



EB 2016/077 EB 2016/079

EB 2016/080

Resolución 092/2016, de 26 de julio de 2016, 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 los recursos especiales interpuestos por las empresas NUTRICIA, S.R.L.; NESTLÉ ESPAÑA, S.A. y VEGENAT, S.A. contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “Suministro y distribución de productos dietéticos a los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, promovido por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han presentado los siguientes recursos especiales en materia de contratación contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “Suministro y distribución de productos dietéticos a los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, promovido por Osakidetza:

a) Con fecha 8 de junio de 2016 la empresa NUTRICIA, S.R.L. (en adelante, NUTRICIA) presentó en el registro del Órgano administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el recurso especial contra la adjudicación del contrato de referencia (EB 77/2016).

b) Con fecha 9 de junio de 2016 la empresa NESTLÉ ESPAÑA, S.A. presentó en el registro del órgano de contratación recurso especial contra la adjudicación del contrato (EB 79/2016).

c) Con fecha 10 de junio de 2016, la empresa VEGENAT, S.A. presentó recurso contra la adjudicación del lote 33 subtipo MSP1 (EB 80/2016).



SEGUNDO: El expediente, junto con el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) fueron recibidos en el OARC/KEAO el 17 de junio de 2016.

TERCERO: Los tres recursos fueron trasladados a los interesados el 15 de junio de 2016 y se han recibido las alegaciones de las siguientes empresas:

a) Al recurso EB 77/2016, el 21 de junio de 2016 las de las empresas ABBOTT LABORATORIES, S.A. (en adelante, ABBOTT) y FRESENIUS KABI, S.A.U. (en adelante, FRESENIUS), ambas.

b) Al recurso EB 79/2016, el 21 de junio de 2016 las de las empresas ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT, S.A. (en adelante, VEGENAT) y con fecha 23 de junio de 2016 la empresa NUTRICIA, S.R.L.

c) Al recurso EB 80/206, con fecha 21 de junio de 2016, las de la empresa FRESENIUS.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Dada la conexión entre los tres recursos, procede acumular su tramitación en un único procedimiento (artículo 73 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

SEGUNDO: Constan en el expediente la representación de quienes actúan en nombre de los recurrentes. En lo que respecta a la legitimación:

a) El objeto del contrato se divide en 37 lotes y NUTRICIA (recurso EB 77/2016) recurre la adjudicación en su conjunto, sin especificar los lotes concretos que impugna y con independencia de si ha concurrido a los mismos o no. En pronunciamientos anteriores, como en la Resolución 143/2015, este OARC/KEAO ha concluido que la ventaja que el recurrente puede obtener



mediante una hipotética anulación del acto de adjudicación se ciñe únicamente a los lotes en los que ha concurrido, porque cualquier decisión que pudiera afectar al resto de lotes no le causaría ni perjuicio ni beneficio porque ha elegido no participar en ellos. Por esta razón, NUTRICIA carecerá de legitimación para recurrir los lotes a los que no ha presentado oferta, que son los lotes 2, 3, 9, 10, 12, 18, 20, 22, 26, 28, 34, 35, 36 y 37.

A continuación procede analizar la legitimación de NUTRICIA para la impugnación de la adjudicación de aquellos lotes a los que ha presentado oferta contractual y, por consiguiente, ha manifestado su interés en ser adjudicataria de los mismos. Para ello, se debe comenzar por el análisis de la pretensión del recurso que consiste en la anulación de la adjudicación del contrato basándose en dos motivos impugnatorios; el primero referido a discrepancias con el órgano de contratación en lo concerniente a la valoración del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor y referido a “Plan de distribución y logística”, por el que solicita que se pondere su oferta en este apartado con el máximo de los 5 puntos previstos en los pliegos y, el segundo, consistente en denunciar que la oferta económica efectuada por FRESENIUS a los lotes de los que ha sido adjudicatario (Lotes 2, 5, 6, 7, 14, 15, 16, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 30, 32, 33 y 37) contienen valores anormales o desproporcionados sin la correspondiente justificación. La oferta de NUTRICIA ha sido ponderada en el criterio “Plan de distribución y logística” con cuatro puntos para todos los lotes y ha quedado clasificada en tercer lugar en la propuesta de adjudicación de la gran mayoría de los lotes a los que concurre así que, para reconocer legitimación para recurrir, teniendo en cuenta que no solicita que se modifique la puntuación obtenida por las empresas que se hallan en mejor posición en el orden de clasificación, se han de cumplir alguno de estos dos requisitos: el primero, que la diferencia de puntos con el adjudicatario sea inferior a un punto pues en caso contrario, ni reconociendo en grado máximo el trato injusto que se reprocha a la Administración y otorgándose, en consecuencia, los cinco puntos solicitados, se alteraría la clasificación de las ofertas; el segundo, que siendo FRESENIUS la empresa adjudicataria, se halle clasificada en segundo lugar pues, en el supuesto de



estimarse el motivo impugnatorio de la apreciación de valores anormales en la oferta de FRESENIUS, únicamente podría ser adjudicatario del contrato de hallarse en ese lugar en el orden de la propuesta de adjudicación.

En conclusión, este OARC/KEAO considera que NUTRICIA puede obtener un beneficio tangible derivado de una hipotética resolución estimatoria del recurso en los lotes 7, 8, 17, 25 y 33, únicos en los que concurre alguno de los supuestos anteriormente detallados, por lo que en ellos concurre el interés legítimo al que se refiere el art. 42 del TRLCSP, acordándose la inadmisión para el resto de los lotes en los que se divide el objeto del recurso.

b) NESTLÉ (recurso EB 79/2016) tampoco identifica en su recurso los lotes que impugna. Como se ha señalado anteriormente, únicamente goza de legitimación para aquellos lotes en los que, de prosperar su recurso, puede obtener un beneficio y, basándose su recurso en la impugnación de las ofertas de ABBOT, FRESENIUS, y VEGENAT, no gozará de legitimación respecto de aquellos lotes en los que en el orden de clasificación de ofertas figuren, con mejor puntuación, empresas con ofertas que no ha impugnado. Consecuentemente, únicamente se le reconoce legitimación para impugnar la adjudicación de los lotes 2, 20, 22, 30 y 37. No puede prosperar la alegación de ABBOTT de falta de legitimación de NESTLÉ por carecer de interés al no poder ser adjudicataria de ninguno de los lotes que recurre por incumplir los pliegos de la licitación en la misma medida que las actuales empresas adjudicatarias. Este OARC/KEAO en su Resolución 43/2014, consideró en un supuesto análogo a éste, que esta alegación no puede prosperar, argumentando en este sentido que: «Es evidente que las empresas participantes en la licitación están perjudicadas o afectadas por una adjudicación a un tercero, y que la estimación del recurso podría determinar que, finalmente, la adjudicación les beneficiara. En el supuesto analizado, es igualmente claro que el recurrente tiene la condición de licitador, por lo que no cabe dudar de su legitimación. No es aceptable en este procedimiento de recurso la alegación de Telefónica en el sentido de considerar que dicha condición, y por lo tanto la legitimación para recurrir, se adquirió ilegalmente porque el recurrente debió ser excluido. Si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente tal decisión estaría afectada por



un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la llamada “reformatio in peius”). Debe tenerse en cuenta que, tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfraze de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento. Finalmente, hay que recordar que ni siquiera en el recurso especial puede impugnarse el acto de admisión de un licitador (ver, por ejemplo, la resolución 238/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 88/2013 del OARC/KEAO) y que la posición sostenida por este Órgano no implica en absoluto indefensión para la empresa que formula la alegación, pues la supuesta incorrección de la aceptación de la oferta de un licitador sí puede ser alegada, en su caso, con motivo del recurso especial contra un acto impugnabile, como, por ejemplo, una hipotética adjudicación de la que éste licitador pudiera ser beneficiario (ver la Resolución 34/2014 del OARC / KEAO). A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19/6/2003, asunto C-249/01) establece que es contrario a la normativa comunitaria sobre recursos en materia de contratación que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha normativa para impugnar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta tuvo que haber sido descartada previamente por dicha entidad por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega.»



c) VEGENAT (recurso EB 80/2016), recurre la adjudicación del lote 33, subtipo MSP1, hallándose legitimada por haber participado en la adjudicación del mismo y poder obtener un beneficio de la eventual estimación del recurso.

TERCERO: De conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2.c) del TRLCSP la adjudicación del acuerdo marco se halla sujeto al recurso especial en materia de contratación.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma a excepción del recurso interpuesto por VEGENAT. Este Órgano ha venido entendiendo (ver, por ejemplo, la Resolución 80/2016) que la remisión que marca el inicio del cómputo solo se produce cuando la notificación de la adjudicación ha iniciado su traslado efectivo hacia el destinatario y no con el alta en el registro de la salida del documento, pues, de otro modo, el plazo de interposición del recurso quedaría íntegramente en manos del poder adjudicador, que tendría en su mano, por un lado, iniciar el plazo simplemente con dicha alta y por otro, demorar su entrega real al operador postal, retrasando las actuaciones necesarias para su envío efectivo; ello perjudicaría ilegítimamente al interesado, que vería mermado el tiempo del que dispone para preparar e interponer el recurso.

En el recurso que nos ocupa, el poder adjudicador puso a disposición del operador postal la notificación de adjudicación el 23 de mayo de 2016, coincidiendo la fecha de registro en el libro de salidas del organismo con la de puesta a disposición del operador postal de la notificación, por lo que el último día del plazo fue el 9 de junio de 2016, siendo extemporánea la presentación del recurso por VEGENAT el 10 de junio de 2016, por lo que el recurso numerado como el EB 80/2016, debe ser inadmitido.



SEXTO: Los argumentos de los recursos son, en síntesis, los siguientes:

.- Recurso EB 77/2016

a) Disconformidad con la ponderación asignada al criterio de adjudicación “Plan de distribución y logística”, en el apartado de “stock de los productos ofertados en los almacenes del licitador” pues éste se presentó ciñéndose a las instrucciones proporcionadas en la carátula y, por resaltar tal y como se exigía los elementos de valor añadido esenciales, se puso de manifiesto que no hay un número de días de stock estándar de producto, sino que el número de días es el resultado de las características de cada producto, resultando éste el valor añadido de la propuesta contractual. Por esta razón no se ofertó el número de días medio de stock global. Basar la ponderación en este dato no se ajusta a lo especificado en los pliegos, que hacen referencia a los elementos de valor añadido del stock y de haber conocido que el elemento a valorar era el del plazo, lo hubiese incluido en su oferta.

b) La oferta de FRESENIUS es anormalmente baja y no se justificó tal y como lo exige el art. 26.4 de la Directiva 2014/24/UE que a partir del 18 de abril de 2016 goza de efecto directo.

c) La pretensión consiste en: «(...) se acuerde anular los siguientes acuerdos y documentos relativos al contrato de “SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN PRODUCTOS DIETÉTICOS A CENTROS SOCIO SANITARIOS DE LA CAPV” (Expediente G/100/20/1/0530/OSC1/0000/022016): Resolución de adjudicación del director general del ente público OSAKIDETZA de fecha 23 de mayo de 2016. Asimismo, una vez analizado el presente Recurso, se solicita a dicho órgano que emita una nueva resolución que otorgue a NUTRICIA 5 puntos respecto al “Stock de los productos ofertados en los almacenes del licitador” y en el que conste la puntuación final corregida.»

.- Recurso EB 79/2016



a) ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT debieron ser excluidos de la contratación pues han presentado una proposición parcialmente igual en referencia al “Plan de distribución y logística”. Así, incluso en el informe técnico, después de exponer las particularidades de las ofertas de cada una de ellas, se expone una “parte común igual”. Si bien no se ha permitido el acceso a la oferta de FRESENIUS, en lo que respecta a la oferta de las otras dos empresas se observa que presentan un mismo plan de ejecución en lo referente a la distribución y almacenaje desde Euskadi a los centros socio-sanitarios que será efectuada por Farmacéutica de Gipuzkoa, S.L. (en adelante, DFG) y Novaltia, S. COOP (en adelante, NOVALTIA), desprendiéndose de ello dos conclusiones: (i) o bien el plan lo ha redactado y entregado a cada una de las licitadoras directamente DFG y NOVALTIA o (ii) bien ambas licitadoras se han puesto de acuerdo para redactar cada uno de los planes y ha habido connivencia entre ambas licitadoras formando un acuerdo colusorio.

b) DFG y NOVALTIA, si bien “formalmente” no concurren a la contratación bajo la forma de UTE con VEGENAT y con ABBOTT, sí que presentan un plan de distribución y logística conjuntamente con estas últimas, conculcando el principio de proposición única consagrado en el art. 145.3 TRLCSP. La prohibición de que un licitador presente más de una propuesta tiene como consecuencia la no admisión de ninguna de las ofertas.

c) Si se entendiera que DFG y NOVALTIA son subcontratistas, supondría la conculcación de lo dispuesto en el apartado 15 de la carátula del PCAP que no permite la subcontratación.

d) La pretensión de la recurrente consiste en la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato, la exclusión de ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT, y retrotraer las actuaciones hasta el momento de la exclusión de dichas ofertas, Mediante Otrosí, solicita el acceso al Plan de Distribución y Logística de FRESENIUS.



SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe se opone a los recursos con los siguientes argumentos:

.- Alegaciones al EB 77/2016,

a) El criterio a valorar era el “stock de los productos ofertados en los almacenes del licitador” el cual, no ha sido objeto de recurso durante el período de presentación de ofertas ni se ha recibido solicitud de aclaración al mismo o respecto al procedimiento/fórmula a emplear para su valoración. La información que los licitadores podían haber indicado en sus ofertas era tanto cuantitativa como cualitativa.

b) Nutricia da más valor a su programa informático que al criterio en sí mismo

c) No es cierto que únicamente se valore el parámetro del stock medio o período de cobertura sin justificar que sean elementos de valor añadido, pues las ofertas sí que lo justifican.

d) El criterio de adjudicación “Stock de los productos ofertados en los almacenes del licitador”, es un criterio subjetivo sin indicación de fórmula por lo que la puntuación asignada por Osakidetza se basa en la valoración de todos los aspectos reflejados en la oferta.

d) Cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios de adjudicación, la apreciación de la existencia de valores anormales o desproporcionados sólo cuando el órgano de contratación ha hecho uso de dicha posibilidad prevista en el art. 152.2 del TRLCSP, fijando en los pliegos los parámetros con los que se puede considerar, inicialmente, que la proposición puede ser cumplida, no constando estos parámetros en los pliegos del contrato cuya adjudicación se impugna.

.- Alegaciones al EB 79/2016,



a) En los tres apartados en los que se desglosa el criterio “Plan de distribución y logística” se han tenido en cuenta las capacidades globales de las empresas licitadoras, capacidades que vienen determinadas por los recursos propios, además de las empresas a las que recurran para la realización de las tareas de distribución y logística. La única parte en común de las ofertas de ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT es la relativa al modelo de gestión del suministro y la conclusión de que ello es un acuerdo colusorio se trata de una hipótesis carente de prueba o fundamento y, en todo caso, se trata de una cuestión que no compete al poder adjudicador determinar sino a la Autoridad Vasca de la Competencia.

b) La licitación conjunta a lotes coincidentes por ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT depende, entre otras cuestiones, de si los productos por ellas fabricados tiene encuadre en los subtipos que licitan, o de si el precio de licitación permite presentar oferta que garantice la cobertura de costes de producción, transporte etc., pero no está relacionada con las empresas que realizarán el transporte y la distribución a centros socio-sanitarios.

c) La recurrente considera a DFG-NOVARTIA como un licitador más, pero únicamente se trata de empresas de transporte o de logística y, como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en su Resolución 1099/2015, la prohibición de subcontratación debe entenderse referida a la prestación principal objeto del contrato, no a las adicionales o complementarias. Este es un contrato de suministro de productos dietéticos y su entrega en los centros destinatarios es una prestación accesoria o complementaria de la principal. Además, NESTLÉ también describe en su propuesta su modelo de transporte y logística a través de partners u operadores logísticos.

OCTAVO: Las alegaciones efectuadas por los interesados a los diversos recursos son las que a continuación se resumen:

.- Recurso EB 77/2016



a) ABBOT alega:

.- Solicita la inadmisión del recurso respecto de los lotes a los que no licita y en los que no podría resultar adjudicataria.

.- “Stock” en la definición dada por la RAE, equivale a “existencias (mercancías en un almacén)” y lo que se valora en el informe técnico es el máximo tiempo de stock disponible en el almacén y lo que exige el PCAP es que se recojan los aspectos fundamentales de la oferta y lo más fundamental para valorar el stock de producto en almacén es, como es habitual en el sector económico, señalar los días que tiene el suministrado garantizado con el stock disponible, con el fin de señalar la fiabilidad del suministro diario del producto.

.- El órgano de contratación no ha incurrido en error al valorar las ofertas pues el informe técnico no se ha apartado del pliego, sí que ha valorado todos los elementos que integran la oferta de NUTRICIA pues, a pesar de que ha errado al formular su oferta y, en vez de reflejar el stock, ha reflejado el sistema para gestionar el mismo, su oferta ha obtenido un altísima puntuación (4 puntos sobre 5) y, por último, la valoración realizada se encuentra dentro del margen de la discrecionalidad técnica de la administración.

b) FRESENIUS alega:

.- La mayor parte de los licitadores (ABBOTT, GRIFOLS, FRESENIUS, OIARSO, VEGENAT) han interpretado el criterio de adjudicación “stock de los productos ofertados en los almacenes del licitador” de modo similar ofreciendo en sus planes logísticos un cómputo de stocks por días o meses y NUTRICIA en su recurso pretende dar importancia a una serie de aspectos técnicos de los que, en realidad, disponen todos los centros logísticos pero lo que el pliego pide es si los licitadores pueden comprometerse y garantizar un stock de seguridad adicional al del consumo periódico y asegurar la continuidad del suministro.

.- El recurrente hace uso del recurso para incluir en su propuesta nuevos elementos no acreditados anteriormente y que suponen una modificación de los términos de la oferta.



.- No hace falta acudir al artículo 26.4 b) de la Directiva 2014/24/UE pues la previsión de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas está prevista en el art. 152.2 TRLCSP y, teniendo en cuenta esta base normativa junto con lo dispuesto en el punto 15 de la carátula del PCAP, se desprende que no se han establecido en el contrato parámetros para considerar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada.

.- Recurso EB 79/2016

a) FRESSENIUS alega:

.- Toda la operativa logística ofrecida por FRESSENIUS se lleva a cabo a través del operador logístico DHL. Resulta impensable que una empresa del sector farmacéutico pueda abarcar al mismo tiempo que la producción y comercialización de sus productos, el servicio de gestión logística de transporte o la mensajería urgente. No obstante, FRESSENIUS controla toda la cadena logística de operaciones: la recepción, gestión y tramitación de los pedidos, la emisión de los albaranes de entrega y recepción, la emisión de las facturas, la línea de atención al cliente, la sustitución de los productos defectuosos, la gestión de cobros, asumiendo el riesgo de la operación logística. Por consiguiente, no puede entenderse que haya subcontratación sino que, DHL, cuenta en el tramo final del transporte con el apoyo logístico local de las empresas NOVALTIA y DFG.

.- la última frase del punto 12.3 de la carátula del PCAP establece que en el caso de que el apartado 15 determine que la subcontratación es obligatoria, dicha condición quedaría fijada como una condición especial de ejecución, pero ello no resulta así y la subcontratación no es obligatoria conforme al punto 15 de la carátula.

.- el Plan de Distribución Logística de FRESSENIUS contiene los procedimientos de recepción, preparación y control de pedidos a nivel administrativo y comercial, así como los medios tanto materiales (aplicaciones informáticas, sistemas, programas etc) como humanos (personas encargadas de cada



cometido), además de datos proporcionados por terceros (DHL, DGF y NOVALTIA) que hacen que el plan haya sido declarado confidencial.

b) NUTRICIA alega:

.- se adhiere al recurso presentado por NESTLÉ en cuanto a la prohibición para subcontratar pues del examen del PCAP se confirma que la misma está prohibida y en el caso de las ofertas de ABBOTT, VEGENAT y FRESENIUS se deduce que DFG y NOVALTIA no actúan como meros proveedores sino como auténticos subcontratistas.

.- la infracción de la prohibición de subcontratar puede implicar una infracción del art. 15.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

c) ABBOTT alega:

.- NESTLÉ carece de legitimación activa pues si se estimase el recurso también debería ser excluida de la licitación al haber incurrido en la misma pretendida infracción e, incluso, de no ser excluida, no podría ser adjudicataria al existir otros licitadores con mejor puntuación.

.- ABBOTT es la única suministradora de los productos ofertados y única responsable de la ejecución del contrato frente a la administración, no existiendo ninguna base legal o prueba alguna de que ABBOTT haya concurrido en UTE con los otros tres licitadores de las que pide su exclusión o que sea una pantalla de las empresas DFG y NOVALTIA.

.- La afirmación de la existencia de pacto colusorio se realiza sin sustento fáctico o probatorio alguno. Si varias licitadoras han decidido contar con los medios de DFG y NOVALTIA para la distribución de productos, es lógico pensar que la información que figura en sus ofertas sobre los almacenes y forma de trabajar de estas últimas, sea la misma. Así, al margen de las similitudes de formato, las similitudes de contenido son mínimas en relación con el subcriterio de “modelo de gestión”, limitándose a las que se refieren a los servicios y medios de DFG y NOVALTIA.



.- NESTLÉ también oferta un “partner” logístico o de distribución, por lo que, de haber subcontratación, su oferta adolecería de los mismos vicios que achaca a los adjudicatarios impugnados. No obstante, ABBOTT no subcontrata a terceras empresas sino que integra los medios de dichas empresas en su actividad productiva. Pretender lo contrario, significa que únicamente puede ser adjudicatario el fabricante de todos los productos a suministrar y que, además cuente con almacenes y medios de transporte propios.

d) VEGENAT alega:

.- NESTLÉ también propone en su oferta a PHYSICAL LOGISTICS para la realización de la logística, por lo que actúa contra sus propios actos cuando considera que VEGENAT ha de ser excluida.

.-La utilización de colaboradores en la tarea de distribución y transporte no es, en ningún caso, la subcontratación total del servicio por cuanto constituye un porcentaje mínimo dentro de todos los criterios a tener en consideración.

.-No puede desprenderse del hecho de que distintos licitadores utilicen un mismo distribuidor de productos que nos encontramos ante un único licitador pues por un mero aspecto de limitación física y estándares de calidad existen pocas empresas dedicadas a la logística o distribución en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

.-NESTLÉ no aporta prueba alguna de la existencia del supuesto acuerdo colusorio del que acusa a VEGENAT.

NOVENO: Expuestas las posiciones de las partes, y analizados los aspectos procesales de los recursos, procede el examen de las cuestiones de fondo planteadas, comenzando por el primero de los recursos presentados, el de NUTRICIA, cuyo primer motivo impugnatorio se centra en la disconformidad con la valoración técnica del subcriterio de adjudicación «stock de los productos ofertados en el almacén del licitador». Este criterio secundario está ponderado con 5 puntos en el criterio principal de «Plan de distribución y logística» que tiene una ponderación total de 30 puntos y dentro del cual figuran también como criterios secundarios «Modelo de gestión de suministro propuesto» ponderado con un



máximo de 20 puntos y «Plan de suministro alternativo en caso de disminución de stocks, imprevistos, etc», ponderado con 6 puntos.

Por su parte, en la cláusula 31 de la carátula del PCAP en la que se detalla la documentación que debe presentar la licitadora al objeto de evaluar los criterios de valoración de las ofertas, en relación con el «Plan de distribución y logística» se indica lo siguiente:

«Se presentará una memoria explicativa donde se recogerán los aspectos fundamentales de la oferta y sus elementos de valor añadido esenciales, conteniendo la información más relevante para la evaluación de la oferta por Osakidetza según los criterios de adjudicación publicados.

- Modelo de gestión propuesto. Incluirá una introducción donde detalle el contexto en el que se realiza la oferta y las capacidades globales del licitador para entender y satisfacer los requerimientos del contrato. Se describirán detalladamente los medios que se consideran apropiados para la preparación de los pedidos y su distribución a los centros socio-sanitarios. Descripción de los controles establecidos por el contratista antes de la distribución de los productos (control sobre tipo de producto y cantidades demandadas, identificación, embalado, pedidos-albaranes, etc.), control de entregas en el centro socio-sanitario. Rutas y franjas horarias, para la distribución de los pedidos. Solución de incidencias y reclamaciones, interlocutores, etc.
- Stock de los productos ofertados en los almacenes del licitador.
- Plan de suministro alternativo en caso de disminución de stocks, imprevistos, etc. Se describirá la solución propuesta para situaciones como roturas de stocks por problemas productivos en fábrica, desastres naturales, etc.»

En relación con los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, este OARC/KEAO ha señalado en pronunciamientos anteriores (ver entre otras, la Resolución 086/2015), en relación con la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes técnicos ha señalado lo siguiente

«(...) 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.»

Los reproches que efectúa la recurrente al informe técnico son dos; de una parte que no se ha valorado lo especificado en los pliegos de la licitación y, de otra, que de haber sabido que el elemento a valorar era el plazo medio del stock, lo hubiera incorporado en su oferta. Este OARC/KEAO considera que ninguno de estos reproches puede prosperar pues de la motivación del informe técnico se desprende que el plazo de stock medio no ha sido el único elemento que el evaluador ha tenido en cuenta para ponderar el criterio de adjudicación del criterio secundario «stock de los productos ofertados en el almacén del licitador» ni siquiera el elemento determinante para su valoración pues la oferta de la recurrente, que según reconoce no ha ofertado un plazo medio de stock de los productos, ha merecido una calificación favorable del evaluador, obteniendo una ponderación de cuatro puntos sobre el máximo de cinco previstos. Además, de la propia lectura de la motivación se desprende que los elementos que se han tenido en cuenta son variados y la valoración se ha efectuado sobre la información facilitada por el licitador en su oferta.

El reproche de que no se han valorado los «elementos de valor añadido esenciales y la información más relevante» tampoco puede prosperar pues los elementos



que el recurrente resalta como esenciales de su oferta en su recurso son los que sirven de motivación al evaluador en su informe para otorgar la puntuación de la que ha sido merecedora en este subcriterio. Es decir, lo que el recurrente solicita que se valore es lo que realmente se ha tenido en cuenta en el momento de la emisión del informe técnico.

Tampoco cabe pensar que la valoración del plazo medio de stock en este apartado signifique apartarse de la base parcialmente reglada del criterio secundario cuya valoración se impugna pues de la lectura del criterio de adjudicación Plan de distribución y logística y de sus criterios secundarios (Modelo de gestión de suministro propuesto y Plan de suministro alternativo en caso de disminución de stocks, imprevistos, etc) se desprende que la valoración recae sobre la distribución y logística, lo que implica valorar cómo se van a entregar en el lugar señalado en los pliegos, en el momento demandado y en las condiciones solicitadas los bienes objeto del suministro. En consecuencia, la valoración del criterio secundario «stock de los productos ofertados en el almacén del licitador» implicará efectuar una oferta relativa a todos los aspectos de las mercancías que se hallen guardadas en almacén, como puede ser, entre otras, la composición del stock, su nivel, las condiciones de custodia, o el plazo de estancia,

Consecuentemente, se puede afirmar que el evaluador ha hecho un uso legítimo de su discrecionalidad técnica y, por consiguiente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

NUTRICIA alega como segundo motivo de impugnación la adjudicación de varios lotes a FRESENIUS con una oferta anormalmente baja o desproporcionada que no ha sido justificada incumpliendo, de esta manera, lo especificado al respecto en la Directiva 2014/24/UE.

En primer lugar, procede señalar que la posibilidad de apreciar el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas está regulado en el art. 152 del TRLCSP, sin que sea de aplicación al contrato que nos ocupa la Directiva



2014/24/UE pues los pliegos rectores del contrato fueron aprobados por Resolución de 26 de febrero de 2016, del Director General de Osakidetza y publicados en el DOUE el 2 de marzo de 2016, con anterioridad al 18 de abril de 2016, fecha límite para su transposición por parte de los estados miembros. En este sentido, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-324/14 ECLI:EU:C:2016:214, apartado 83), la directiva aplicable es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público que, en nuestro ordenamiento interno coincide con la aprobación del expediente (art. 110 TRLCSP).

En segundo lugar, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, sólo procede la aplicación de dicho procedimiento cuando el órgano de contratación ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 152.2 TRLCSP, fijando en los Pliegos los parámetros con los que se puede considerar, inicialmente, que la proposición no puede ser cumplida (ver, Resolución OARC/KEAO 70/2013). No siendo éste el supuesto del contrato analizado, no procede que el órgano de contratación examine si hay o no ofertas anormales o desproporcionadas. La cláusula 33 de la carátula del PCAP es clara en manifestar la voluntad del órgano de contratación de no utilizar parámetro alguno de anormalidad, puesto que la normativa a la que se refiere, los artículos 85 y 86 del RGLCAP, están pensadas para adjudicaciones en las que el único criterio es el precio más bajo (la antigua subasta) y el artículo 90 del RGLCAP impide la aplicación al concurso (actualmente, la adjudicación con uso de varios criterios) de los preceptos establecidos para la subasta en los citados artículos. Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

DÉCIMO: En cuanto al recurso de NESTLÉ procede analizar, en primer lugar y antes de entrar en el fondo de las cuestiones alegadas, si procede acceder a su solicitud de acceder al Plan de Distribución y Logística propuesto por



FRESENIUS. A la vista de la argumentación que figura en el recurso la única razón de esta petición se basa en que el recurrente quiere comprobar que su contenido es igual al presentado por ABBOTT y VEGENAT y que la ejecución del mismo correrá a cargo de las empresas DFG y NOVALTIA. Pues bien, este OARC/KEAO considera que no es preciso acceder a dicha petición y, por consiguiente, alargar el procedimiento, pues en sus alegaciones al recurso la empresa FRESENIUS, tras señalar que la logística la realizará la empresa DHL, especifica que el tramo final del transporte del producto hasta los almacenes de los centros socio-sanitarios, los realizarán NOVALTIA y DFG, como simples operadores logísticos.

Precisamente, el primer motivo impugnatorio está relacionado con ello. El recurrente considera que ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT debieron ser excluidos de la contratación pues han presentado una proposición parcialmente igual en referencia al “Plan de distribución y logística”. No obstante, y por claridad expositiva, se considera conveniente comenzar por el estudio del último de los motivos impugnatorios, el de la existencia de subcontratación en las ofertas de las empresas ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT, a pesar de no estar ello admitido por punto 15 de la carátula del PCAP.

El art. 227.1 del TRLCSP dispone que «El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.» En el contrato que nos ocupa el punto 15 de la carátula del PCAP dispone lo siguiente: «15. SUBCONTRATACIÓN (si/no): No.» Este punto de la carátula ha de ser interpretado junto a la cláusula 40.2 del PCAP, que dice: «40.2.1.- Régimen: la empresa contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el punto 15 de la carátula disponga lo contrario o que, por la naturaleza y condiciones, se deduzca que el contrato ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.» Conforme a esta cláusula el principio general es que, dentro de los límites legales establecidos, el contratista pueda concertar con terceros la ejecución parcial de la prestación, a no ser que en el



punto 15 de la carátula se establezcan mayores límites o se prohíba y, en el contrato que nos ocupa, al utilizarse en este punto el adverbio de negación «no», resulta clara la voluntad del órgano de contratación de que no se subcontrate la ejecución del suministro.

El TRLCSP no contiene una definición expresa de lo que entiende por subcontratación. No obstante, de la intencionalidad de su regulación y de la delimitación que de este concepto (aunque para atender a finalidades ajenas a la contratación pública) se ha hecho doctrinal y jurisprudencialmente en otras ramas jurídicas (ver, por ejemplo, el artículo 1.597 del Código Civil y el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores) se puede deducir que el subcontrato es, a los efectos del TRLCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal. Por lo que se refiere a la alegación del recurso, es relevante destacar de esta definición que la subcontratación es solo una de las modalidades de externalización de su actividad a las que puede acudir una empresa; dicho de otro modo, no siempre el uso de medios ajenos para realizar una actividad industrial o comercial es subcontratación. Así, no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación. A la vista de esta consideración, lo que plantea NESTLÉ en su recurso, y este órgano debe dirimir, es si acudir a terceras empresas para la materialización de la entrega debe ser considerado subcontratación por suponer una realización parcial del objeto del contrato o, por el contrario, nos encontramos ante una actividad externalizada por el contratista que no puede incluirse en esta figura por carecer de la nota de especificidad que la caracteriza. A juicio de este OARC / KEAO, la opción correcta es la segunda, lo que lleva a la desestimación del motivo de impugnación por las razones que se exponen a continuación.



En el contrato que nos ocupa la prestación sobre la que pesa la prohibición de subcontratar es la del suministro y la entrega de unos productos dietéticos concretos; ahora bien, dicha entrega es algo consustancial al contrato de suministro (art. 292.1 TRLCSP), hasta el punto de que este OARC/KEAO señaló en su Resolución 41/2015) que «(...) resulta imposible concebir un contrato de suministro de un bien material en el que no se figure la entrega física del producto adquirido como un aspecto de la prestación. Por ello, el artículo 292.1 TRLCSP establece que “el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas” y, en consecuencia, el artículo 297.1 TRLCSP añade que “salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.”». Por otro lado, el PPT no especifica ninguna singularidad respecto a la entrega que diferencie este acto dentro del objeto contractual o le otorgue una sustantividad o relevancia que cualifique su ejecución por un tercero como una subcontratación en sentido estricto; por el contrario, en diversos apartados del PPT se observa que este documento se limita a cumplir con lo dispuesto en el art. 292.1 del TRLCSP, especificando los lugares de entrega del suministro (cláusula 3 y Anexo II del PPT), pero sin que esta prestación tenga las notas de autonomía y sustantividad propias distintivas de la subcontratación, sino de un servicio auxiliar que comprende tareas instrumentales respecto a la prestación “característica” del contrato, que es el suministro de los bienes demandados. En este sentido, es irrelevante que el PCAP valore como un criterio de adjudicación el «Plan de Distribución y Logística», pues, entre otras razones, éste no se refiere únicamente a la entrega de bienes, pues en el mismo se demanda también información sobre aspectos como la capacidad global del licitador para entender y satisfacer los requerimientos, los medios para la preparación de los pedidos, la descripción de controles antes de la distribución, el control de entregas (que no la tiene por qué realizar el distribuidor) o el stock de los productos y plan de suministro alternativo en caso de disminución de stocks, lo que indica que mediante este criterio se valoran en gran medida aspectos que afectan al suministro.



A la misma conclusión se llega si se analiza el alcance e intención del controvertido punto 15 de la carátula del PCAP en el contexto del resto de la documentación contractual y del interés público que satisface la posibilidad legal de limitar la subcontratación. Debe tenerse también en cuenta que la prohibición de subcontratación, para no incurrir en arbitrariedad, no puede ser caprichosa, sino que debe basarse en un motivo que la haga relevante para el buen fin del contrato. Habida cuenta de cómo se han configurado los pliegos (ver párrafo anterior), no alcanza a entenderse qué aporta a dicho buen fin que el contratista principal no externalice la entrega. Consecuentemente, parece razonable considerar que el órgano de contratación no quiso incluir en el punto 15 de la carátula del PCAP (precepto cuya alcance debe interpretarse con cautela porque su aplicación puede suponer la grave consecuencia de excluir una proposición) la citada externalización, sino que se refería a otros supuestos diferentes; apoya esta tesis el hecho de que la solvencia técnica exigida (punto 29.2 de la carátula) no haga ninguna referencia a las capacidades logísticas de los licitadores, lo que excluye que la entrega sea para el poder adjudicador una parte del objeto contractual que merezca una especificación y requiera unas habilidades tan especiales que su correcta ejecución demande prohibir que el contratista la encomiende a terceros.

Se constata que las tres citadas empresas recurren a las capacidades de las mismas empresas para ejecutar la parte de la prestación referida a la distribución de los bienes. Esta práctica, que no está prohibida y es habitual cuando se trata de servicios que requieren de cierto grado de especialización es la que explica que en la oferta de estas tres empresas el apartado de Plan de Distribución y Logística sea similar sin que de ello se puedan derivar conclusiones, por desproporcionadas, como la de que nos hallamos ante tres ofertas de las empresas subcontratistas, y no de las licitadoras, o como la de que nos hallamos ante un pacto colusorio pues el recurrente, más allá de constatar que las empresas subcontratistas coinciden en las tres ofertas no, aporta evidencia, aunque sea mínima, de que se hay alterado la competencia. Téngase en cuenta que FRESENIUS, adjudicataria de varios de los lotes impugnados por NESTLÉ ha sido recurrida por NUTRICIA (EB 77/2016) por



considerar que su oferta económica era de carácter desproporcionado o anormalmente baja en comparación con el resto de ofertas efectuadas, lo que indica que, en lo que respecta al contrato impugnado, su oferta ha resultado la más competitiva.

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,

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir los recursos especiales interpuestos NUTRICIA, SRL, NESTLÉ ESPAÑA, S.A. contra la adjudicación de los siguientes lotes del contrato que tiene por objeto el “Suministro y distribución de productos dietéticos a los centros socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, promovido por Osakidetza:

- a) Inadmitir el recurso de NUTRICIA, S.R.L., respecto de todos los lotes, a excepción de los lotes 7, 8, 17, 25 y 33.
- b) Inadmitir el recurso de NESTLÉ ESPAÑA, S.A, respecto de todos los lotes, a excepción de los lotes 2, 20, 22, 30 y 37.
- c) Inadmitir el recurso de VEGENAT, S.A., al lote 33.

SEGUNDO: Desestimar los recursos especiales interpuestos por las empresas NUTRICIA, S.R.L. y NESTLÉ ESPAÑA, S.A. contra la adjudicación del resto de los lotes respecto de los cuales se ha admitido su legitimación, del contrato que tiene por objeto el suministro y distribución de productos dietéticos a los centros



socio-sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi, promovido por Osakidetza.

TERCERO: 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 del recurso, 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, 2016ko uztailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de julio de 2016