



EB 2015/050

Resolución 61 /2015, de 4 de junio de 2015, del 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 AMEBIL, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material de nutrición oro enteral pediátrico de seguridad para el Hospital Universitario de Cruces”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de mayo de 2015 la empresa AMEBIL S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material de nutrición oro enteral pediátrico de seguridad para el Hospital Universitario de Cruces”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada el 15 de mayo de 2015 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).

TERCERO: El 18 de mayo de 2015 se trasladó el recurso a los interesados, sin que en el plazo otorgado se hayan recibido alegaciones.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don T. L.R. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada. El contrato recurrido tiene un valor estimado de 290.652,60 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. El acto recurrido es la Resolución de 22 de abril de 2015 del Director Gerente del Hospital de Cruces en Barakaldo.

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 (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente puntualiza el informe técnico que sustenta la valoración de los criterios sujetos a apreciación subjetiva en varios aspectos y alega, por ejemplo, que el manejo de la bomba ofertada es muy sencillo, que el volumen de su alarma puede reducirse, que la máquina identifica 6 modelos de jeringas enterales diferentes y se puede programar con los modelos que se deseen.

b) La bomba presentada por la adjudicataria no cumple las características solicitadas en los pliegos referidas a la selección de rango flujo (se solicita de 0,1 400 ML / H y se oferta de 0,1ml a 200 ML /H), y se presentan jeringas que



se utilizan para las vías venosas, lo que puede inducir a error y crear accidentes.

c) Se alega que los nuevos modelos mejorados de bombas de perfusión pueden ofrecerse sin coste a los clientes, y que el modelo Enteral Pilot se está utilizando en centros de Osakidetza sin ningún problema.

d) Finalmente, solicita la revisión de las puntuaciones.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El recurso se fundamenta en la crítica a las valoraciones del criterio “Calidad técnica”, soportadas en el correspondiente informe, teniendo en cuenta tanto el material fungible como la bomba propuesta, debidamente evaluados en una prueba en el Hospital. De esta evaluación se deduce que la oferta del adjudicatario es claramente superior a la presentada por AMEBIL, la cual se consideró de una calidad insuficiente para ser utilizada. Dichas valoraciones son correctas, se ajustan a los parámetros preestablecidos y se fundamentan y argumentan suficientemente.

b) La característica técnica de selección del rango de flujo es evidentemente exagerada para pacientes pediátricos, por lo que no se tuvo en cuenta en el informe técnico.

OCTAVO: El debate se centra, en principio, en la valoración del criterio “Calidad técnica”, al que el apartado 30.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) describe de la siguiente forma:

<i>RELACIÓN DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN</i>	<i>NÚM.PUNTOS</i>	<i>UMBRAL MÍNIMO</i>
<i>CALIDAD TÉCNICA</i>	<i>30</i>	<i>15</i>



En el apartado 30.2.2 se añade literalmente lo siguiente: «Supuesto especial: Fases de valoración distintas a las contempladas con carácter general (si / no): no»

En primer lugar, llama la atención la escueta descripción del criterio – simplemente, “Calidad técnica”–, a todas luces insuficiente para que los licitadores puedan elaborar su proposición sabiendo de antemano cuáles son los aspectos que van a ser merecedores de una mayor puntuación; de hecho, con esos términos tan amplios puede ampararse prácticamente cualquier apreciación sobre el producto ofertado distinta del precio, como lo demuestra el informe de valoración, que se refiere a aspectos tan heterogéneos como la sencillez de manejo, el volumen de la alarma o la conexión con sistemas informáticos. Debe recordarse 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 2.002, asunto C-513/99), y la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO). El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio. La situación es especialmente relevante en este caso porque no se trata de juzgar un producto técnicamente sencillo y porque la baja puntuación otorgada al recurrente ha tenido la grave consecuencia de la eliminación del procedimiento y la no valoración de su proposición a la luz de los demás criterios de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.4 TRLCSP. Precisamente sobre el uso de esta posibilidad debe incidir este OARC / KEAO, porque los Pliegos son, en este punto, contrarios al principio de transparencia, que exige que todos los elementos determinantes de la adjudicación estén expresados de una manera clara para que puedan ser conocidos e interpretados igualmente por todos los licitadores mínimamente diligentes (ver, por ejemplo, la Resolución 48/2015 del OARC / KEAO); por un lado, se afirma que los 15 puntos sobre 30 máximos posibles es un umbral mínimo, pero por otro se dice que no hay fases



de valoración distintas de las establecidas con carácter general. Ambas cláusulas son radicalmente contradictorias y crean oscuridad sobre un aspecto esencial del procedimiento, la cual, según una reiteradísima doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 43/2015 del OARC / KEAO), no puede perjudicar a quien no la ha creado, en este caso el propio recurrente. Por todo ello, debe concluirse la ilegalidad del criterio de adjudicación “Calidad técnica”.

NOVENO: Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) y permitan la actuación arbitraria de la Administración en el caso de no ser eliminados. La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y el de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a la “Calidad técnica”.

DÉCIMO: La declaración de nulidad de un criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades



adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre el criterio declarado nulo.

UNDÉCIMO: La declaración de nulidad y la necesidad de reiniciar el procedimiento hacen innecesario analizar el segundo motivo de recurso, el incumplimiento por el adjudicatario de las prescripciones técnicas. No obstante, este OARC / KEAO no puede dejar de mencionar que dicho incumplimiento está expresamente reconocido por la Administración, la cual decidió no darle importancia por considerar que afectaba a una estipulación “exagerada”, lo que no es una actuación aceptable, pues supone tanto como infringir el principio de que la licitación se ajusta a los Pliegos aprobados, que vinculan tanto al poder adjudicador como a los licitadores; dicho de otro modo, el poder adjudicador ha hecho una excepción a los pliegos a favor de uno de los participantes en el procedimiento y en perjuicio del principio de igualdad de trato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 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 del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AMEBIL contra la adjudicación del contrato “Suministro de material de nutrición oro enteral pediátrico de seguridad para el Hospital Universitario de Cruces”, tramitado por Osakidetza, declarando la nulidad del criterio “Calidad técnica” (apartados 30.2.1 b) y 30.2.2 de la carátula del PCAP) y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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, 2015eko ekainaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de junio de 2015