



EB 2017/074 EB 2017/076

Resolución 078/2017, de 6 de julio de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por CIPLA EUROPE NV SUCURSAL EN ESPAÑA y SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. frente a la adjudicación de los lotes 1, 5 y 8 del contrato de “Suministro del medicamento filgastrim (DOE), pantoprazol (DOE) parenteral, fluorouracilo (DOE), carboplatino (DOE), capecitabina (DOE) y zidovudina (DOE) oral para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 31 de mayo de 2017 tuvieron entrada 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) los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por CIPLA EUROPE NV SUCURSAL EN ESPAÑA (EB 2017/074) y SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. (EB 2017/076) frente a la adjudicación de los lotes 1, 5 y 8 del contrato de “Suministro del medicamento filgastrim (DOE), pantoprazol (DOE) parenteral, fluorouracilo (DOE), carboplatino (DOE), capecitabina (DOE) y zidovudina (DOE) oral para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”.

SEGUNDO: Los días 31 de mayo y 1 de junio de 2017 se trasladaron los recursos al poder adjudicador y se le solicitó el envío del expediente y del informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), documentos que se recibieron el día 2 de junio de 2017.



TERCERO: Los días 5 y 8 de junio de 2017 se trasladaron los recursos a los interesados en el expediente; dentro del plazo otorgado no se ha recibido ninguna alegación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 57 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establece que «El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.» En este caso los dos recurrentes, con argumentos similares, impugnan la adjudicación de los mismos lotes del contrato.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de los recurrentes y la representación de don M. P.M., que actúa en su nombre de CIPLA EUROPE NV SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante, CIPLA), y de don E. R.G., que actúa en nombre de SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. (en adelante, SANDOZ).

TERCERO: Según el artículo 40.1.a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial, los contratos de suministro cuyo valor estimado sea superior a 209.000,00 €; en el presente caso se trata de un contrato de suministro de medicamentos con un valor estimado de 2.227.563,20 €.

CUARTO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» El acto recurrido es el acuerdo de 11 de mayo de 2017 de la Directora General de Osakidetza que adjudica los lotes 1, 5 y 8 del contrato a ACCORD HEALTHCARE, S.L.U. (en lo sucesivo, ACCORD).

QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.



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

SÉPTIMO: Expuesto en síntesis, los recursos se fundamenta en los siguientes argumentos:

Recurso de CIPLA (EB 2017/074)

a) El apartado 28.7 de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) permite que los licitadores oferten, además de una oferta base, una única oferta económica conjunta constituida por dos o más lotes de entre los que licita el proveedor de la oferta base. El apartado 30 de la carátula del PCAP establece un método de comparación de las ofertas individuales con la oferta integradora que no puede considerarse objetivo, transparente y conforme con los principios generales del TRLCSP pues, de una parte, el PCAP no detalla los grupos de lotes para los que se admitía la oferta conjunta, y de otra, el sistema de oferta integradora no habilita a la presentación de descuentos porcentuales y/o de precio de la oferta integradora respecto de la individual por lote, por ello, los licitadores debían presentar una única oferta a valorar de forma individual y conjunta. En todo caso, la mejora de precio del lote 5 ofertada en la oferta integradora añade una condición de adjudicación no contemplada en el PCAP.

b) La pretensión es la de la anulación de la resolución de adjudicación del lote 8 y la retroacción de actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas, para que la valoración de la oferta conjunta de ACCORD para los lotes 1, 5 y 8 se valore sin tener en cuenta la mejora de precio ofertada en el lote 5 y condicionada a la adjudicación conjunta de los tres lotes y se adjudique el lote 8 a la recurrente.

Recurso SANDOZ (EB 2017/076)



a) Los pliegos rectores del contrato incluyen expresamente la posibilidad de presentar ofertas conjuntas, así como el método de valoración de las mismas. Sin embargo, omiten las posibles combinaciones o grupos de lotes para los que se acepta una oferta conjunta lo cual vulnera el principio de igualdad, pues deja al albur del licitador la decisión sobre los concretos lotes a integrar. La omisión del pliego sobre este extremo puede plantear serios problemas como, por ejemplo, la concurrencia de dos empresas cada una de ellas con una oferta conjunta en la que incluyeran un lote coincidente. Por esta razón solicita del OARC que se pronuncie sobre la nulidad del pliego.

b) ACCORD, adjudicataria de los lotes 1, 5 y 8, ofrece en el lote 5 una mejora en el precio de adjudicación respecto al precio que oferta a este lote de forma individual, por lo que su oferta no puede ser considerada como integradora. En los criterios de adjudicación contemplados en los pliegos no consta la posibilidad de que los licitadores oferten una mejora en sus ofertas individuales y mucho menos establecer una condición de rebaja de precio para el caso de adjudicación conjunta de determinados lotes, simplemente admite que se presente una oferta conjunta además de la oferta base, conclusión que se extrae del punto 8 de la carátula del PCAP, que exige que en el caso de presentar oferta conjunta, se realizará un duplicado de la hoja “oferta base”. La figura de la oferta integradora no habilita a los licitadores a presentar dos ofertas de precio distintas.

c) La pretensión del recurso consiste en que se anule la adjudicación del lote 1 y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas, que deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en los pliegos que han regido la licitación, y en consecuencia se adjudique el lote 1 a la empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa.

OCTAVO: En el informe al recurso, único para ambos, el poder adjudicador alega lo siguiente:



a) Los pliegos de la licitación no han sido impugnados por lo que vinculan a las partes. Así, el punto 28.7 de la carátula del PCAP y el anuncio de licitación (puntos VI.3 y II.2.10) prevén la posibilidad de presentar ofertas conjuntas por dos o más lotes de entre los que licita el proveedor en la oferta base. En el punto 30 de la carátula, además de los criterios establecidos para la valoración de las ofertas individuales, se establece la metodología para la valoración de las ofertas conjuntas. La aplicación de estos criterios figura en el informe técnico, del cual se concluye que la oferta conjunta de ACCORD a los lotes 1, 5 y 8 supera las mejores ofertas individualmente efectuadas a los referidos lotes.

b) El principio de igualdad de trato implica que todos los potenciales licitadores conozcan las reglas del juego y estas se apliquen a todos de la misma manera.

NOVENO: Los motivos impugnatorios alegados por los recurrentes son sustancialmente coincidentes y se centran en las cláusulas contractuales que permiten la presentación de ofertas integradoras, las cuales o bien se debaten, o bien se considera que no han sido correctamente aplicadas. Por ello, se procederá a un examen conjunto de ambos recursos que ha de comenzar por el análisis de las cláusulas contractuales debatidas. Concretamente, las siguientes de la carátula del PCAP:

«28.7.- Admisión de variantes (si/no): si

Se acepta una **única oferta económica conjunta** constituida por dos o más lotes entre los que licita el proveedor en la oferta base.

No se aceptan variantes técnicas ya que los requisitos técnicos están definidos en los lotes.

(...)

30.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

(...)

Valoración de ofertas conjuntas

La valoración se efectúa mediante la comparación de la información correspondiente a las ofertas conjuntas con la suma de las ofertas que por la evaluación individual han obtenido la mejor puntuación total en los lotes a los que se haya presentado oferta conjunta.



Con el fin de valorar de forma homogénea las ofertas conjuntas, y compararlas con la suma de las ofertas que por la evaluación individual han obtenido la mejor puntuación total (OFERTA CONJUNTA TEÓRICA), en primer lugar se calcula el peso de cada lote sobre el presupuesto de licitación de ambos lotes.

En segundo lugar, se calcula la puntuación que consigue la OFERTA CONJUNTA TEÓRICA, valorando el criterio Económico según lo establecido en el apartado 7.2 del Pliego de Bases Técnicas, y la puntuación del criterio basado en Juicios de Valor ponderándolo por el peso de cada uno de los lotes.

En tercer lugar, se calcula la puntuación de las OFERTAS CONJUNTAS presentadas, valorando el criterio económico según lo establecido en el apartado 7.2 del Pliego de Bases Técnicas, y la puntuación del criterio basado en Juicios de Valor ponderándolo por el peso de cada uno de los lotes.»

El PCAP solicita de los licitadores que presenten una oferta base a uno o varios lotes de entre los que se divide el objeto del contrato y, en el caso de licitar a varios lotes, permite la presentación de una oferta variante que, forzosamente ha de ser conjunta a varios de los lotes a los que se ha presentado la oferta base, es decir, permite la presentación de una “oferta integradora”. Respecto de estas ofertas, este Órgano resolutorio en su Resolución 113/2014 las ha definido de la siguiente manera:

« (...) Dicho sistema, no expresamente regulado en el TRLCSP pero plenamente compatible con él y utilizado desde antiguo en la práctica de la contratación pública, sí está mencionado en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones; asimismo, se recoge en el artículo 46.3 y el considerando 79 de la Directiva sobre contratación pública 2014/24. En síntesis, los rasgos del sistema son los siguientes:

- en un contrato dividido en lotes, los licitadores tienen la posibilidad de presentar oferta a uno o varios lotes, y también pueden presentar una oferta a una combinación de varios o todos los lotes.
- los pliegos deben prever un método de aplicación de los criterios de valoración que permita comparar ofertas en principio heterogéneas, es decir, aquéllas que licitan a uno o varios lotes y aquéllas que presentan una oferta combinada, de modo se pueda determinar de un modo objetivo y transparente cuándo la adjudicación a la oferta



combinada es económicamente más ventajosa que la adjudicación a las ofertas a los lotes integrados en dicha combinación.»

De la oferta conjunta se discute en los recursos el método de valoración establecido para compararlos con la oferta económicamente más ventajosa efectuada de forma individual a cada lote, que es considerada oscura. Este OARC / KEAO, por el contrario, considera que este método de comparación es objetivo, transparente y conforme con los principios generales del TRLCSP, en especial los de igualdad y oferta económicamente más ventajosa pues, en primer lugar, determina qué ofertas cumplen mejor los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote ofertado de forma individual (oferta base) y después compara su resultado con las ofertas presentadas por el licitador para la combinación específica de lotes considerados en su conjunto.

En la argumentación del recurso (no en su pretensión) Sandoz plantea un recurso indirecto contra los pliegos de la licitación por entender que las cláusulas que habilitan la presentación de una oferta conjunta son poco transparentes, pues no prevén el criterio de comparación entre dos ofertas integradoras que coincidieran en uno o más lotes, pero este argumento en ningún supuesto se podría admitir pues los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, han pasado a ser inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso y la única excepción admitida a la preclusividad del recurso, consistente en la existencia de irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado solo se manifiesta con posterioridad (ver la sentencia “eVigilo”, C-538/13, EU:C:2015:166), no se plantea en este supuesto en el que el método de valoración establecido es plenamente aplicable y ser el supuesto planteado por la recurrente meramente hipotético.

DÉCIMO: Ambos recursos achacan a la oferta integradora que ha resultado adjudicataria de los lotes 1, 5 y 8 que lo ha sido por efectuar una mejora, no autorizada a juicio de los recurrentes, en el precio del lote 5 respecto al precio que como oferta base ha presentado para dicho lote de forma individual, por



considerar que la oferta integradora no permite la presentación de un precio diferente al ofertado de forma individual al lote.

Este Órgano resolutorio considera que esta impugnación carece de base alguna pues el propio PCAP permite la presentación, como variante, de una única oferta económica conjunta, excluyéndose expresamente la posibilidad de presentar oferta integradora con soluciones técnicas distintas de las especificadas en el Pliego de bases técnicas (en adelante, PBT), de lo cual se deduce claramente que cabe realizar una oferta económica diferente para el lote integrador de aquellas que se hayan realizado para los mismos lotes de forma individual como oferta base. Dicho de otro modo, las limitaciones establecidas a la presentación de la oferta variante consisten en que se presente una única, que esta verse en una oferta conjunta de varios o todos los lotes a los que se haya licitado de forma individual y que no verse sobre las prescripciones técnicas. Consecuentemente, se pueden presentar ofertas económicas diferentes en la oferta conjunta a las efectuadas de forma individual que constituye la oferta base del contrato. Ello, además, es congruente con la finalidad de las ofertas variantes cuya característica fundamental es la de posibilitar que se presenten varias ofertas simultáneas sin que ello suponga el rechazo de todas ellas, siempre que estén autorizadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 147 TRLCSP.

Adicionalmente, se ha de señalar que ninguna cláusula de los pliegos contiene la exigencia de que la oferta económica a los lotes ofertados de forma conjunta haya de ser la misma que la ofertada a los lotes de forma individual. La interpretación que realiza la recurrente Sandoz de la cláusula 8 del PBT, que indica que «en el supuesto de presentar oferta conjunta, la misma se reflejará haciendo un duplicado de la hoja “Oferta Base” e incluyendo una nueva hoja con la denominación “**Oferta Conjunta**”», es forzada e interesada pues dicha cláusula, referida a la documentación a incluir en los sobres (no al contenido de dicha documentación) no viene más que a señalar que la oferta base y la oferta conjunta serán coincidentes formalmente pero no obliga a que dicha



coincidencia se traslade al plano material lo cual sería, además, absurdo pues la oferta conjunta se plantea en el PCAP como una oferta variante.

UNDÉCIMO: Tampoco puede estimarse el argumento de que los pliegos del contrato no detallan los grupos de lotes a los que admitir la presentación de una oferta conjunta, dejando al albur de los licitadores la configuración de un aspecto esencial de la licitación, pues el punto 28.7 de la carátula del PCAP define los parámetros de la agrupación de lotes a los que se permite la presentación de oferta conjunta, que es el de aquellos lotes a los que el mismo licitador haya presentado oferta base de forma aislada. Ello no implica infracción del principio de igualdad, pues la cláusula es clara y transparente para todos los licitadores, pudiendo hacer uso de esta posibilidad cualquiera de ellos, ni implica que se deje al arbitrio de una de las partes la definición de parte de la obligación, pues los lotes susceptibles de integración son determinables y ello no afecta a la estructura de la obligación.

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 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 Organoa:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por CIPLA EUROPE NV SUCURSAL EN ESPAÑA y SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. frente a la adjudicación de los lotes 1, 5 y 8 del contrato de “Suministro del medicamento filgastrim (DOE), pantoprazol (DOE) parenteral, fluorouracilo (DOE), carboplatino (DOE), capecitabina (DOE) y zidovudina (DOE) oral para todas las organizaciones de servicios de Osakidetza”.



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

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko uztailaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de julio de 2017