



EB 2022/021

Resolución 066/2022, de 8 de abril, 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 B. BRAUN MEDICAL, S.A. contra la adjudicación del contrato “Suministro de catéteres, agujas y jeringas (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 31 de enero de 2022 se presentó 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), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. (en adelante BRAUN) contra la adjudicación del contrato “Suministro de catéteres, agujas y jeringas (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 31 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación 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 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 entre los días 9 y 17 de febrero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 10 de febrero, se han recibido las alegaciones de la mercantil BECTON DICKINSON, S.A.U. (en adelante, BECTON), adjudicataria impugnada, el 18 de mismo mes.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

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

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:



a) El adjudicatario no cumple con las prescripciones técnicas; concretamente, el catéter periférico ofertado no tiene la cámara transparente como exige el PPT, sino que ésta es translúcida.

b) Se alega que existe error en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor. En particular, se considera que la oferta de la recurrente no ha sido correctamente valorada en (i) el criterio Manejabilidad y deslizamiento de los elementos del catéter en la canalización y extracción fiador, porque no se modifica la técnica de punción respecto del catéter que viene siendo utilizado por el personal de Osakidetza durante los últimos diez años y, por lo tanto, la puntuación debería estar en la horquilla entre 11 y 14 puntos; (ii) en el criterio comportamiento del catéter con el uso (acomodamiento, seguridad en la conexión, lesiones en la piel, conservación y fijación, no se han valorado correctamente dichas características y se considera que se es merecedor de una puntuación de entre 10 y 14 puntos.

c) Finalmente, se solicita:

- Declarar la nulidad del acuerdo de adjudicación.
- Retroacción de las actuaciones para que el órgano de contratación adopte una nueva resolución.

SÉPTIMO: Alegaciones de BECTON

La adjudicataria impugnada alega, en resumen, para solicitar la desestimación del recurso lo siguiente:

a) El informe técnico está dotado de una presunción de acierto y veracidad que no ha sido desvirtuada por BRAUN, de forma que debe concluirse que el catéter ofertado cumple con la característica técnica debatida.

b) La recurrente pretende burlar el juicio técnico aportando fotografías que pueden manipularse con facilidad y considerando que el catéter propuesto por



BECTON no es transparente sino translúcido con base en la primera de las acepciones del término transparente del Diccionario de la Real Academia de la Lengua. En este sentido la adjudicataria aporta también fotografías que acreditan la característica transparente de la cámara y, por otro lado, el mismo Diccionario utilizado por la recurrente recoge el término translúcido como sinónimo de transparente.

c) Con relación a la alegación relativa al error en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, se señala que se trata de suplantar el juicio técnico de la Administración por no haber obtenido el resultado deseado en la licitación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

a) En lo que respecta al presunto incumplimiento de la prescripción técnica, se indica que la característica “cámara transparente” se requiere para visualizar sin lugar a dudas la presencia de sangre en la cámara y comprobar así la localización venosa del catéter durante la colocación. Ambos catéteres, tanto el de la recurrente como el de la adjudicataria cumplen perfectamente dicha característica técnica.

b) En lo que a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se refiere, las puntuaciones otorgadas a los productos ofertados se han basado en la opinión de la Comisión Técnica a la vista de las pertinentes pruebas de uso realizadas por profesionales de Osakidetza.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO



El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS

(...)

7. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS POR LOTES

7.1. LOTE 1:

7.1.1. Lote 1: Objeto; Descripción; Códigos

Lote	DESCRIPCIÓN
1	CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA
1.1	CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA 16G 50MM*
1.2	CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA 18G 32MM*
1.3	CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA 18G 45MM*
1.4	CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA 20G 32MM*
1.5	CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA 22G 25MM*
1.6	CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA 24G 19MM*

7.1.2. Lote 1: Requisitos técnicos excluyentes

7.1.2.1. Especificaciones técnicas de los artículos

1. Estéril
2. Sistema pasivo de seguridad irreversible
3. Cámara transparente
4. Cánula radio-opaca
5. Con sistema o plataforma de fijación
6. Sin puerto
7. Con sistema antirreflujo
8. Catéteres que soporten una presión igual o superior a 300 psi/21 bar
9. Material exento de Látex
10. Material exento de PVC/ftalatos
11. Cánula exenta de teflón
12. PRESENTACIÓN
 - Envase unitario estéril indicando al menos de manera clara y legible:
 - a. Fecha de caducidad
 - b. N° de lote
 - c. Referencia del proveedor
 - e. Símbolo de un solo uso
 - f. Símbolo de estéril
 - g. Método de esterilización
 - h. Marcado CE
 - i. Descripción producto



PCAP:

(...)

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Sí (48%)

VALORACIÓN TÉCNICA: 48 PUNTOS

Valor técnico de los bienes: 48 puntos (umbral mínimo: 24 puntos)

METODOLOGÍA UTILIZADA: Umbral mínimo: 24 puntos sobre 48. Las ofertas deberán alcanzar al menos dicha puntuación para continuar en el proceso de licitación y ser valoradas conforme al resto de los criterios de adjudicación.

Se redondea la puntuación a DOS decimales.

La valoración técnica se realizará sobre la documentación técnica correspondiente a los artículos objeto de licitación y los resultados de las pruebas de uso, de acuerdo a las puntuaciones establecidas para cada lote que se detallan en el siguiente apartado.

Criterios evaluables mediante Juicio de Valor específicos por lotes

Característica	Lote 1. CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA	Puntos
01	Comportamiento atraumático de la aguja	8
02	Manejabilidad y deslizamiento de los elementos del catéter en la canalización y extracción flador	14
03	Usabilidad sistema de seguridad en la inserción y retirada del dispositivo	12

Característica	Lote 1. CATETER PERIFÉRICO CORTO SIN ALETAS DE SEGURIDAD PASIVA	Puntos
04	Comportamiento del catéter con el uso (acodamiento, seguridad en la conexión, lesiones en la piel, conservación y fijación)	14
TOTAL		48

En síntesis, el recurso se fundamenta, por un lado, en el incumplimiento de una prescripción técnica y, por otro, en la existencia de errores y arbitrariedad en la valoración de las ofertas. A continuación, se exponen las consideraciones del OARC/KEAO al respecto:

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas por BECTON

La recurrente alega que la oferta de BECTON incumple la prescripción establecida en el PPT relativa a la transparencia de la cámara del catéter a suministrar. No obstante, este OARC / KEAO no advierte dicho incumplimiento por las siguientes razones:



- 1) La recurrente pretende desvirtuar la presunción de veracidad u acierto del que goza el informe técnico emitido por la Comisión Técnica -que considera que la cámara del catéter ofertado por la adjudicataria cumple con la característica de la transparencia- con unas fotografías y un debate puramente terminológico sobre los conceptos transparente y traslúcido que, a juicio de este órgano, no consiguen enervar dicha presunción. En todo caso, el recurrente no ha acreditado razón técnica alguna que justifique que el catéter propuesto por el adjudicatario no pueda cumplir satisfactoriamente con el objeto y la finalidad del contrato y la oferta deba ser excluida.
- 2) Así, al margen de las fotografías aportadas por la recurrente para basar su argumentación que ha sido contrarrestado por otras fotografías remitidas por la adjudicataria que lo desmienten, este Órgano ha analizado las muestras aportadas por ambos licitadores y aprecia el carácter transparente de la cámara del catéter de BECTON en la que se visualiza sin dificultad su interior, por lo que no cabe interpretar que exista una oposición frontal entre lo ofertado y lo requerido por los pliegos que conllevaría, en ese caso sí, la exclusión de la oferta.
- 3) En lo que la cuestión terminológica se refiere, una de las acepciones del término transparencia que consta en el diccionario de la RAE es la de translúcido. Como bien conoce la recurrente, las acepciones son los distintos significados de una palabra según el contexto en que aparecen. En el presente caso, el término transparente debe ser analizado en el argot de los profesionales de la medicina y en el sentido técnico y específico que tiene en esta área profesional sanitaria. BRAUN es una licitadora que trabaja en este sector de la sanidad, por lo que, no resulta aceptable que recurra a las definiciones parciales del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española con el único objetivo de construir su argumentación jurídica, apartándose de esta manera de la finalidad,



por otro lado, ampliamente satisfecha de la prescripción del artículo en cuestión (visualizar la presencia de sangre en la cámara), y realizando con ello una interpretación sesgada de la prescripción técnica solicitada.

- 4) Finalmente, debe recordarse que este Órgano ha señalado que una decisión tan grave como la exclusión de una proposición debe fundarse en una causa clara y atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad y transparencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 67/2014 y 183/2019 del OARC / KEAO), lo que no puede decirse que suceda en este caso, en el que el recurrente pretende excluir la oferta del adjudicatario sustituyendo el juicio del órgano de contratación por el suyo propio, necesariamente parcial e interesado, a la hora de determinar qué debe entenderse por transparente y qué no, lo que no es aceptable.

b) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

La recurrente plantea una indebida aplicación por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de varios de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor; concretamente, las denominadas características 2 y 4 de la cláusula específica 22.2.1 del PCAP.

b.1) Doctrina general sobre la discrecionalidad técnica

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 092/2021) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto 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 no discriminación 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 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

b.2) Aplicación al presente supuesto

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad, con un informe técnico conocido por el recurrente que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado. Frente a ello, no se ha acreditado que se haya incurrido en infracción de ningún principio básico de la LCSP, lo que conduce a la desestimación de este motivo impugnatorio. En especial, se observa lo siguiente:



- 1) Constan los aspectos de las ofertas que se han tomado en consideración para efectuar la evaluación respecto de cada uno de los parámetros. Así, se han analizado las fichas técnicas y las muestras aportadas por cada una de las ofertas con relación a los parámetros que se tienen en cuenta a la hora de valorar.
- 2) Sobre dichos aspectos se han emitido juicios de valor, vinculando los materiales analizados y las puntuaciones otorgadas a cada una de las proposiciones. En este sentido, se observan en dichos apartados expresiones o locuciones como (El tamaño, abultado, puede resultar incómodo en la canalización, Ligera resistencia en la retirada del fiador, el comportamiento atraumático es satisfactorio, el tamaño y la cierta rigidez en su plataforma de fijación limitan la sensación de confortabilidad en su uso, confortable en el uso etc.) que se consideran determinantes a la hora de justificar las diferencias de puntuación entre las ofertas de las licitadoras.
- 3) La alegación de la recurrente acerca de la calidad de su producto basada en el hecho de que haber suministrado el presente producto durante los últimos 10 años y ser de menor precio que el de la adjudicataria ha de ser descartada, ya que ello únicamente es indicio de que en dichos procedimientos de adjudicación ha resultado ser la oferta con la mejor relación calidad / precio sobre la base de los criterios de adjudicación y ponderación que figuraban en dichos procedimientos, lo cual no descarta que en la presente licitación pueda ser otro producto distinto el que resulte el más ventajoso por la comparación de las ofertas y su valoración conforme a los concretos criterios de adjudicación y ponderación establecidos en unos pliegos que la recurrente ha consentido.
- 4) En definitiva, se considera que la recurrente pretende que se siga su propio criterio en la elección de la información relevante a valorar y su metodología de valoración, sustituyendo la del poder adjudicador. En este sentido, cabe recordar que el correcto ejercicio de la discrecionalidad



técnica comprende también la facultad del poder adjudicador de seleccionar los elementos de la oferta que muestran sus fortalezas y debilidades para emitir sobre ellos los juicios valorativos debidamente motivados y que el informe técnico está dotado de una presunción de veracidad por la cualificación técnica de quien lo emite y, frente a ello, el recurrente no ha probado que sea manifiestamente erróneo o contenga infracción del principio de igualdad entre los licitadores (artículo 1.1 de la LCSP), al margen de discrepancias sobre los aspectos valorados.

c) Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe ser desestimado.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. contra la adjudicación del contrato “Suministro de catéteres, agujas y jeringas (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

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

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



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, 2022ko apirilaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de abril de 2022