



EB 2020/056

Resolución 085/2020, de 29 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titulararena, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE – NOVALTIA – DFG contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Suministro para la ejecución de la ampliación del servicio de farmacia del Hospital Galdakao – Usansolo de la OSI Barrualde – Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de mayo de 2020 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE – NOVALTIA – DFG (en adelante, “la UTE”) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Suministro para la ejecución de la ampliación del servicio de farmacia del Hospital Galdakao – Usansolo de la OSI Barrualde – Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 20 de mayo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). El día 22 de mayo se recibió el expediente. A fecha de hoy, no se ha recibido el informe.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de mayo, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

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

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Se trata de un contrato mixto de obra, servicios y suministro, siendo aplicable la regulación de este último (apartado 3.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP), por lo que cabe la interposición del recurso especial en materia de contratación pública, al ser el valor estimado superior a los 100.000 euros (artículo 44.1 a) de la LCSP).

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Por lo que se refiere a la impugnabilidad del acto, se observa que se recurren las actas de las reuniones de la Mesa de Contratación de fechas 3 y 9 de marzo, por las que se propone al órgano de contratación la exclusión de la UTE; desde un punto de vista formal, ambos actos no deciden la exclusión de la proposición, sino que son “reflexiones internas” del poder adjudicador con vistas a la adopción de la correspondiente resolución de adjudicación, en la que dicho órgano confirmaría o no la propuesta y que sería, en su caso, el acto recurrible al amparo del artículo 44.2 b) de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 37/2020 del OARC / KEAO). No obstante, debe tenerse en cuenta que, desde un punto de vista material, la decisión de la Mesa ha impedido la continuidad de la UTE en el procedimiento de adjudicación porque no se ha



evaluado su oferta, como sí se ha hecho con las de sus competidores, lo que le ha causado el perjuicio cierto propio de los actos impugnables y que los distingue de las citadas reflexiones (ver, por todas, la Resolución 154/2019 del OARC / KEAO). Por otro lado, según los datos que constan en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi, con fecha 10 de junio se dictó la Resolución de adjudicación del contrato, que incluye la exclusión de la recurrente en los términos planteados por la Mesa; consecuentemente, sería contrario a la economía procesal y al efecto útil del recurso especial inadmitir la impugnación cuando ya se conoce que con posterioridad dicho acto ha sido confirmado por otro plenamente recurrible. Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) La exclusión impugnada, consistente en incluir en el sobre reservado a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor una referencia a uno de los criterios evaluables mediante fórmula (plazo de garantía de los equipamientos), es arbitraria e insuficientemente motivada. El recurrente afirma que, en este caso, no se ha comprometido la objetividad de la evaluación, y que se trata de un error intrascendente y subsanable.



b) Se alega que el texto debatido no perjudica a otros licitadores porque se refiere solo a un plazo de sistemas que son solo una pequeña parte de la instalación comprendida en el criterio de adjudicación sujeto a fórmula y no se refiere a la garantía sino a una serie de servicios de un periodo de implantación, de modo que el dato revelado no sirve para anticipar el resultado de dicha fórmula.

c) La UTE estima que el criterio de adjudicación relativo al plazo de garantía está insuficientemente definido y que es evidente la inexistencia de una fórmula para el cálculo de la puntuación obtenida y alega oscuridad en los pliegos en cuanto a la inclusión de los periodos de garantía en el proceso de implantación y en los tiempos de respuesta, indefensión generada por la falta de motivación de la exclusión y arbitrariedad en el criterio valorativo de la Mesa de Contratación.

d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción del procedimiento para que se evalúe la oferta de la recurrente; subsidiariamente, se solicita que se declare la nulidad del expediente.

SÉPTIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación; en concreto, el contenido relevante para el caso es el siguiente:

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

(...)

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

(...)

22.2.2.- Criterios cuya cuantificación depende de aplicación de fórmulas

GARANTÍA	12
Mínima de 24 meses para los EQUIPAMIENTOS. Se valorará 0,5 puntos por mes que exceda el mínimo exigido, hasta un máximo de 6 puntos. La garantía incluye todos los equipamientos objeto del expediente. Mínima de 12 meses para las INSTALACIONES Y OBRA. Se valorará 0,125 puntos por mes que exceda el mínimo exigido, hasta un máximo de 6 puntos. La garantía incluye todas las instalaciones y obra objeto del expediente.	
TOTAL CRITERIOS POR APLICACIÓN DE FÓRMULA	52



Criterios de Valoración por Aplicación de Fórmulas para cada uno de los Lotes.

(...)

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE.

(...)

24.3.- SOBRE C: OFERTA PARA CUYA EVALUACIÓN SE REQUIERE EFECTUAR UN JUICIO DE VALOR: Si

(...)

NO SE INCLUIRÁN en este sobre, datos susceptibles de ser valorados mediante el uso de fórmulas, es decir, precio y plazo de garantía

CONDICIONES GENERALES

(...)

14.- MOTIVOS DE RECHAZO DE OFERTAS Y SOLICITUD DE ACLARACIONES.

14.1.- La mesa de contratación acordará el rechazo de aquellas ofertas que:

- a) Incluyan algún documento dentro de un sobre diferente al indicado en la cláusula 24 de cláusulas específicas del contrato y ello comprometa el secreto de la oferta.
- b) Presenten contradicciones, omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer con total certeza su contenido.
- c) No guarden concordancia con la documentación examinada y admitida.
- d) Superen el presupuesto base de licitación o de los precios unitarios que revistan carácter de máximos.
- e) Varíen sustancialmente el modelo de oferta económica incluido en este pliego.
- f) Comporten error manifiesto en el importe.
- g) Adolezcan de error o inconsistencia que la hagan inviable reconocida por la licitadora.
- h) Incumplan las condiciones o requisitos establecidos en el PCAP o PPTP.
- i) Contenga virus que imposibiliten su lectura o el acceso a su contenido.
- j) En el caso de que se presente la oferta después de que finalice el plazo establecido en el anuncio de licitación.

Pliego de bases técnicas

(...)

6. GARANTÍA

6.1. El plazo de garantía mínimo de las instalaciones y obras será de 12 meses y del equipamiento y mobiliario será de 24 meses, contados a partir de la firma del acta de recepción



de los equipamientos, debiendo ser suministrada la formación básica a los usuarios antes de esta fecha.

6.2. La cobertura de la garantía para los equipamientos ofertados será total sin restricciones e incluirá operaciones de mantenimiento preventivo y correctivo; mano de obra y desplazamiento de todas y cada una de las operaciones de cualquier índole realizadas sobre cualquier equipo, de sus componentes y accesorios, objeto del contrato; material necesario para llevar a cabo tanto las reparaciones necesarias y/o sustituciones, como las revisiones preventivas, sea cual fuere su importe; las modificaciones y actualizaciones necesarias a indicación del fabricante de los equipos; y soporte telefónico gratuito.

6.3. Durante el plazo de garantía la empresa adjudicataria realizará sobre la totalidad del equipamiento, y de todos sus componentes y accesorios, las siguientes actividades que correrán por cuenta del adjudicatario:

6.3.1. Operaciones de mantenimiento preventivo en la que se incluirá todas las actividades de limpieza, mediciones, comprobaciones, regulaciones, chequeos, ajustes, reglaje, engrases, kits de mantenimiento preventivo, etc., y todas aquellas acciones que garanticen la adecuada utilización, durabilidad y buena conservación del equipamiento, y de todos sus componentes y accesorios, desde el punto de vista funcional, de seguridad, etc., todo ello de acuerdo con los protocolos recomendados por el fabricante de los equipos.

6.3.2. Control, regulación y vigilancia de los parámetros funcionales que definen el buen estado de funcionamiento de los equipos, así como aquellos parámetros objeto de especial vigilancia.

6.3.3. Acciones correctivas sobre cualquier defecto de los equipos que hagan disminuir su rendimiento y/o disponibilidad de funcionamiento, produzca un mayor gasto de energía, consumibles, etc., o pueda poner en peligro a los usuarios y/o pacientes; realizándose sobre los equipos todo tipo de actuaciones tendentes a su reparación y puesta en servicio en los plazos más exiguos posibles. Incluirá la sustitución de piezas, mano de obra, desplazamientos y dietas necesarias.

6.4. Todos los trabajos de mantenimiento se realizarán por personal especializado de la empresa adjudicataria sus fechas de realización se fijarán de común acuerdo con el Servicio Técnico, y los diversos Servicios implicados dentro de la organización de servicios.

6.5. Las obras e instalaciones deberán ser mantenidas por la OSI Barrualde Galdakao. El periodo de garantía cubrirá defectos de ejecución de obra e instalaciones.

Por otro lado, en la documentación aportada por la recurrente para la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor figura el siguiente contenido (archivo Sobre C, parte 1 – parte 2 del expediente, página 13):



8.1- Garantía

Una vez estén instalados todos los equipos, se haya completado el proceso de formación tanto a nivel usuario como a nivel técnico, y se hayan validado todos y cada uno de ellos, se procederá a la puesta en marcha de estos para realizar el acondicionamiento de medicación en dosis individualizadas de pacientes reales.

Es a partir de este momento que entrará en vigor el periodo de garantía y tendrá una duración de 36 meses. La garantía es aplicable a todo el equipamiento instalado por Automización Farmacéutica S.L y cubre los siguientes apartados:

- Piezas de Repuesto o partes completas.
- Mano de Obra
- Desplazamientos
- Actualizaciones de Software o de Hardware
- Actualización de componentes en caso de lanzamiento de nuevas versiones en los modelos instalados.

Este paquete es para nosotros internamente un “Total Care”

Durante estos 36 meses y posteriores cuando Osakidetza contrate nuestro servicio de mantenimiento, el plan de soporte estará basado en 4 niveles:

1. Asistencia Telefónica: Estará disponible de Lunes a Viernes de 08:00 a 22:00 y sábados de 08:30 a 14:30
2. Asistencia en Remoto: Al igual que la asistencia Telefónica, estará disponible de Lunes a Viernes de 08:00 a 22:00 y sábados de 08:30 a 14:30
3. Mantenimiento Preventivo
4. Mantenimiento Correctivo

La exclusión impugnada se basa en que la introducción de este texto anticipa un contenido relativo a un criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante fórmula, infringiendo los artículos 146.2 de la LCSP y 26 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como los pliegos de la licitación. Además de solicitar la anulación de dicha impugnación, el recurrente solicita subsidiariamente la nulidad de todo el procedimiento por oscuridad de los pliegos. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre todo ello.



a) Sobre la exclusión de la recurrente por infringir la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este Órgano para después contrastarla con el caso concreto.

a 1) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el



secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

a 2) Sobre la inclusión de un dato relativo a un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula en el archivo correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

El núcleo del debate suscitado por el recurso es si la oferta de la UTE fue correctamente excluida por incluir en el sobre referido a los criterios discrecionales información propia de los criterios evaluables mediante fórmulas. La recurrente, en principio, no niega la inserción errónea de documentación, pero alega que se trata de un error que, en este caso, es irrelevante y subsanable. Este motivo de recurso debe desestimarse, pues la literalidad de la información debatida es clara y alude a un elemento (la duración en meses de la garantía ofertada para los equipamientos) que es parte de la fórmula que se emplea para valorar de modo automático un criterio de adjudicación. A partir de ahí, lo cierto es que quien tenga que valorar los criterios discrecionales ya conoce un dato susceptible de anticipar el contenido de la propuesta relativa a los criterios automáticos, quedando así comprometida la objetividad de la valoración que el sistema de evaluación separada pretende preservar. La infracción es, por su propia naturaleza, insubsanable, pues no se refiere a un extremo dudoso de la proposición precisado de aclaración, sino al conocimiento de su contenido en un momento procesal anterior al legalmente establecido.

Debe añadirse que la alegada distinción entre el periodo de garantía y el periodo de implantación se desmiente por la sustancial identidad entre la proposición y la amplia y clara definición de “Garantía” del apartado 6 del



Pliego de Prescripciones Técnicas, y que el debate sobre si la garantía se refiere a todos o a solo una parte de los equipamientos, además de forzar una interpretación de la oferta contraria a su letra, no es aquí relevante porque, en cualquiera de los dos casos, se habría producido una revelación anticipada de un dato que solo debió conocerse posteriormente.

Finalmente, debe descartarse la alegación de que el acto impugnado esté insuficientemente motivado por ser, en el mejor de los casos, irrelevante; como ya ha señalado este Órgano (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 143/2015, página 50, y 80/2019), la motivación es un requisito formal cuya omisión solo es relevante si conlleva que el acto no puede alcanzar su finalidad o, por lo que interesa ahora, indefensión del interesado (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), siendo claro que, en este caso, no la ha habido, pues el recurrente ha podido interponer una impugnación ampliamente fundada.

b) Sobre el «recurso indirecto» contra los pliegos

La pretensión subsidiaria del recurso es la nulidad del expediente que, al no plantearse en el plazo autónomo para impugnar los pliegos, sino a propósito de un acto del procedimiento (la exclusión), reúne las características de la figura generalmente conocida como «recurso indirecto». A continuación, se expone la doctrina general de este OARC / KEAO sobre el alcance y los límites de dicha figura y su aplicación al caso concreto.

b.1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano (ver, por todas, la que lleva el número 219/2019) se deduce la siguiente doctrina:

- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del



recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58).
- Además, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 137/2019, de 15 de mayo de 2019, ECLI:[ES:TSJPV:2019:1674](#), admite el recurso indirecto para



impugnar los vicios que afecten a derechos y libertades del recurrente susceptibles de amparo constitucional.

El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.

b 2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Una vez aplicada la doctrina general expuesta en el epígrafe anterior, este Órgano entiende que no procede admitir el recurso indirecto porque no se observa (ni el recurrente concreta o acredita) que los pliegos incluyan una cláusula que ampare la exclusión y que adolezca de ambigüedad u oscuridad que haya ocultado un vicio de invalidez cuyo carácter perjudicial solo haya podido percibirse con ocasión del acto de exclusión y que ahora ampara dicha exclusión; por el contrario, la base del acto impugnado es la infracción de la valoración separada, prevista claramente tanto en los pliegos como en la propia LCSP.

c) Conclusión

Por todo lo anteriormente manifestado, procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la UTE – NOVALTIA – DFG contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Suministro para la ejecución de la ampliación del servicio de farmacia del Hospital Galdakao – Usansolo de la OSI Barrualde – Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

CUARTA: 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko ekainaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de junio de 2020