



EB 2015/085

Resolución 096/2014, de 4 de septiembre 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, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE ZUREK TÉCNICAS QUIRÚRGICAS, S.L. frente a la adjudicación del Lote 2 del acuerdo marco para el “Suministro de implantes de cadera para las organizaciones de servicios de Osakidetza”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 29 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Irún, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ZUREK TÉCNICAS QUIRÚRGICAS, S.L. (en adelante, ZUREK) contra la Resolución de 10 de junio de 2015 del Director General de la Organización Central de Osakidetza, de adjudicación del Lote 2 del acuerdo marco para el “Suministro de implantes de cadera para las organizaciones de servicios de Osakidetza”. El recurso tuvo entrada en el registro del Departamento de Administración Pública y Justicia (Zuzenean Donostia) el día 3 de julio de 2015 y 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 día 14 de julio de 2015.

Trasladado el recurso al poder adjudicador, el expediente del contrato tuvo asiento de entrada en el registro del OARC / KEAO el día 23 de julio y el informe al recurso el día 27 de julio de 2015.

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados en el procedimiento, dentro del plazo otorgado se han recibido las de MBA INCORPORADO, S.L.; TRAUMEDICA, S.L. y INDUMED SERVICIOS HOSPITALARIOS, S.A.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don A. M.J.A.A. que actúa en su nombre

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los acuerdos marco sujetos a regulación armonizada. En este caso, se trata de un acuerdo marco con un valor estimado de 25.714.299,60 €.

TERCERO: 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 objeto de recurso es la Resolución de 10 de junio de 2015 del Director General de Osakidetza de adjudicación del contrato.

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

QUINTO: En cuanto al plazo para la interposición del recurso, TRAUMÉDICA, S.L. en sus alegaciones aprecia extemporaneidad en la interposición del recurso. Invoca los apartados 2. y 3. del artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) que regulan, respectivamente, el plazo para la interposición del recurso –quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado– y la presentación del escrito de interposición, que deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el registro del órgano competente para la resolución del recurso. Alega que el recurso se presentó el día 29 de junio de 2015 en el registro de Ayuntamiento de Irún, entrando en el registro del Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco el 3 de julio siguiente. Afirma que el propio recurrente reconoce que el acto recurrido se le notifica el 12 de junio de 2015 y que el plazo para la interposición del recurso venció el 30 de julio de 2015, de modo que cuando entra el escrito en el registro del Gobierno Vasco no era viable la impugnación de la resolución a través del cauce del recurso especial, al haber vencido el plazo legal para su interposición. Por todo ello, solicita la inadmisión del recurso.



Sobre el contenido del artículo 44.3 del TRLCSP y los registros en los que puede presentarse el recurso especial en materia de contratación, este OARC / KEAO tuvo ocasión de pronunciarse en su Resolución 49/2014 donde se decía que:

«Como se ha manifestado repetidamente desde Tribunales y Órganos resolutorios, la apelación del artículo reproducido a que la interposición debe hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso supone una especialidad del recurso especial en materia de contratación respecto al régimen general previsto en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, (...).»

Al igual que en aquella ocasión, debemos señalar que es posible la interposición del recurso en la forma prevista en las letras b) y c) del artículo 38.4 de la Ley 30/1992 – en los registros de cualquier órgano administrativo o en las oficinas de Correos–, pero que su presentación en esa forma no interrumpe el plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

En cuanto al plazo de interposición, consta en el expediente que el 12 de junio de 2015 fue notificada a ZUREK la resolución de adjudicación y que ésta interpuso el recurso especial en el Ayuntamiento de Irún el día 29 de junio de 2015 y que tuvo entrada en el registro auxiliar del servicio Zuzenean dependiente del Departamento del Administración Pública y Justicia –registro admitido por el OARC / KEAO por formar parte su propio registro del general del Gobierno Vasco–. Tal y como señala el alegante, incluso tomando el día siguiente de la fecha de notificación –13 de junio de 2015– como inicio del cómputo del plazo, la entrada del recurso en el registro de Zuzenean el día 3 de julio de 2015 hace que el recurso deba considerarse extemporáneo al superar el plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Sin embargo, si se examina el contenido de la notificación de la resolución de adjudicación, se observa que se comunica a los licitadores que «conforme se establece en los artículos 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, se podrá interponer Recurso Especial ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Dicho recurso se iniciará mediante escrito a presentar en



el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado».

La notificación examinada omite el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación –artículo 40.6 del TRLCSP– y la opción de que el acto de adjudicación puede también ser recurrido conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Además, no se menciona que el recurso especial puede interponerse en el registro del órgano de contratación.

Según el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, «toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.» Mientras que el punto 3. de la propia Ley prevé que «las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.» En distintas resoluciones – Resolución 70/2015 y Resolución 121/2014, con cita en la Resoluciones 97/2012 y 76/2014– el OARC / KEAO ha defendido que «(...) en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina que sostiene que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular, debiéndose tener por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (ver las sentencias del Tribunal Supremo de 12-3-75 y de 5-12-89).» En consecuencia, el recurso debe entenderse interpuesto en plazo.

SEXTO: Admitido que el recurso ha sido interpuesto en plazo, debe examinarse lo motivos de fondo que, en síntesis, los siguientes:

En relación a su exclusión de la licitación:

a) Afirma desconocer cuál es la puntuación que han recibido y las razones de la misma, lo que les origina indefensión para poder rebatir con argumentos la



resolución de adjudicación. Solicitan que se les facilite la documentación que fundamente su exclusión.

b) Sobre la versatilidad de su material, sostiene que en otro concurso del Hospital de Cruces, sobre el mismo material, fueron adjudicatarios y que hasta la fecha han venido suministrando el material sin ningún problema en las prótesis ni en la versatilidad del instrumental utilizado. Interesan que se solicite una certificación en tal sentido al Hospital de Cruces.

En relación a la inclusión de otros adjudicatarios: TRAUMÉDICA y MBA:

a) Igualmente desconocen cuál es la puntuación que han recibido estas empresas y las razones de las mismas, lo que les origina indefensión para poder rebatir con argumentos la resolución de adjudicación. Solicitan que se les facilite la documentación que fundamente su exclusión.

b) En cuanto a la versatilidad, alegan discriminación hacia ZUREK respecto del resto de empresas licitadoras, que emplean el mismo o similar instrumental. Si no es así, interesan que la resolución impugnada razone y argumente, pues de lo contrario incurre en vicio de discrecionalidad. Afirma que MDA y TRAUMÉDICA fueron excluidas en el concurso del mismo material del Hospital de Cruces. Prosigue diciendo que INDUMED y TRAUMÉDICA suministran la misma prótesis, y que la Mesa de contratación decidió incluir a otra adjudicataria: MBA cuyo precio es superior al de ZUREK.

c) Solicita la estimación de recurso incluyendo la propuesta de ZUREK y la exclusión de TRAUMÉDICA y MBA.

SÉPTIMO: Osakidetza en su informe al recurso reproduce el apartado 9.2 del Pliego de Bases Técnicas (en adelante, PBT), donde se relacionan los aspectos a valorar y las puntuaciones a otorgar. También reproduce la puntuación obtenida por el recurrente en los aspectos relacionados.

Manifiesta que la comisión técnica encargada de evaluar los criterios de adjudicación basados en juicios de valor del expediente está formada por los Jefes de Servicio de



Traumatología de las 10 organizaciones donde se implantan prótesis de cadera. Afirma que la comisión ha seleccionado los implantes a utilizar en los lotes menos específicos con “criterios de versatilidad”, término que expresa la elección consensuada por una línea de instrumental que una mayoría de usuarios encuentra más cómoda y eficiente para la intervención quirúrgica sin menoscabo de la calidad y cumplimiento de la normativa CE que todos los productos ofertados ofrecen.

A continuación el informe efectúa una descripción del implante del lote 2 “Artroscopia parcial cementada Bipolar”, y de las características del producto ofertado por ZUREK en dicho lote.

El informe señala que MBA y TRAUMÉDICA no fueron excluidas en el contrato del Hospital de Cruces, sino que hubo empresas que consiguieron mayor puntuación en el criterio económico. Hace ver que el hecho de haber sido adjudicataria en un expediente anterior no significa que deba de serlo en el actual.

El informe se ratifica en las puntuaciones otorgadas y entiende que no procede la adjudicación a ZUREK ni la exclusión de MBA y TRAUMÉDICA.

OCTAVO: En sus alegaciones los interesados manifiestan:

MBA

Que la prótesis bipolar FURLONG de MBA fue excluida del concurso del Hospital de Cruces por cuestiones exclusivamente de tipo económico. Que estudios publicados hasta la fecha muestran la eficacia de su diseño con un índice de supervivencia del 97,3% a los diez años, cifras que se pueden superponer en 15 y 20 años. Que es la más implantada a nivel de toda España, con resultados más que satisfactorios a lo largo de los últimos 15 a 20 años.

TRAUMÉDICA

Que su oferta no fue excluida del expediente para el suministro de prótesis de cadera del Hospital de Cruces. Las eventualidades acaecidas en dicho concurso son



intrascendentes para la adjudicación del presente acuerdo marco por tratarse de dos contratos distintos en su causa, objeto, elementos subjetivos y objetivos.

Que la versatilidad del producto es un parámetro fundamentado en la percepción subjetiva del valorador, que se basa en variables tales como la comodidad del producto, modernidad y calidad instrumental, amplitud de la gama de tamaños, etc. Reconocen desconocer qué reproche ha podido merecer el producto ofertado para el órgano de contratación, siendo así que tampoco el recurrente acierta a introducir un reproche mínimamente fundado que permita cuestionar o atisbar una insuficiencia del producto de TRAUMÉDICA. Señala que el vicio de discrecionalidad que reprocha el recurrente constituye un parámetro soberano que legitima como ajustada a derecho la decisión valorativa del órgano de contratación.

Insiste en la diferencia del acuerdo marco respecto del concurso del Hospital de Cruces, tanto en el producto ofertado como en los técnicos que lo valoran.

Considera que la adjudicación a TRAUMÉDICA se ha realizado con todos los requisitos jurídicos necesarios para ello y por haber obtenido la puntuación necesaria en todos los aspectos analizados respecto de los productos ofertados, por lo que no cabe la exclusión que solicita el recurrente.

Solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la adjudicación recurrida.

INDUMED

Alega que, tal y como indica ZUREK en su petición, el recurso no les afecta porque no va en contra suyo.

DÉCIMO: El apartado 9.2 del PBT de criterios basados en juicio de valor establece los aspectos a valorar y la puntuación a otorgar en cada aspecto. La estructura que sigue el pliego es la de definir cuatro aspectos y las características de cada uno que se valorarán. Cada aspecto se divide en cuatro rangos –excelente, adecuado, regular y deficiente– y a cada rango se le otorga una puntuación que oscila entre la máxima del aspecto a valorar cuando el rango es excelente y cero puntos cuando es deficiente. El PBT contiene la advertencia que las ofertas que no alcancen la



calificación de “adecuado” en cualquiera de los cuatro apartados a valorar, quedarán excluidas de la fase de criterios basados en juicios de valor por aplicación de fórmula.

La resolución de adjudicación en su apartado expositivo presenta un cuadro que para cada Lote contiene su denominación, nombre del licitador, marca/modelo ofertado, valoración técnica conjunta de todos los aspectos, valoración del precio y valoración total. El apartado dispositivo de la resolución comienza con la relación de las ofertas excluidas y el motivo de exclusión. En todos los casos, el motivo de exclusión es «no llegar al umbral mínimo de versatilidad del instrumental Apdo. 9.2 Pliego de BT». Excepcionalmente, en el Lote 17 el motivo de exclusión es que «todas las ofertas al Lote 17 excluidas por estar contemplados los materiales en los lotes anteriores». A continuación, la resolución declara desierto el citado Lote y excluye a otras dos empresas por retirada de su oferta. Finalmente, la resolución contiene la relación de empresas que formarán parte del acuerdo marco en cada Lote, el presupuesto máximo estimado por Lote y los precios unitarios por tipo de producto.

El Lote recurrido es el número 2 de prótesis tipo bipolar. El recurrente afirma desconocer cuál es la puntuación que han recibido y las razones de la misma, y otro tanto sucede con la puntuación otorgada a los adjudicatarios, lo que le origina indefensión para poder rebatir con argumentos la resolución de adjudicación. A este respecto, debe señalarse que el artículo 151.4 del TRLCSP prevé que la adjudicación deberá ser motivada y contendrá, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. Además, en relación con los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, la resolución expresará, de forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta y, en todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

Como ha quedado indicado, la resolución de adjudicación contiene el total de puntos obtenidos en los cuatros aspectos a valorar y, en el caso del recurrente, el motivo de



su exclusión que obedece a que no alcanza el rango de adecuado en el aspecto de “versatilidad del instrumental”. Por lo demás, la resolución de adjudicación no contiene mayores elementos sobre la motivación de la puntuación otorgada en los aspectos a valorar. Hay que acudir al informe de criterios sujetos a juicio de valor – folios 163 a 230– para conocer que, efectivamente, ZUREK obtiene en el apartado de versatilidad del instrumental 2,5 puntos que equivalen a un rango regular, por debajo del adecuado que según el PBT fija el umbral de la admisión. Además de la puntuación de cada apartado valorable, el informe efectúa la siguiente observación sobre el producto ofertado por el recurrente: «marca/modelo: P130 C2F. Vástago, cabeza metálica y cabeza bipolar de acero inoxidable de buena calidad. Capacidad estratégica y operativa para soluciones logísticas. Publicaciones que avalan buenos resultados.»

Acerca de la motivación de la adjudicación este OARC / KEAO en su Resolución 8/2014 sostuvo que «el requisito de la motivación se satisface si existe una argumentación que hace referencia al caso específico. La razón de esta afirmación es que si la motivación debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico (ver las resoluciones de este órgano 52/2013 y 93/2013)». Mientras que en la Resolución 84/2013 se afirma que la atribución de puntuaciones sin explicación alguna de los elementos determinantes de cada proposición que la justifican «(...) no satisface los requisitos mínimos exigibles a la motivación, pues no permite que los interesados conozcan las razones determinantes de la puntuación al efecto de que, en su caso, formulen el oportuno recurso ni facilita que los órganos que vayan a revisarlo puedan conocer la corrección de las razones determinantes de dicho acto». Finalmente, es preciso recordar que la función de la motivación es «(...) facilitar la interposición de un recurso fundado por los interesados, función que se frustra si, como en este caso, se desconoce el proceso lógico del que se deriva la puntuación otorgada.» (Resolución 093/2013).

Aplicando la doctrina expuesta al recurso concreto que se examina, debe concluirse que la resolución impugnada no contiene el proceso lógico que da lugar a las puntuaciones otorgadas, de manera que no es posible conocer –más allá de que en un apartado concreto no alcanzan el rango de “adecuado”– las razones para la inadmisión de determinadas ofertas ni tampoco las características y ventajas de la



proposición de los adjudicatarios determinantes de su selección con preferencia a la de los restantes adjudicatarios, tal y como exige el artículo 151.4 del TRLCSP.

Prueba de la insuficiencia de la motivación es que uno de los interesados en el expediente afirma desconocer el reproche que el producto del recurrente haya podido merecer al órgano de contratación. En este mismo sentido, es significativo que en el informe del poder adjudicador al recurso especial en varios párrafos se describan características del producto ofertado por ZUREK en términos como «(...) la complejidad de este sistema hace que resulte más dificultosa su utilización. (...) la desventaja de la oferta (...) es que el sistema utilizado para la inserción y retención de la cabeza en la cúpula afecta tanto a la calidad (...) del instrumental como a la facilidad de manejo del mismo y a la sencillez solicitada para la técnica (...) a lo que se sumaría la ausencia de determinados tamaños de implante, situación que complica la cirugía. (...) oferta la cúpula más pequeña de 40 mm y los vástagos en sus tamaños más pequeños, que resultan excesivamente voluminosos para pacientes de talla baja. De ahí que la Comisión Técnica otorgue (...) 2,5 puntos en el apartado de versatilidad del instrumental.»

Como puede verse, la motivación de la exclusión ha venido con motivo de la interposición del recurso en el informe al mismo del poder adjudicador, con lo cual se ha impedido al recurrente interponer un recurso suficientemente fundado contra la adjudicación del acuerdo marco.

Los razonamientos expuestos sirven igualmente para el reproche del recurrente sobre las puntuaciones que han recibido otros adjudicatarios y la falta de su motivación.

Por tanto, debe estimarse la pretensión del recurrente y declarar nula la resolución de adjudicación por carecer de la motivación que se exige en el artículo 151.4 del TRLCSP.

UNDÉCIMO: La falta de motivación hace innecesario el examen del otro motivo de impugnación como es el de la versatilidad del instrumental propuesto, que podrá ser objeto de impugnación una vez que se motive suficientemente la adjudicación del acuerdo marco. En consecuencia, no puede acogerse la pretensión del recurrente de que se excluya a dos de las empresas adjudicatarias.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE ZUREK TÉCNICAS QUIRÚRGICAS, S.L. frente a la adjudicación del acuerdo marco para el “Suministro de implantes de cadera para las organizaciones de servicios de Osakidetza”, declarando la nulidad de la Resolución de 10 de junio de 2015, del Director General de Osakidetza, de adjudicación del Lote 2 del acuerdo marco, ordenando la retroacción de las actuaciones hasta la emisión de una nueva resolución debidamente motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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 irailaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de septiembre de 2015