTER alega que, en contra de lo que exige el artículo 146.2 b) de la LCSP, no se ha justificado en el expediente la elección de la fórmula de valoración del precio, que considera condicional y de difícil comprensión; además, la fórmula contendría una contradicción, pues por un lado establece la inadmisión de ofertas con precios unitarios superiores al máximo y por otro les atribuye 0 puntos.

La apreciación de este OARC / KEAO debe comenzar por señalar que el propio órgano de contratación acepta el reproche de contradicción y falta de claridad cuando afirma que va a efectuar una corrección para eliminar el signo > de la fórmula. Tal y como indica el recurso, no puede ser que superar el precio unitario máximo suponga la exclusión de la oferta y, a la vez, que dicha oferta se valore con 0 puntos (lo que le permitiría continuar en el procedimiento y, en su caso, incluso resultar adjudicatario), y ésta es precisamente la anomalía que se pretende subsanar con la citada corrección. La actual redacción del criterio impugnado supone, entre otras cosas, su falta de transparencia, pues impide a los potenciales licitadores conocer los parámetros con los que se van a evaluar sus ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita); además, imposibilita su aplicación automática, sin margen de discrecionalidad o interpretación, propia de los criterios sujetos a evaluación mediante fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC / KEAO). Finalmente, es cierto que no se ha motivado expresamente la elección de la fórmula (es decir, por qué ésta y no otra), tal y como establece el artículo 146.2 b) de la LCSP, que añade una exigencia más específica a la necesidad general de justificar los criterios de adjudicación contenida en el artículo 116.4 c) de la LCSP.

d) Conclusión

La anulación de varias cláusulas de los pliegos referidas a aspectos procedimentales esenciales (plazo de presentación de proposiciones) o al



mismo objeto del contrato (determinación de las prescripciones técnicas) debe concluir en la anulación del PCAP y el PPT y la cancelación de la licitación; en particular, la anulación de un criterio de adjudicación conlleva en todo caso la cancelación del procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651).

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 la empresa BAXTER, S.L. contra los pliegos y el anuncio del contrato “Acuerdo Marco para el suministro de productos y equipamiento necesario para la realización de sesiones de hemodiálisis de la Osi Barrualde – Galdakao Esi”, tramitado por Osakidetza, en el sentido de:

- a) Anular las siguientes cláusulas y aquellas otras concordantes con ellas contenidas en los documentos contractuales:
 - el plazo de presentación de ofertas señalado en el apartado IV.3.4) del anuncio de la licitación.
 - el último párrafo del PPT, reproducido en el apartado b 1) del Fundamento jurídico octavo.
 - el apartado 22. A. de las Cláusulas Específicas del Contrato en lo que se refiere al criterio de adjudicación “Valoración técnica” y los epígrafes titulados “Características valorables” contenidos en el PPT.



- el apartado 22.B de las Cláusulas Específicas del Contrato en lo que se refiere a al criterio de adjudicación “Económica”.

b) Cancelar la licitación.

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

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

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé conocimiento al OARC / KEAO de 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko abenduaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de diciembre de 2018