



EB 2018/035

Resolución 057/2018, de 8 de mayo 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 FILSAT MEDICAL, S.L.N.E. contra la adjudicación del contrato “Suministro de un microscopio y un láser quirúrgico de CO2 para quirófano de ORL para Urduliz Ospitalea” (lote 2), tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de marzo de 2018, la empresa FILSAT MEDICAL, S.L.N.E. interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Suministro de un microscopio y un láser quirúrgico de CO2 para quirófano de ORL para Urduliz Ospitalea” (lote 2), tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 26 de marzo se solicitaron al poder adjudicador 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 trasponen 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). La citada documentación se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) los días 26 de marzo y 16 de abril, respectivamente.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 6 de abril, se han recibido, con fecha 13 de abril, las alegaciones de IZASA HOSPITAL, S.L. (en adelante, IZASA), adjudicatario impugnado.



CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 7/2018, de 17 de abril de 2018, la titular del OARC / KEAO resolvió mantener la suspensión de la tramitación del procedimiento de adjudicación exclusivamente en lo relativo al lote 2 del contrato.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

1) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 12 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

2) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 15 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D. M.B. para actuar en su nombre.



TERCERO: El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

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

SEXTO: 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 del LCSP.

SÉPTIMO: El recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) No se han aplicado correctamente los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), estimándose que ha habido arbitrariedad en favor de la oferta de IZASA. El recurrente expone que en el informe técnico que sustenta la evaluación de los citados criterios se dan casos en los que la descripción de los criterios es igual, o equivalente, o la oferta de FILSAT es superior a la de IZASA o la oferta de FILSAT no se ha valorado a pesar de haberse expuesto claramente la información solicitada. Se alega que FILSAT ha aportado mejoras que el informe técnico no ha valorado.

b) A juicio del recurrente, la oferta de FILSAT y la de IZASA debieran haber recibido una puntuación similar, pues, son, al menos, equivalentes; en diversos aspectos (potencia, intensidad del rayo guía, memoria de programas, alcance del brazo, profundidad de penetración, rangos del micromanipulador y eficiencia y capacidad de aspiración del evacuador de humos). Sin embargo, la oferta de IZASA ha recibido una puntuación de 47,5 puntos (sobre 48 posibles), mientras que la de FILSAT ha obtenido 31. Además, no se indica la puntuación específica de cada criterio de valoración, tan solo se emite una puntuación



global no argumentada, desequilibrada y carente de imparcialidad. El recurrente estima que una serie de contenidos de su proposición mejoraban el objeto del contrato, a pesar de lo cual no han sido consideradas por el órgano evaluador.

c) Finalmente, se solicita que se tengan en consideración las alegaciones y solicitudes presentadas para una valoración imparcial de la oferta técnica.

OCTAVO: Por su parte, IZASA alega lo siguiente:

a) La aplicación de los criterios realizada por la Administración está amparada por la discrecionalidad técnica, y el juicio emitido por el poder adjudicador no puede ser sustituido por las valoraciones del recurrente ni por las de los órganos jurisdiccionales, una vez que consta que no hay error en la valoración, que la motivación es extensa y precisa, que se han seguido los criterios establecidos en los pliegos y que no hay arbitrariedad.

b) En contra de lo que afirma FILSAT, el órgano de contratación ha valorado correctamente las ofertas, respetando los límites del correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica.

NOVENO: El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos no han sido impugnados, por lo que son firmes e inatacables y rigen la licitación vinculando a las empresas y al poder adjudicador; en concreto, FILSAT no denunció en su momento el modelo de puntuación global, por lo que no puede ahora alegar la ausencia de subcriterios de valoración para cada concepto técnico a evaluar. En este caso, se determina una valoración que indica que las características técnicas serán valoradas globalmente hasta 48 puntos, lo que no indica arbitrariedad porque el informe técnico que sustenta el acto impugnado hace



una valoración separada de las características técnicas de los equipos en cada apartado.

b) La evaluación está amparada por la discrecionalidad técnica propia de la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, cuyo ejercicio ha respetado los límites aplicables (respeto a las reglas del procedimiento, principio de igualdad de trato...).

DÉCIMO: En síntesis, el motivo de impugnación de la adjudicación es la incorrecta aplicación del único criterio sujeto a juicio de valor. Los pliegos de la licitación no han sido impugnados, por lo que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos que en él participan; en el apartado 30.2 de la carátula del PCAP figura la descripción del citado criterio, cuya literalidad es la siguiente:

CARACTERISTICAS TECNICAS	48
Láser quirúrgico de CO₂ para quirófano de ORL. (1 Unidad) Se valorarán: LASER. – Diversos modos de trabajo (continuo, pulsado, superpulsado). Describir. – Control de encendido y sistemas de seguridad para poder trabajar con el equipo. Describir. – Rayo guía para dirigir el láser de intensidad ajustable y opción a intermitente disponible tanto para la entrega de láser a través del brazo como para la fibra. – Indicar la longitud de onda empleada con el sistema de fibra con la mínima carbonización (en micras). – Sistema de login de seguridad que permita personalizar los parámetros de tratamiento para diferentes usuarios. Describir. – Compatibilidad del sistema, con espacio integrado para el almacenamiento del brazo articulado para transporte seguro. Describir. – De emisión mixta: a través de fibra con longitud de onda CO₂ y mediante haz libre en la línea de visión directa (acoplable al microscopio quirúrgico). Describir. SISTEMA DE SCANNER – Indicar rangos de la profundidad de incisión por el mismo (en mm).	



MICROMANIPULADOR – Tamaño de spot entre variable, dependiendo de la distancia focal. Describir. – Indicar rangos del micromanipulador con gran profundidad de enfoque de distancia variable en mm ASPIRADOR DE HUMOS – Indicar rangos del filtro ULPA con capacidad de capturar las partículas y microorganismos (en micras). – Indicar nivel de ruido y capacidad de aspiración ACCESORIOS – Indicar las piezas de mano específicas para técnicas otológicas basadas en la longitud de onda empleada para su uso sin contacto en los tejidos para minimizar el daño. – Número de gafas de protección incluidas en la oferta	
TOTAL CRITERIOS POR JUICIO DE VALOR	48

A la vista de lo anterior, debe decaer, en primer lugar, el reproche del recurrente al hecho de que el informe técnico no indique la puntuación específica de cada aspecto de valoración. Los pliegos han optado por un criterio de adjudicación en el que se detallan pormenorizadamente los contenidos de la oferta que se van a valorar, sin que se detalle la parte de la puntuación global atribuida a cada uno de ellos. Consecuentemente, dado que la correcta aplicación de un criterio sujeto a juicio de valor precisa, entre otras cosas, del respeto a su fondo parcialmente reglado, y que en dicho fondo no figuran las puntuaciones parciales máximas de cada aspecto a valorar, es suficiente con que el informe técnico aluda a cada uno de dichos aspectos, pero sin que sea exigible el desglose que pide FILSAT. En este sentido, este OARC / KEAO ya ha señalado (ver, por ejemplo, su Resolución 71/2016) que, una vez satisfechos los requisitos mínimos exigibles a la motivación de la adjudicación (cuestión sobre la que se va a tratar a continuación), no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto; así, el órgano evaluador pudo atribuir una puntuación parcial a cada aspecto a valorar, respetando para ello los límites fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver su sentencia de 22/11/2005, asunto



331/04), pero es igualmente aceptable la opción de otorgar una puntuación global para el conjunto de todos los aspectos.

A partir de ahí, debe recordarse que, en relación con la discrecionalidad técnica en la emisión de informes, que el control que ejerce el OARC / KEAO en virtud del procedimiento de recurso especial 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, no cabe pronunciarse, siempre que se hayan respetado las normas procedimentales y el fondo parcialmente reglado de la potestad discrecional, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos. Para el adecuado ejercicio de dicho control es necesaria la correcta motivación de la adjudicación, que debe incluir la descripción de los aspectos de las ofertas sobre las que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstas merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación preestablecidos (ver, por ejemplo, las resoluciones 71/2016 y 36/2018 del OARC / KEAO).

Fijados los límites y el alcance de la función de control jurídico desempeñada por este Órgano, y analizado el informe técnico que sustenta el acto impugnado, se estima que el poder adjudicador ha respetado sustancialmente los condicionantes descritos y que ha hecho un uso razonable del margen de discrecionalidad que le concede la legislación sobre contratación pública. En concreto, son reseñables las siguientes cuestiones:



- 1) No se observa (ni el recurrente lo acredita, más allá de la mera declaración retórica), que el poder adjudicador haya actuado de modo arbitrario en la valoración de las ofertas.
- 2) La estructura del informe técnico sigue estrictamente cada uno de los aspectos valorativos previamente fijados en los pliegos, menciona el contenido evaluado y, siquiera sucintamente, expresa las ventajas aportadas por cada oferta; la diferencia en la descripción de ambos factores, teniendo en cuenta el margen de apreciación del que disfruta la Administración, justifica suficientemente las distintas puntuaciones otorgadas al adjudicatario y al recurrente. Así, comparando la proposición del recurrente con la del adjudicatario impugnado, se observa, por ejemplo, que esta última es más detallada en aspectos como la longitud de onda empleada con el sistema de fibra con la mínima carbonización o las piezas de mano específicas para técnicas otológicas, o que sus modos de trabajo son óptimos para ciertos procedimientos.
- 3) El recurrente manifiesta que, en contra de lo que se afirma en el informe de valoración, en su oferta consta el dato de “longitud de onda empleada con el sistema de fibra con la mínima carbonización”. No obstante, a la vista de las alegaciones efectuadas por el poder adjudicador que afirma que FILSAT no aporta datos de la mínima carbonización sino que traduce las unidades de la longitud de onda del laser a micras, esta alegación debe ser desestimada.
- 4) En definitiva, el recurso no discute, en realidad, la correcta aplicación del criterio de adjudicación, sino que pretende sustituir los juicios valorativos del informe técnico por los suyos propios, que son parciales y le resultan más favorables; en particular, se busca sustituir los elementos que Osakidetza ha estimado esenciales para emitir su juicio por otros contenidos en su oferta que, estima, le serían más favorables. No es posible aceptar esta pretensión, pues sería tanto como privar a la Administración del margen de apreciación



discrecional que le corresponde, fundado en la pericia técnica y la imparcialidad que se supone al personal que ha elaborado y suscrito el informe técnico.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa FILSAT MEDICAL, S.L.N.E. contra la adjudicación del contrato “Suministro de un microscopio y un láser quirúrgico de CO2 para quirófano de ORL para Urduliz Ospitalea” (lote 2), tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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

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 maiatzaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de mayo de 2018