



EB 2017/041

Resolución 049/2017, de 18 de abril de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CATHMEDICAL CARDIOVASCULAR, S.A. contra la adjudicación del Lote 83 del acuerdo marco de “Suministro de material fungible para hemodinámica diagnóstica y terapéutica”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud - Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de marzo de 2017 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC – KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CATHMEDICAL CARDIOVASCULAR, S.A. contra la adjudicación del Lote 83 del acuerdo marco de “Suministro de material fungible para hemodinámica diagnóstica y terapéutica”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud - Osakidetza (en adelante, OSAKIDETZA).

SEGUNDO: Con fecha 13 de marzo de 2017 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales entraron en el registro del OARC/KEAO el 15 de marzo de 2017.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados en el procedimiento el día 17 de marzo de 2017, no se han recibido de empresa alguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente, pues la potencial estimación del recurso le aporta un beneficio tangible, y la representación de don L. G.V. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1.a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial, los acuerdo marco sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) El Pliego de Prescripciones Técnica (en adelante, PPT), en relación con el producto del lote 83 (conector en Y con dispositivo hemostático) únicamente exigía dos requisitos: estanqueidad del dispositivo hemostático y la facilidad de apertura y cierre.

b) El producto ofertado por la recurrente (YNP) es igual al ofertado por la adjudicataria (YNP20) a excepción de que el segundo añade una alargadera de 20 cm, que no era requerido por las bases de la licitación, por lo que no se entiende que el primer producto no supere el umbral mínimo de puntuación, quedando excluida del procedimiento de adjudicación, y la segunda, por el contrario, resulte la adjudicataria del contrato.



c) La recurrente también dispone del producto YNP20 aunque no lo ofertó ya que, aunque fuera una variante a considerar, las especificaciones mínimas del PPT no lo requerían. Si el poder adjudicador consideraba tan importante la “alargadera”, debía haber incluido esta circunstancia en el PPT. De otra manera, obliga a las empresas a que “imaginen” que esa característica es interesante.

d) El recurrente solicita saber si el resto de ofertas que han pasado el umbral mínimo de valoración establecido en los pliegos del contrato y, por lo tanto, admitidas al Lote 83, llevan alargadera, que es el motivo por el que se ha desestimado la oferta.

e) La pretensión del recurso es la de la anulación de la adjudicación del Lote 83.

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

a) En la cláusula 4.2 del PPT se contempla la posibilidad de ofertar variantes, de la que no hizo uso el recurrente.

b) Figura como documento anexo al informe del poder adjudicador un informe de fecha 11 de marzo de 2017, suscrito por el Jefe de Sección de Hemodinámica del Hospital Universitario de Álava, en la que se afirma, entre otras cuestiones que (i) el material ofertado por la recurrente se ha considerado inadecuado porque resulta excesivamente rígido al conectarse al catéter y a la línea de presión e inyección de contraste, imponiendo al conjunto torsiones inadecuadas y una pérdida de la coaxialidad del material empleado; (ii) se reconoce que el producto ofertado por la recurrente está fabricado por la misma empresa que el ofertado por LOGSA pero son dos referencias distintas del fabricante que, muy importante, difieren en que el adjudicado a LOGSA dispone de una alargadera lateral de 20 cm y (iii) en la descripción del lote no



se hizo referencia expresa a la necesidad de una alargadera lateral en la pieza en Y con cierre hemostático, como tampoco se hizo a que el cierre fuera automático o de rosca, lo que no impide que se haya valorado su utilidad o manejabilidad ya que lo que se pide no es que cumplan unos requisitos mínimos, sino que el material adjudicado cumpla con las expectativas del equipo médico.

c) La recurrente, como empresa dedicada al sector sanitario, posee un conocimiento del mismo y de las técnicas y productos, suficiente como para poder ofertar lo que realmente corresponda.

OCTAVO: El recurrente critica su exclusión pues alega que ha ofertado un producto que se ajusta a las prescripciones técnicas solicitadas y que difiere únicamente del ofertado por LOGSA, cuya oferta ha sido seleccionada, en que éste dispone de una alargadera, que no es una prescripción solicitada en los pliegos.

Las prescripciones técnicas exigidas por el PPT para los productos del lote 83 son:

Nº LOTE	DENOMINACIÓN
83	CONECTOR EN Y CON DISPOSITIVO HEMOSTÁTICO
Aspectos a Valorar	- Estanqueidad del dispositivo hemostático. - Facilidad de apertura y cierre.

Por su parte, el punto 30.2.a) del PCAP dispone que las ofertas se valorarán de la siguiente forma:

«a) Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor:



RELACIÓN DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	PUNTOS MÁXIMOS	UMBRAL MÍNIMO
1 – VALORACIÓN TÉCNICA	50	25

La valoración técnica se realizará sobre la documentación técnica y/o muestras correspondientes a los artículos objeto de licitación, de acuerdo con las siguientes puntuaciones:

VALORACIÓN	
EXCLUIDO	No es lo solicitado. No cumple requisitos. No presenta muestras.
15	Insuficiente
25	Suficiente
35	Bueno
45	Excelente
50	Ofrece ventajas

Las ofertas que no alcancen el 50% (25 puntos) del valor técnico (50 puntos), quedarán excluidas de la fase *Criterios de Valoración por Aplicación de Fórmula.*»

Los motivos en los que se basa la exclusión de la oferta de la recurrente y la selección de la de LOGSA figuran en el correo electrónico enviado por el poder adjudicador a la recurrente con fecha 7 de marzo de 2017 y son que «Esta característica (la alargadera) es para nosotros muy importante, ya que al conectar la línea del inyector automático a una llave rígida sin alargadera como la que ofreció Cathmédical se altera la alineación del catéter guía y se imprime una tensión a éste y al material introducido a su través que dificulta notablemente el manejo durante la angioplastia coronaria y hace además inevitable el catéter guía, más todavía si el procedimiento se realiza por la arteria radial, como frecuentemente efectuamos. Hemos desestimado este material en concreto por este motivo, y sin embargo admitido el ofertado por Logsa y otros similares que aportaban la mejora de una alargadera flexible incorporada en el sistema.»



De lo expresado en dicho correo electrónico, así como de lo alegado por las partes, tanto en el recurso como en el informe del poder adjudicador, se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) La empresa recurrente presenta el producto YNP y la empresa LOGSA, cuyo producto ha sido seleccionado, el YNP20, ambos fabricados por la empresa LEPU Medical Technology.
- b) El producto YNP20 supone el añadido de una línea lateral de 20 cm, característica que no es requerida por los pliegos (punto segundo del correo electrónico remitido por el poder adjudicador al recurrente).
- c) Los dos productos están fabricados por el mismo fabricante, si bien difieren por la presencia de una alargadera de 20 cm que ha sido la adjudicada en el concurso (punto tercero del correo electrónico).
- d) La alargadera se asocia al manejo del producto (punto tercero del correo electrónico).

Sobre la discrecionalidad técnica en la emisión de informes, este Órgano Resolutorio ha manifestado en numerosas ocasiones (por ejemplo, en la Resolución 113/2016) que «en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 - , 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues



acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

No es correcta la postura del poder adjudicador que motiva la puntuación del criterio denominado “Valoración técnica” en aspectos relativos a la alargadera cuando esta característica no figura entre las especificaciones técnicas del producto solicitadas y que son las únicas a valorar según se especifica expresamente en el PPT y que se refieren a la estanqueidad del dispositivo hemostático y a la facilidad de apertura y cierre. Si la alargadera era una prescripción básica para discriminar unas ofertas de otras, debió de figurar en el PPT. Con su forma de proceder el poder adjudicador ha sobrepasado uno de los límites que constriñen el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica, como es que la valoración debe respetar el fondo parcialmente reglado que se contiene en la descripción del lote. Se debió valorar el producto respecto a estas dos prescripciones técnicas, no sobre otras no solicitadas. En este sentido, se puede afirmar que no hay correlación entre la motivación de la puntuación del criterio y las prescripciones técnicas solicitadas en el PPT y definidas como características del producto a valorar pues, sobre la base de una prescripción no solicitada y no valorable se selecciona un producto y se rechaza otro. Esta infracción es especialmente reprochable cuando se establece un umbral mínimo de puntuación cuya no superación significa la exclusión del procedimiento de adjudicación.

En este punto se debe recordar el principio de transparencia, rector de la contratación pública, invocado por este OARC / KEAO en diversas Resoluciones como la 006/2016 donde se afirma que este principio « (...) tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el



anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111). En particular, implica la obligación de que los licitadores, incluso potenciales, se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada).»

Por todas estas razones el recurso debe ser estimado.

NOVENO: El acto impugnado es la resolución de adjudicación que da a conocer tanto la puntuación en el criterio “Valoración técnica”, que incluye tanto los motivos de exclusión como la puntuación obtenida por los licitadores admitidos en los “Criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”. La estimación del recurso conlleva la anulación de la adjudicación y, en principio, supondría la retroacción del procedimiento para la emisión de un nuevo informe de valoración. No obstante, una nueva valoración, ajustada a las especificaciones técnicas solicitadas, solo podría realizarse siendo ya conocidos todos los elementos de las ofertas, tanto los referidos a los criterios sujetos a juicio de valor como el que afecta al criterio “Precio”, calculado mediante la mera aplicación de una fórmula, de modo que la objetividad en la valoración y el tratamiento igualitario entre los licitadores que se pretende preservar mediante la evaluación separada de ambos tipos de criterios que establece el artículo 150.2 TRLCSP no podrían ya garantizarse. Consecuentemente, la anulación de la adjudicación conlleva su extensión a todo el procedimiento de adjudicación por el hecho de que no es posible la retroacción (ver, en este sentido, las Resoluciones 008/2016 y 011/2016 de este OARC / KEAO), lo cual supone la cancelación de la licitación. Téngase en cuenta que no cancelar la licitación por el mero hecho de que la pretensión se refiera formalmente a la anulación de la adjudicación conllevaría la confirmación de un procedimiento ilegal, sin cumplimiento de las debidas



garantías de transparencia y de no discriminación, lo cual es contrario al sistema de revisión de decisiones en materia de contratos públicos.

La conclusión a todo lo expuesto es que no cabe la retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de valoración por lo que debe cancelarse la licitación del lote 83.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CATHMEDICAL CARDIOVASCULAR, S.A. contra la adjudicación del Lote 83 del acuerdo marco de “Suministro de material fungible para hemodinámica diagnóstica y terapéutica”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud - Osakidetza, anulando la adjudicación del lote 83 y cancelando su licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión definitiva del procedimiento.

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

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ)



en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko apirilaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de abril de 2017