



EB 2019/157

Resolución 200/2019, de 25 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.U. contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de “Suministro de productos y puesta a disposición de equipos necesarios para realizar técnicas de inmunohematología y seguridad transfusional en la red hemoterápica de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de septiembre de 2019, la empresa ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.U. (en adelante, ORTHO) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación pública contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de “Suministro de productos y puesta a disposición de equipos necesarios para realizar técnicas de inmunohematología y seguridad transfusional en la red hemoterápica de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 17 de septiembre se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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). El expediente se ha remitido con fecha 25 de septiembre, y el informe del artículo 56.2 de la LCSP el día 22 de noviembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 27 de septiembre, el día 4 de octubre se han recibido las alegaciones de la empresa GRIFOLS NOVACO, S.A.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don R.B, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministros de valor estimado superior a los 100.000 euros.

TERCERO: El acto recurrido es exclusión de la oferta del procedimiento de adjudicación por no superar el umbral mínimo de calidad y la adjudicación del contrato (artículo 44.2 b) y c) de la LCSP).

CUARTO: El recurso ha sido 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 lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Los argumentos que, en síntesis, alega el recurrente son los siguientes:

a) La recurrente alega que la exclusión de su oferta por no alcanzar el umbral mínimo de puntuación en los criterios evaluables mediante juicios de valor resulta desproporcionada e injustificada así como contraria a los principios generales que rigen la contratación al restringir la concurrencia e igualdad de trato entre los licitadores si se tiene en cuenta que a la licitación únicamente han concurrido dos empresas y que es justificable otorgar dos puntos más a su oferta por las siguientes razones:



- En el criterio Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional las razones aducidas no justifican la puntuación, pues sólo atienden al número de equipos y no a las especificidades técnicas de los mismos.
- En el criterio Mayor número de columnas y parámetros en un mismo soporte, con control incorporado tanto en la tipificación de muestras convencionales como en las del recién nacido, si bien la recurrente oferta un 20% menos de columnas por tarjeta (6 frente a 8) recibe casi la mitad (un 40% menos) de los puntos (3 frente a 5).
- En el criterio Proyecto del sistema corporativo de seguridad transfusional de BBDD multicéntrico resulta desproporcionado que, considerando debidamente cumplidos por el Comité técnico 3,5 de los 6 criterios técnicos y un total de 6,5 de 24 criterios y limitándose a decir que el resto de criterios no han sido debidamente especificados, se atribuyan a la recurrente únicamente 2 de los 15 puntos posibles. Hubiera bastado la solicitud de alguna aclaración (apartado 14 de las condiciones generales del PCAP) para completar la información proporcionada en lugar de optar por la exclusión.

b) GRIFFOLS debió ser excluida de la licitación por incurrir en alguna de las causas de exclusión de la cláusula 14 de las condiciones generales del PCAP porque:

- Incluye documentos en el sobre C (referido a la oferta evaluable mediante juicios de valor) que debieron ser incorporados únicamente al sobre B (referido a la oferta evaluable mediante fórmulas).
- Incumple la exigencia del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) de que los equipos ofertados sean de última generación.



c) Invalidez del procedimiento de adjudicación por haberse efectuado la apertura de los sobres B y C a puerta cerrada, infringido la exigencia prevista en el PCAP y en la normativa de aplicación en lo referente a la apertura de las proposiciones de los licitadores en acto público.

d) La pretensión del recurso consiste en que se acuerde la anulación de la exclusión y de la adjudicación por ser contrarias a derecho y se acuerde (i) la admisión de la oferta de la recurrente, (ii) la exclusión de la oferta de GRIFOLS y (iii) la adjudicación del contrato a la recurrente.

SÉPTIMO: GRIFOLS MOVACO, S.A. (en adelante, GRIFOLS), adjudicatario impugnado, se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El órgano de contratación ha hecho uso de la discrecionalidad técnica de la que dispone para la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor para (i) otorgar una inferior puntuación a ORTHO en el criterio de adjudicación Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional, (ii) para valorar sin decimales, que es el criterio general seguido en el informe de evaluación, el criterio Mayor número de columnas y parámetros en un mismo soporte, con control incorporado tanto en la tipificación de muestras convencionales como en las del recién nacido y (iii) para valorar el criterio Proyecto del sistema corporativo de seguridad transfusional de BBDD multicéntrico. En relación con este último, la recurrente pretende automatizar la valoración y no justifica que la evaluación haya incurrido en error patente, ni que carezca de toda lógica o sea arbitraria.

b) La cláusula 24 del PCAP prevé como causa de exclusión la inclusión de documentos dentro de un sobre diferente al indicado, supuesto que no concurre en la oferta de GRIFOLS, pues se trata de informaciones de carácter técnico que se valoran de dos formas distintas y con criterios distintos; en un caso conforme a criterios automáticos y en el otro conforme a juicios de valor.



Además, GRIFOLS ha acatado lo dispuesto en los pliegos en cuanto a la presentación de la oferta.

c) Los equipos presentados por GRIFOLS pueden ser considerados de última generación, ya que contienen los últimos desarrollos de software y cumplen con la funcionalidad exigida en el PPT de que tengan Capacidad de realizar las tareas técnicas del Anexo II.

d) En los procedimientos de licitación tramitados por medios electrónicos la apertura de los sobres no se realiza en acto público (artículo 157.4 de la LCSP e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 6/2018).

OCTAVO: El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) Respecto a la impugnación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor:

- La oferta de GRIFOLS es claramente superior en el criterio de adjudicación Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional, ya que dispone de 3 equipos frente a los 2 de ORTHO, desentendiéndose del razonamiento justificativo de la capacidad y seguridad en caso de incidencias.
- En el criterio Mayor número de columnas y parámetros, ORTHO pretende aplicar como argumento un criterio de proporcionalidad a la valoración, lo que afectaría a la discrecionalidad de la puntuación.
- En el criterio Proyecto de sistema corporativo de seguridad el informe de evaluación realiza una valoración exhaustiva de la documentación aportada, siendo ésta inadecuada e inespecífica. Se pretende aplicar una regla de valoración proporcional a lo que es una valoración sujeta a juicios de valor.



b) La documentación aportada por GRIFOLS es la memoria técnica es absolutamente necesaria para realizar una valoración de los requisitos exigidos en el PBT y los aspectos argumentados por la recurrente no permiten relacionar directamente la información aportada con los puntos a valorar en los criterios sometidos a fórmulas.

c) El PBT señala que los equipos analíticos deberán ser de última generación, con capacidad de realizar las técnicas mencionadas en el Anexo II, por ello, la clave se encuentra en la capacidad de realizar las técnicas objeto del contrato.

NOVENO: Se analizará en primer lugar la exclusión de ORTHO por no alcanzar el umbral mínimo de 20 puntos sobre 40 posibles en los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor y posteriormente la admisibilidad de la proposición de GRIFOLS; no obstante, incluso en el caso de que se concluya que la exclusión ha sido ajustada a derecho, ello no disculpará del estudio del segundo motivo, pues este OARC / KEAO ya ha señalado la legitimación activa del licitador excluido sin carácter firme para sostener una impugnación de cuyo éxito se pueda derivar la declaración de desierto de la licitación y el probable inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación con el mismo objeto al que podría presentar una nueva proposición (ver, por todas, la Resolución 117/2018).

Las apreciaciones de este Órgano deben partir del contenido de los puntos 22.2.1 y 24.3 de las cláusulas específicas del PCAP y el apartado 6.3 del PPT, relevantes para el caso y que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma.

PLIEGO DE CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: Sí

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Sí



JUICIOS DE VALOR 40 puntos

Umbral Mínimo en este apartado 20 puntos

Las ofertas deberán superar este umbral para continuar en el proceso de licitación. Se valorarán, con carácter previo, los criterios de valoración en los que se haya establecido un umbral mínimo de puntuación. El umbral mínimo se evaluará sobre los tres criterios expuestos a continuación CRITERIOS DE VALORACIÓN TECNICA LOTE 1

EQUIPOS (11 PUNTOS)

- Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional (Hasta 3 Puntos)
- Ausencia de material fungible asociado al equipo (puntas desechables, placas, cubetas de predilución) (Hasta 2 puntos)
- Posibilidad de reaprovechamiento de tarjetas parcialmente usadas sin límite de tiempo para todos los equipos ofertados (Hasta 2 puntos)
- Frecuencia del mantenimiento de los equipos (Hasta 2 puntos)
- Posibilidad de que los racks y la estación de carga de muestras de los equipos sean universales para todo tipo de tubos de muestra en adultos, diámetros y pruebas. (Hasta 2 puntos.)

REACTIVOS (9. PUNTOS)

- Mayor número de columnas y parámetros en un mismo soporte, con control incorporado tanto en la tipificación de muestras. convencionales como en las del recién nacido. (Hasta 5 puntos)
- Disponibilidad de diluyente único para todas las técnicas manuales y automatizadas (Hasta 2 puntos)
- Posibilidad de realizar estudios de fenotipo extendido para casos complejos, en técnica inmunocromatográfica y que no presenten interferencias significativas por Coombs directo. (Hasta 2 Puntos)

SISTEMA DE SEGURIDAD TRANSFUSIONAL (20 PUNTOS)

- Proyecto del sistema corporativo de seguridad transfusional de BBDD multicéntrico ofertado (Hasta 15 Puntos)
- Información detallada sobre la trazabilidad del proceso transfusional (Hasta 3 Puntos)
- Seguridad del cierre del sistema de identificación transfusional (Hasta 2 Puntos)

PUNTUACIÓN JUICIOS DE VALOR LOTE 1

Concepto	Puntuación
1. Equipos	11
2 Reactivos	9
3 Sistema de seguridad transfusional	20
Total	40



Será de obligado cumplimiento, por parte de los licitadores, la identificación de forma clara y concisa donde se localizan los criterios objeto de valoración ofertados por los licitadores en su documentación técnica.

En caso de no encontrar evidencia del mismo se valorara con cero puntos.

La información que debe contener el sobre C y que será la evaluable conforme a juicios de valor se describe en la siguiente cláusula específica:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE.

24.3.- SOBRE C: OFERTA PARA CUYA EVALUACIÓN SE REQUIERE EFECTUAR UN JUICIO DE VALOR: Si

Ver punto 6 del Pliego de Prescripciones técnicas. Es recomendable que la documentación que se presente esté adecuadamente archivada y ordenada, teniendo en cuenta y siguiendo el sistema de puntuación establecido y acompañada de un índice temático al objeto de facilitar la revisión de las propuestas y agilizar el proceso de valoración de las mismas.

Se podrá, asimismo, incorporar otra documentación sobre características no requeridas, con objeto de cumplimentar un mejor conocimiento de la oferta presentada. Estas deberán ser recogidas en un capítulo aparte consignando como "otra documentación incorporada".

Aparte de la documentación requerida en el presente pliego se cumplimentará el Cuadro de Ofertas Técnicas que deberá descargarse del perfil del contratante, donde se especificarán el nombre comercial, cada una de las referencias que se oferten y presentación.

Por su parte, la cláusula 6 del PPT, a la que se remite la cláusula específica, describe el contenido de la oferta a presentar por los licitadores y que será objeto de valoración en los siguientes términos:

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

6.3. - Sistema de seguridad transfusional

- Deberán explicitarse los medios propuestos para la realización de todas las obligaciones recogidas en el Anexo III de este Pliego relativo al Desarrollo Informático.
- La planificación, organización del servicio, soporte de usuarios y niveles de acuerdo de servicio a partir del modelo basado en brazaletes identificativos (CIC de Osakidetza), dispositivos lectores así como la existencia de arquitectura multicentro localizada en SSCC.
- La solución de hardware requerida durante el período de vigencia del contrato a adoptar. En este sentido se seguirán las instrucciones suministradas por Osakidetza en relación a los dispositivos a utilizar en la asistencia cotidiana (PDAs, Tabletas, etc.).



- La estrategia de integración con los sistemas de información existentes, y planificación de las necesidades de integración con otros elementos utilizados en la asistencia cotidiana de hospitalización

Las apreciaciones del OARC/KEAO sobre las cuestiones planteadas son las que a continuación se exponen.

- a) Sobre la discrecionalidad y la motivación en la evaluación de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor en los que consten umbrales eliminatorios

En relación con la discrecionalidad técnica, el OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido, la Resolución 60/2019) que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto al fondo parcialmente reglado del criterio así como a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado núcleo material de la decisión (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus aledaños, que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043).

Por lo que se refiere a la adecuada motivación en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (una de cuyas funciones es precisamente facilitar el control de legalidad de la adjudicación a los operadores jurídicos, como es el caso del OARC / KEAO), debe partirse de la



doctrina de este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 48/2017 y 82/2017) que señala que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto. Los elementos básicos de dicha motivación son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia, con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto

En este caso concreto deben, además, tenerse en cuenta dos circunstancias relevantes. La primera de ellas es que los criterios de adjudicación cuya aplicación se debate tienen un umbral eliminatorio, debiendo obtener las empresas licitadoras al menos 20 puntos para continuar en el procedimiento de adjudicación. Dado que una puntuación inferior a esa cuantía supone la exclusión de la oferta sin que ni siquiera se valoren los criterios sujetos a fórmulas (entre ellos, el precio), la necesidad de que la discrecionalidad sea correctamente ejercida es especialmente importante, ya que el perjuicio derivado de una hipotética aplicación inadecuada en el criterio debatido no podría, en su caso, ser compensado por la puntuación otorgada en otros criterios, de modo que el licitador perjudicado pudiera incluso llegar a obtener finalmente el contrato. La segunda es que la descripción de la documentación a presentar en la oferta que será la valorable conforme a los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor se halla detallada, si bien de forma asistemática, en diversas cláusulas del PPT, por lo que la información contenida en ambos documentos constituye, conjuntamente, un fondo parcialmente reglado del criterio que limita el margen discrecional de apreciación a la hora de aplicarlo.



b) Sobre la valoración de la oferta de ORTHO

Aplicados los parámetros de enjuiciamiento de la actividad discrecional del poder adjudicador señalados en el apartado anterior a éste a los argumentos de la recurrente sobre la valoración de los tres criterios de adjudicación impugnados, las apreciaciones del OARC/KEAO al respecto son las siguientes:

- 1) La puntuación asignada a ORTHO en el criterio de adjudicación Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional se basa en que oferta dos equipos para los Hospitales de Cruces y Donosti frente a los tres ofertados por GRIFOLS. Conforme a lo expresado en el criterio de adjudicación lo valorable no es el número de equipos ofertados sino la disponibilidad de equipos con distintas capacidades según el volumen transfusional. De ello se desprende que lo relevante para el poder adjudicador es disponer de equipos con diversas capacidades por lo que, por ejemplo, la disponibilidad de equipos con la misma capacidad no sería una oferta con una ventaja a valorar. La motivación del evaluador únicamente se centra en el número de equipos, que se justifica en que se aumenta la capacidad y la seguridad, pero no efectúa ninguna consideración acerca de las distintas capacidades de los distintos equipos ofertados, que es lo que de la formulación del criterio de adjudicación se deduce que es lo valorable, por lo que no se respeta el fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación.
- 2) En lo que respecta al criterio de adjudicación Mayor número de columnas y parámetros en un mismo soporte, con control incorporado tanto en la tipificación de muestras convencionales como en las del recién nacido, la motivación de la mejor puntuación atribuida a GRIFOLS se basa, además de ofrecer un mayor número de columnas, en que éstas optimizan el análisis en el caso de las tarjetas de tipaje Rh-Kell y del tipaje del recién nacido. No nos hallamos ante un criterio automático por lo que el evaluador no está obligado a seguir ninguna regla de proporcionalidad siempre que se



justifique, como lo ha hecho en este caso, la razón a la que obedece la diferencia en la puntuación. Téngase en cuenta que siempre que la regla o sistema de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor no se haya expresado en los pliegos de la licitación los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (ver, en este sentido la Resolución 11/2019 del OARC / KEAO y la jurisprudencia del TJUE en ella citada).

- 3) Para evaluar el criterio de adjudicación Proyecto del sistema corporativo de seguridad transfusional de BBDD multicéntrico, el informe examina si la propuesta contiene los requerimientos técnicos mínimos que satisfacen el interés general que la prestación persigue, que son los exigidos en la cláusula 2.3 del Anexo I del PPT, así como si explicita los medios propuestos para la realización de todas las obligaciones recogidas en el Anexo III del PPT, información que se debe incluir en la oferta conforme a lo dispuesto en la cláusula específica 24 del PCAP en relación con la 6.3 del PPT. El resultado de todo ello es que, tal y como afirma el informe de valoración, no da respuesta a los requisitos exigibles en el pliego de bases técnicas. Se debe tener en cuenta que lo que se valora es un proyecto ofertado por el licitador y que las prescripciones señaladas en el PPT, por debajo de las cuales el poder adjudicador no desea obligarse contractualmente, están formuladas en términos de exigencias funcionales que el licitador debe ofertar (la oferta del sistema de seguridad transfusional deberá incluir ..., el sistema de seguridad transfusional incluirá todas las etapas del proceso..., os licitadores incluirán en su oferta los datos de sensibilidad y especificidad, deberán explicitarse los medios propuestos para la realización de todas las obligaciones recogidas en el Anexo III...). No se puede negar que la información que se exige que los licitadores incluyan en su oferta figura dispersa de forma asistemática en diversas cláusulas de los pliegos administrativos y de prescripciones técnicas, pero una vez aceptados



estos documentos por la licitadora únicamente cabe estar a lo establecido en ellos. En este sentido, la cláusula 6 del PPT exige que toda la documentación relacionada en la misma, entre la que se encuentra la referida a los medios propuestos para todas las obligaciones del Anexo III del PPT, que es donde se detallan las prescripciones técnicas relativas al desarrollo informático agrupados en doce apartados, se aporte en la oferta que efectúen los licitadores. Consecuentemente, la omisión en la oferta aportada por la recurrente de gran parte de esta información justifica la ponderación atribuida por el órgano evaluador a la recurrente en este criterio de adjudicación. En este contexto, no cabe integrar esta ausencia de información mediante la concesión de un trámite de aclaración, pues ello significaría, en realidad, dar una oportunidad de reelaborar la oferta, lo que no es posible en un procedimiento de adjudicación abierto (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122, apartado 52, y la Resolución 153/2018 del OARC / KEAO).

- 4) En relación con las alegaciones efectuadas por la recurrente sobre la restricción indebida a la libre competencia que supone el establecer un umbral mínimo a superar en los criterios sujetos a un juicio de valor habida cuenta de que únicamente se han presentado dos ofertas al contrato en cuestión permaneciendo sólo una en el procedimiento, cabe señalar que el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/2016 ECLI:EU:C:2018:752, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Órgano, en el apartado segundo de su parte dispositiva ha manifestado que El artículo 66 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas



de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes. Argumenta el TJUE que la necesidad de garantizar una competencia real hasta la fase final del procedimiento no concierne a los procedimientos abiertos ya que las únicas ofertas que el poder adjudicador está autorizado a excluir de la evaluación basada en el precio son las ofertas que no cumplen los requisitos mínimos de la evaluación técnica y, por tanto, no satisfacen las necesidades del poder adjudicador y que esta manera de actuar no pretende limitar el número de ofertas sometidas a la evaluación basada en el precio, ya que, en principio, todas las ofertas presentadas pueden cumplir esos requisitos mínimos (apartados 37 y 43).

c) Sobre los incumplimientos de la oferta de GRIFOLS

Son dos los reproches que efectúa la recurrente a la oferta de GRIFOLS para pedir su exclusión:

c2) Sobre la infracción del secreto de la oferta

Afirma la recurrente que determinada información a evaluar mediante criterios de adjudicación sujetos a fórmulas ha sido incorporada al sobre que contiene la información sobre la oferta a evaluar conforme a juicios de valor. La adjudicataria impugnada no niega que ello sea así, sino que alega en su defensa en primer lugar que, conforme a los pliegos, la causa de exclusión es la inclusión de documentos en sobre distinto, no la inclusión de información que puede ser evaluada de dos formas distintas y con criterios distintos y, en segundo lugar, que es una información que debía incluirse en la memoria técnica (cláusula 6 del PPT). El análisis de este motivo impugnatorio debe partir de lo que previamente ha manifestado este Órgano sobre la finalidad y alcance de la valoración separada para, a continuación, analizar si caben aceptar las alegaciones de la recurrente.



c.2.1) Doctrina general sobre la finalidad y el alcance de la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 101/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido, la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el



órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o la que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la aportada resulta irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

c.2.2) Sobre la oferta de GRIFOLS

El adjudicatario impugnado no niega que determinada información evaluable conforme a criterios sujetos a fórmula se haya incluido en el sobre que debía contener la información cuantificable mediante juicios de valor. Ninguna de las dos alegaciones que realiza en su defensa puede ser aceptada. Considera que la causa de rechazo que consta en la cláusula 14.1 a) de las Condiciones Generales de PCAP consiste en la incorporación de un documento a un sobre distinto del señalado, no de información. Esta interpretación no puede ser aceptada por la sencilla razón de que un escrito en que consten datos es un “documento” y, en este sentido, la información a evaluar automáticamente que consta en la memoria técnica necesariamente se halla incorporada a un documento que es oferta contractual. Tampoco es relevante que la información no se halle individualizada o diferenciada, porque lo determinante es que conste y que el evaluador, que debe analizar el documento en su totalidad, pueda llegar a conocerla. En cualquier caso, dejando de lado cualquier interpretación formalista o rigorista del término “documento” y, por consiguiente de la mencionada cláusula, la finalidad de la evaluación separada y diferenciada de los criterios de adjudicación es que no se adelante información que pueda comprometer el juicio del órgano evaluador, sin que sea necesario probar que se ha conculcado la debida objetividad, y ello se establece como una garantía del procedimiento en orden a preservar el principio de igualdad de trato entre los licitadores. En concreto, la información a evaluar el criterio automático Disponibilidad de equipos con capacidad de carga de tarjetas en cada analizador superior a 300 en laboratorios de nodo principal (Cruces, HUA, Donosti, Basurto y Galdakao, ponderado en 4 puntos, se incorpora a la página 59 (apartado 3.2) de la memoria técnica , la información del criterio automático Disponibilidad de un



especialista dedicado con domiciliación en el País Vasco que apoye al personal del centro en la puesta en marcha de técnicas, configuración de los sistemas y formación del personal, se halla en la página 145 (apartado 7) de la Memoria técnica, y la información a evaluar en el criterio automático Disponibilidad de dos reactivos diferentes para el escrutinio de anticuerpos irregulares con hematíes de diferente procedencia o donante, se ha incorporado a la página 21 (apartado 2.3) de la memoria técnica. Consecuentemente, el motivo de recurso debe ser estimado porque la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor pudo verse comprometida por el conocimiento de la información necesaria para calcular el resultado de los criterios sujetos a fórmula, sin que sea necesaria una prueba efectiva de dicha contaminación.

Tampoco se aprecia que los pliegos del contrato hayan llevado al licitador a confeccionar una oferta en la que deba incluir dicha información en el sobre en el que debe aportarse la evaluable conforme a juicios de valor, pues no hay mención expresa a que ello deba ser así. Además, siendo la información que se requiere para su valoración de forma automática tan concreta y precisa (doble tubo simultáneo en el equipo, capacidad de carga de las tarjetas en cada analizador superior a 300, dos reactivos diferentes, especialista con domiciliación en el País Vasco ...), nada obsta a poder elaborar una memoria técnica que no la incluya o que contenga remisiones a la información obrante en el sobre B.

c3) Sobre el incumplimiento de una prescripción técnica

Alega la recurrente que los equipos ofertados por GRIFOLS no son de última generación, ya que el equipo “Wadiana” fue lanzado en el año 1999 y el equipo “Erytra” hace 9 años. Esta alegación debe ser desestimada ya que no es infrecuente encontrar en el mercado bienes y productos que a lo largo de los años van incorporando a través de versiones las últimas novedades tecnológicas (ver, en este sentido, la Resolución 152/2019 del OARC / KEAO). En este sentido, la adjudicataria impugnada afirma que los equipos están sometidos a un mantenimiento evolutivo y que las versiones de software



instaladas en los equipos ofertados están actualizadas a las últimas versiones disponibles que son del año 2019.

d) Sobre las infracciones del procedimiento de adjudicación

Alega el recurrente que se debe invalidar el procedimiento de adjudicación porque no se ha procedido a la apertura en acto público de los sobres B y C. Esta alegación debe ser desestimada, ya que la cláusula específica 20.4 del PCAP establece que la tramitación del procedimiento de adjudicación se efectuará por medios electrónicos. A este respecto, el artículo 157.4 de la LCSP prevé como excepción a la apertura de la oferta económica en acto público el que en la licitación se utilicen medios electrónicos, como en el contrato que nos ocupa.

e) Conclusión

Si bien se aprecia desviación en la motivación del criterio de adjudicación Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional, la estimación de este argumento impugnatorio no conlleva la admisión de la oferta de la licitadora al procedimiento de adjudicación, pues ello conllevaría en el mejor de los casos a la atribución de un punto adicional (que es la petición de la recurrente) sin que, aun así, llegara al umbral mínimo exigido en los pliegos para permanecer en el procedimiento. A este respecto, este OARC / KEAO en sus Resoluciones 028/2012 y 008/2014 ya manifestó que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo. En consecuencia, el recurso debe ser estimado parcialmente ya que, si bien se desestima la pretensión de la recurrente de que se anule la exclusión de su oferta, debe ser estimada la pretensión de que la oferta de GRIFOLS sea excluida por haber incorporado información a evaluar conforme a fórmulas en el sobre al que se debe incorporar la valorable conforme a juicios de valor. Esta conclusión es congruente con la pretensión, pues conlleva la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación y la



probable convocatoria de una nueva licitación a la que ORTHO podría presentar una nueva proposición.

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 ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS SPAIN, S.L.U. contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de “Suministro de productos y puesta a disposición de equipos necesarios para realizar técnicas de inmunohematología y seguridad transfusional en la red hemoterápica de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza en el sentido de:

- a) Confirmar la exclusión de la oferta de ORTHO.
- b) Excluir la oferta de GRIFOLS y anular la adjudicación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento



CUARTO: 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.

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, 2019ko azaroaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de noviembre de 2019