



EB 2023/126

Resolución 196/2023, de 10 de noviembre, 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 interpuesto por la mercantil BIOGEN DIAGNÓSTICA, S.L. contra el “Acuerdo Marco para el suministro de diverso material sanitario para la OSI Barrualde-Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de junio de 2023 la mercantil BIOGEN DIAGNÓSTICA, S.L. (en lo sucesivo, BIOGEN o “La recurrente”) 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 contra el pliego de contratación del “Acuerdo Marco para el suministro de diverso material sanitario para la OSI Barrualde-Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 13 del mismo mes este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, 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 el día 16 de junio.

TERCERO: No constan en el expediente más interesados que la recurrente y el poder adjudicador.





CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 19/2023, de 21 de junio, la Titular del OARC / KEAO adoptó la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.M.J.A. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 b) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los acuerdos marco que tengan por objeto contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los pliegos de contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la consideración de poder adjudicador por su condición de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

En síntesis, los argumentos del recurso son los siguientes:

- a) El presente procedimiento se ha configurado como un Acuerdo Marco que, aunque se formalizaría con un único empresario, mantiene la configuración de este sistema de racionalización para la contratación. La LCSP establece en su artículo 219 que la duración del acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados y, sin embargo, en este procedimiento licitatorio se ha establecido una vigencia para el acuerdo marco de 3 años prorrogables por otros dos, esto es, una vigencia que podría alcanzar los 5 años y todo ello sin justificación alguna que pudiera permitir la excepcionalidad de su duración.
- b) Los criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor adolecen de falta de claridad. Es decir, no se encuentran definidos los aspectos que serán valorados, otorgando una excesiva discrecionalidad al órgano contratante y posibilitando una aplicación arbitraria de dichos criterios.
- c) Por otro lado, el criterio automático relativo a criterios sociales y que hace referencia al porcentaje de personas discapacitadas que la licitadora disponga en plantilla está configurado de forma que se refiere a una característica de la propia empresa y no al objeto del contrato
- d) Los criterios de adjudicación no han sido debidamente justificados, de conformidad con lo exigido por el artículo 116.4 LCSP. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en la presente licitación existe umbral eliminatorio por lo que la necesidad de justificación es más evidente, por lo que su ausencia conlleva a determinar la ilegalidad del clausulado de los pliegos.
- e) También existe una falta de justificación de la cláusula relativa a la oferta económica en lo referente a la limitación del número máximo de 2 decimales. Hay que tener en cuenta que la limitación a dos decimales conlleva una incidencia ingente en el precio final ofertado y, además, se señala que de



incluirse en la oferta decimales ocultos se procederá al redondeo de la cifra a 2 decimales sin especificar si será al alza o a la baja, generando oscurantismo. Asimismo, se aportan datos de otros procedimientos realizados en el Estado en los que se observa que la práctica habitual para este tipo de licitaciones es establecer precios unitarios de hasta 4 decimales. Por último, se indica que los reducidos importes unitarios de este tipo de productos conllevan que un pequeño cambio incida significativamente en los resultados de las empresas licitadoras.

f) Finalmente, se solicita se declare la nulidad o anulación del PCAP y del PPT.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) En cuanto al límite temporal previsto en el acuerdo marco y su falta de justificación, se indica que el órgano de contratación quiere formalizar un contrato derivado del acuerdo marco con una vigencia de 3 años que podrá prorrogarse por dos años, de forma que tanto el contrato inicial como la posible prórroga se formalizarán siempre dentro del plazo de 4 años establecidos como límite en el artículo 219.2 LCSP.

b) En lo que se refiere a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, hay que indicar que en el PCAP se establecen claramente los rangos de puntuación y la valoración que va a servir de base. Además, en el Anexo I del PPT se recogen el uso, los requisitos, características mínimas y los aspectos a valorar (entre los que se pueden encontrar o no elementos innovadores) de cada uno de los lotes objeto del expediente. En este sentido, se señala que la recurrente ha obviado este Anexo I por lo que el motivo de impugnación no ha de tenerse en cuenta.

c) Con respecto a la utilización del criterio social referido al porcentaje de personas discapacitadas que la licitadora disponga en plantilla, el órgano de contratación considera que incluir ese criterio es una forma de fomentar la



igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, además de implicar que la empresa no solo busca maximizar sus beneficios económicos, sino que también considera el impacto social de sus acciones.

d) En relación con la falta de justificación en la elección de los criterios de adjudicación, el órgano de contratación considera que los criterios elegidos no requieren de mayor concreción al ser evidente su razonabilidad.

e) En referencia a la falta de justificación de la cláusula relativa a la configuración de la oferta económica y su desproporcionalidad, debe señalarse que el órgano de contratación contestó negativamente a la recurrente sobre la posibilidad de realizar una oferta con más de dos decimales, por lo que no cabe hablar de ambigüedad u oscurantismo. Por otra parte, ha de indicarse que la Administración goza de una amplia discrecionalidad para establecer los precios límite y la recurrente no prueba que establecer tres o cuatro decimales fuera más correcto que los dos ya fijados.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, son varias las cuestiones impugnadas en el recurso cuya viabilidad se desarrolla a continuación:

a) Sobre el incumplimiento del límite temporal del Acuerdo Marco

La recurrente considera que la siguiente cláusula no se ajusta a derecho por exceder del límite temporal establecido en la LCSP y, por lo tanto, solicita su anulación:

- 6.- **VIGENCIA DEL ACUERDO MARCO: DURACIÓN DEL CONTRATO O PLAZO DE EJECUCIÓN Y PRÓRROGA.**
- 6.1.- **Duración total o plazo de ejecución total o fecha límite:** El presente acuerdo marco tendrá una vigencia de 3 años, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato, que tendrá la misma duración.
- 6.2.- **Fecha de inicio:** El día siguiente a la formalización del contrato derivado del Acuerdo Marco
- 6.3.- **Plazos parciales:** (no/sí, los plazos parciales de comienzo o terminación de las partes de la prestación son los que se indican a continuación:) **No**
- **Prestación:**
 - **Plazo:**
- 6.4.- **Prórroga del acuerdo marco y contratos:** (sí/no) **Sí** Duración de la prórroga: 2 años
- El acuerdo marco, podrá ser prorrogado antes de finalizar su vigencia por 2 años, sin que el plazo total, incluidas las prórrogas, pueda exceder de cinco años.
- La prórroga será obligatoria para el empresario siempre que su preaviso se produzca, al menos, con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del acuerdo marco o contrato.



A juicio de este OARC/KEAO no existe duda de que la cláusula impugnada infringe el límite temporal de vigencia para los acuerdos marco establecido en el artículo 219 LCSP y que es de cuatro años, por lo siguiente:

- 1) La literalidad de la cláusula establece que El acuerdo marco podrá ser prorrogado antes de finalizar su vigencia por 2 años, sin que el plazo total, incluidas las prórrogas, pueda exceder de cinco años, por lo que la infracción legal es evidente y no requiere de más explicaciones; por otro lado, no consta en el expediente justificación alguna sobre la excepcionalidad del caso que permitiese exceder de los 4 años legalmente establecidos.
 - 2) Este Órgano entiende por las explicaciones dadas en el informe de contestación al recurso que lo que el órgano de contratación pretendía era establecer el plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas, para el contrato basado, circunstancia perfectamente admisible por la legislación contractual (artículo 29.1 de la LCSP), pero que no ha sido correctamente reflejada en la cláusula impugnada.
 - 3) Por todo ello, se estima el motivo impugnatorio y la cláusula ha de ser anulada.
- b) Sobre la configuración y la determinación de los criterios de adjudicación por el poder adjudicador

La recurrente considera que la determinación y la ponderación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor pueden favorecer la arbitrariedad en su valoración. El análisis de la viabilidad del recurso debe partir del contenido de los pliegos cuya validez se impugna.



22.- CRITERIOS DE VALORACIÓN:

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: (sí/no) **No**

☐ Precio.

☐ Otro criterio basado en la rentabilidad:

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: (sí/no) **Si**

Para todos los lotes:

VALORACION	PUNTOS	UMBRAL MINIMO
Valoración Técnica	50	
TOTAL	50	25

Se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo. (Umbral Mínimo 25 puntos)

- **VALORACIÓN TÉCNICA 50 PUNTOS (Umbral Mínimo 25 puntos)**

En relación a este criterio se valorará la calidad técnica del producto y equipamiento ofertado de acuerdo con la siguiente puntuación:

PUNTOS	VALORACION
0 puntos EXCLUIDO	No es lo solicitado. No presenta muestras en caso de serle solicitada. No cumple los requisitos exigidos No presenta documentación técnica suficiente.
De 1 a 24 puntos	Técnicamente válido, pero de una calidad NO SUFICIENTE. Cumplimiento insuficiente de los aspectos a valorar
De 25 a 30 puntos	Calidad ADECUADA. Cumplimiento suficiente de los aspectos a valorar
De 31 a 50 puntos	Serán ofertas o productos PREFERENTES de una calidad EXCELENTE, por aportar elementos innovadores.

- 1) De forma preliminar, debe recordarse que este OARC / KEAO ha establecido que los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2002, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, y las Resoluciones 18, 99 y 133 de 2015 y 100 de 2016 del OARC / KEAO). En este sentido, el artículo 145 LCSP, en su apartado 5 letra b), establece que los criterios de adjudicación deben ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. En el presente supuesto, el criterio de adjudicación recurrido adolece de falta de transparencia, pues el potencial licitador no



conoce los aspectos de la oferta a los que dará relevancia la entidad adjudicadora y, como consecuencia de ello, no permiten una comparación objetiva ya que las ofertas pueden no ser homogéneas.

- 2) Centrándonos en el pliego que se impugna, se observa que el criterio de la valoración técnica, que tiene una ponderación de 50 puntos, es ciertamente insuficiente por sí solo para limitar la facultad del órgano de contratación para adjudicar libremente el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO), sin que el establecimiento de unos rangos de puntuación para cada categoría valorativa (No suficiente, adecuada o excelente) con solo una mención de los aspectos a valorar consistente en “aportar elementos innovadores” en la horquilla de puntuación excelente, resulte suficiente para poder ser aceptado. Además, no puede exigirse al licitador, tal y como pretende el poder adjudicador en su alegación al recurso, que deduzca de la descripción realizada que existe una remisión implícita a las características exigidas en el Anexo I del PPT, de forma que se entienda que ambos documentos, conjuntamente, constituyen un fondo parcialmente reglado del criterio que limita el margen discrecional de apreciación a la hora de aplicarlo. No hace falta decir que es perfectamente posible valorar el contenido técnico de las ofertas, pero para ello debe establecerse, aunque sea brevemente, qué aspectos del mismo van a ser merecedores de una alta valoración, es decir, debe indicarse qué características de las ofertas se van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 18/2015 y 45/2018 del OARC/KEAO).
- 3) Lo anteriormente explicitado tiene todavía mayor razón de ser, cuando, como es el caso, se establece un umbral mínimo eliminatorio que si no se supera supondrá la no continuación en el procedimiento, sistema que requiere, como ya tiene indicado este Órgano (ver, por ejemplo, la resolución 147/2019), extremar su formulación, adecuación y aplicación a los principios contractuales más arriba indicados. Por todo ello, el motivo de recurso ha de ser estimado.



c) Sobre el criterio automático del porcentaje de discapacitados en la plantilla de la empresa licitadora

La recurrente entiende que el criterio más abajo reproducido no se ajusta a derecho:

(...)

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas

(...)

• **CRITERIOS SOCIALES 2 PUNTOS**

Se valorará con un máximo de 2 puntos a las entidades licitadoras que dispongan en su plantilla de un determinado porcentaje de personas con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en con el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, valorándose este criterio conforme a lo siguiente:

- Por un porcentaje superior al 4%: **2 puntos**
- Por un porcentaje superior al 3% e inferior al 4%: **1 punto**

Adjuntar declaración de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

Al respecto, debe señalarse que lo valorable en este criterio automático de adjudicación es la mera disposición en plantilla de un determinado porcentaje de personas con discapacidad. El artículo 145.2. 1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras al fomento de la integración social de personas con discapacidad asignadas a la ejecución del contrato. Es claro que el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el porcentaje de discapacitados que se va a valorar no está ligado a la ejecución del contrato, sino que se refiere a la organización en general (ver, asimismo, en este sentido, el apartado 4.7 del documento Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2021/C 237/01); por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos



basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. Consecuentemente, debe ser estimado este motivo de impugnación.

d) Sobre la falta de justificación en la elección de los criterios de adjudicación

El recurrente alega la falta de justificación en la elección de los criterios de adjudicación.

- 1) Este Órgano ya ha señalado (ver su Resolución 215/2021) que la LCSP no exige que todas y cada una de las cláusulas de los pliegos esté debidamente justificada en el expediente; tal requerimiento solo es aplicable a los concretos supuestos en los que la Ley así lo pide expresamente (ver, en especial, el artículo 116.4 de la LCSP).
- 2) La memoria que da cumplimiento al mandato de los artículos 116.4 c) y 146.2 de la LCSP sobre justificación de los criterios de adjudicación en general, y de los sujetos a fórmula en particular, no especifica las razones de la elección de la Administración. No obstante, este Órgano ya ha señalado (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 166/2019 y 95/2019) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición y, además, se le ha dado la razón en la falta de transparencia del único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor.



e) Sobre la limitación a un máximo de dos decimales de los precios unitarios ofertados

BIOGEN considera que no existe justificación en el expediente para dicha limitación y que conlleva una gran incidencia en el precio final ofertado, atendiendo al número de unidades a suministrar. Por otro lado, en la cláusula no se especifica si el redondeo será al alza o la baja, en el caso de incluirse en la oferta más de dos decimales, generando, por tanto, oscuridad y ambigüedad a los licitadores. La cláusula debatida es la siguiente:

5.6.- Número máximo de decimales en oferta: Se admitirá un máximo de 2 decimales en el precio ofertado. El Excel con la oferta económica no puede tener decimales ocultos que puedan distorsionar la exactitud del resultado. En caso de que haya decimales ocultos en el Excel, se procederá a su redondeo y se tomará como precio unitario el importe redondeado a 2 decimales. Las cifras de importe total por material, por lote, e importe total será el resultante de aplicar los precios unitarios con 2 decimales al número de unidades previstas.

Tal y como señal la recurrente, la administración goza de discrecionalidad a la hora de configurar de la mejor forma para el interés general el modo en la que se han de cumplimentar las ofertas, sin que los licitadores puedan pretender imponer su parecer. A partir de este hecho, este Órgano no observa que exista infracción legal alguna en la elección y el establecimiento del número máximo de dos decimales para los precios unitarios a incluir en la oferta económica.

Por otro lado, tampoco cabe aceptar la alegación relativa a la ambigüedad u oscuridad de la cláusula porque no haga referencia a si el redondeo será al alza o la baja para el caso de que se presente una oferta con más de dos decimales. Y ello, porque la regla del redondeo es perfectamente conocida en el tráfico jurídico y mercantil, de forma que toda empresa acostumbrada a licitar conoce perfectamente que el tercer decimal será redondeado al segundo decimal al alza o a la baja en función de si su valor es de 5 o superior o 4 o inferior, respectivamente.

Finalmente, cabe indicar que no se puede pretender que los pliegos expliciten o recojan todos los aspectos de forma exhaustiva y menos, cuando son de general



conocimiento y pacífica aplicación. Por todo ello, el motivo impugnatorio debe desestimarse.

f) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en las letras anteriores, el recurso debe estimarse parcialmente, anulando las siguientes cláusulas específicas del PCAP:

- Cláusula 6 de las cláusulas específicas del PCAP en lo relativo a la duración de la vigencia del acuerdo marco.
- Cláusula 22.2.1 de las cláusulas específicas del PCAP relativa al criterio Valoración técnica.
- Cláusula 22.2.2 de las cláusulas específicas del PCAP relativa a criterios sociales.

Asimismo, debe ser anulada la licitación. Téngase en cuenta que la jurisprudencia del TJUE que ha declarado que en el caso de que se anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, no puede válidamente, sin violar los principios de igualdad de trato y de transparencia, continuar el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, apartado 94).

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 pública interpuesto por la mercantil BIOGEN DIAGNÓSTICA, S.L. contra el “Acuerdo Marco para el suministro de diverso material sanitario para la OSI BARRUALDE-GALDAKAO”, tramitado por Osakidetza, anulando los pliegos impugnados en los términos especificados en el apartado f) del Fundamento jurídico octavo de esta Resolución y cancelando la 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko azaroaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de noviembre de 2023