



EB 2021/022

Resolución 061/2021, de 12 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DISTRAUMA MEDICAL, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para el servicio de anestesia y reanimación – Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces (lote 16)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de febrero de 2021 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DISTRAUMA MEDICAL, S.L. (en adelante, DISTRAUMA) contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para el servicio de anestesia y reanimación – Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces (lote 16)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 15, se recibió, los días 17 de febrero y 4 de marzo, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 22 de febrero, se han recibido el día 1 de marzo, las alegaciones de STRYKER IBERIA, S.L., adjudicatario impugnado (en adelante, STRYKER).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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



SEXTO: Motivos del recurso

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) La oferta de la recurrente fue excluida de la licitación por no haber alcanzado el umbral mínimo de 10 puntos en la valoración técnica (sobre un máximo de 48 posibles). Llama la atención que, de las tres ofertas presentadas para el lote 16, la adjudicataria obtuvo la máxima puntuación, mientras que las otras dos licitadoras se quedaron a un punto del umbral mínimo exigido para continuar en el procedimiento.
- b) Entrando en los escuetos motivos de la valoración, resulta que el producto ofertado por DISTRAUMA es de calidad no suficiente por contener clorhexidina, mientras que el producto de STRYKER contiene peróxido de hidrógeno. Los pliegos no contemplan ninguna referencia a la preferencia por los productos con peróxido de hidrógeno en detrimento de los productos con clorhexidina; lo único que se exige expresamente es que los productos contengan “7 ml. Solución antiséptica”. En el mundo científico hay un amplio consenso en que la clorhexidina es el antiséptico más eficaz, y el recurrente entiende que la decisión de excluir su oferta es arbitraria.
- c) En contra de lo dispuesto en el artículo 83.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que establece que las ofertas correspondientes a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos, el sobre con la oferta económica de DISTRAUMA sí fue abierto y su contenido se publicó en el perfil del contratante. Esta infracción supone la nulidad del procedimiento e impide una posible retroacción del procedimiento porque la nueva valoración estaría contaminada por infracción del secreto de las ofertas.
- d) Finalmente, se solicita la nulidad de la adjudicación del lote 16, la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la adopción de la



adjudicación y la nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación del lote 16.

SÉPTIMO: Alegaciones de STRYKER

STRYKER se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El acto impugnado está amparado por la discrecionalidad técnica que corresponde al poder adjudicador (que DISTRAUMA pretende sustituir por su propio criterio) para la aplicación de los criterios de adjudicación, y la valoración de la oferta de la adjudicataria no se basa únicamente en el uso del peróxido de hidrógeno, sino también en la conexión de los equipos, que no se da en la proposición de la recurrente.

b) Fuentes científicas afirman que la clorhexidina podría inactivarse y debería considerarse su uso 30 minutos después de otros productos.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

a) La oferta del recurrente fue calificada como técnicamente válida, y su exclusión se basa en no alcanzar el umbral mínimo fijado para la calidad técnica.

b) Las puntuaciones otorgadas no son arbitrarias porque se basan en un aspecto tan determinante como es la composición del producto, la cual afecta a su calidad, por lo que están suficientemente motivadas.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente alega que la valoración de su oferta, que ha supuesto su exclusión por no superar el umbral mínimo de puntuación establecido en los pliegos, ha sido arbitraria. Además, afirma que se ha infringido el artículo 83.5



del RGLCAP por haberse abierto su oferta a pesar de haber sido excluida. El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir del contenido relevante de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando a los licitadores y a Osakidetza por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Si

- A. CRITERIO VALORACIÓN TÉCNICA: 48 puntos, con un umbral mínimo de 10 puntos. La calidad del producto se puntuará hasta un máximo de 48 puntos pudiendo ser:
- 0 puntos: Ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, no presentación de muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado o no válido.
 - De 1 a 9 puntos: Productos técnicamente válidos pero de una calidad no suficiente.
 - De 10 a 30 puntos: Productos técnicamente válidos de una calidad adecuada.
 - De 30 a 48 puntos: Productos u ofertas preferentes de calidad excelente.
- ASPECTOS VALORABLES EN ESTE CRITERIO: Adecuación a las bases técnicas.

Pliego de Prescripciones Técnicas

Lote	Denominación	Nº de Unidades	UMB	UMC	Precio max. Unitario	Importe Total	Obligatorio Lote Entero	Adjudicación Compartida	Valorar Muestras	Procede entregar muestras	Nº Und a entregar
Sorta	Izena	Unitate zk.	UMB	UMC	Gehienezko aleko prezioa	Zenbateko guztia	Lote osoa nahitaez	Esleipen partekatua	Laginen balioa	laginak entregatu behar dira	Entregatu beharreko alekopurua
16	EQUIPO ASPIRACIÓN BUCAL CON SOLUCIÓN ANTISÉPTICA Compuesto por : 2- Hisopos con succión (aprox). 7 ml Solución antiséptica. (aprox) 2 g Hidratante bucal (aprox)	52.650	UNO	1	2,10	110.565,00	SI	NO	SI	SI	2

Asimismo, el informe que sustenta la evaluación del criterio de adjudicación “Valoración técnica” para el lote 16 es el siguiente:

16.001	EQUIPO ASPIRACION BUCAL CON SOLUCIÓN ANTISEPTICA	DISTRAUMA MEDICAL, S.L.	1979K4478 BIC	9	CON CLORHEXIDINA
16.001	EQUIPO ASPIRACION BUCAL CON SOLUCIÓN ANTISEPTICA	INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L.	I3016001	9	NO APTU
16.001	EQUIPO ASPIRACION BUCAL CON SOLUCIÓN ANTISEPTICA	STRYKER IBERIA, S.L.	6513#X	48	CON PERÓXIDO DE HIDRÓGENO CONECTA CON LOS EQUIPOS

USADO CON SUPERFICIA



A la vista de lo anterior, y de la documentación que consta en el expediente, se formulan a continuación las apreciaciones de este Órgano:

a) Sobre la valoración de la oferta excluida por no superar el umbral eliminatorio en el criterio “Valoración técnica”

Los pliegos configuran uno de los criterios de adjudicación (la “Valoración técnica”) con un umbral mínimo (al menos 10 puntos de 48 posibles), de tal modo que las ofertas que no lo alcancen quedan excluidas de la licitación. La utilización de este sistema se prevé en el artículo 146.3 de la LCSP, y su acomodo en la Directiva 2014/24/UE está confirmado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 20/9/2018, asunto C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752. Este Órgano ha señalado que, cuando se opte por este sistema, debe extremarse la adecuación del uso de la discrecionalidad técnica en la aplicación de los criterios de adjudicación con efecto eliminatorio, porque sus irregularidades no pueden paliarse en la aplicación de los demás criterios, de tal modo que el licitador ilegalmente perjudicado en la evaluación de algunos criterios podría incluso llegar a ser el adjudicatario tras la valoración global de todos ellos (ver, por ejemplo, la Resolución 88/2018 del OARC / KEAO). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que el poder adjudicador excluya las proposiciones que no alcancen una puntuación mínima predeterminada en la evaluación técnica no excusa de fijar el objeto del contrato y las prescripciones técnicas en los términos legalmente exigidos (ver, por ejemplo, los artículos 99.1 y 126 y siguientes de la LCSP), de modo que el umbral eliminatorio en la aplicación de los criterios de adjudicación desempeñe, de hecho, la función atribuida a dichas prescripciones pero concediendo una mayor discrecionalidad al poder adjudicador para determinar si la oferta se ajusta a ellas. Además, los criterios de adjudicación eliminatorios deben cumplir los requisitos que generalmente son exigibles a cualquier criterio, en particular, el de no conferir al poder adjudicador una libertad de elección incondicional (ver el artículo 145.5 b) de la LCSP, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO y, especialmente, el apartado 31 de la sentencia en el asunto C-546/16, antes citada).



Una vez tenidas en cuenta estas prevenciones, es aplicable la doctrina general reiteradamente expuesta por este Órgano sobre el alcance y los límites de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador para aplicar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (ver, por todas, su Resolución 20/2021). En síntesis, esta doctrina establece que el órgano de contratación goza de un margen para la aplicación de dichos criterios, de manera que no es revisable por el OARC / KEAO lo referido a los juicios técnicos, pero sí ciertos límites generales de la actividad discrecional, como son la competencia del órgano, el respeto al procedimiento establecido y a los hechos determinantes de la decisión, o la adecuación al fin perseguido y a los principios generales del derecho (especialmente, los de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad). Asimismo, el ejercicio de esta potestad discrecional debe respetar su fondo reglado, tal y como éste se deduzca de la descripción del criterio de adjudicación y de las prescripciones técnicas (ver, respectivamente, por ejemplo, las Resoluciones 130/2017 y 18/2015 y 147/2019 del OARC / KEAO).

Por otro lado, sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 30/2021). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y, lo que es especialmente importante en este caso, expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás.

A la vista de todo ello, este Órgano entiende que el motivo de impugnación debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:



- 1) El recurrente obtiene 9 puntos sobre 48 posibles, exactamente uno menos de los necesarios para superar el umbral, y coincidiendo con la máxima puntuación de lo que el pliego denomina “Productos técnicamente válidos, pero de una calidad no suficiente”. La única motivación al respecto es “Con clorhexidina”. Esta escuetísima mención vendría a significar, según el informe del poder adjudicador de contestación al recurso, que el uso de dicha sustancia como solución antiséptica supone un menor valor técnico de la proposición en comparación con el empleo del peróxido de hidrógeno (lo que el recurrente niega), el cual es parte de la justificación de la obtención de 48 puntos (el máximo posible) por la adjudicataria.

- 2) La descripción del criterio de adjudicación “Valoración técnica” solo contiene una mención a los aspectos o contenidos concretos de la oferta que merecerán una evaluación favorable, que es la expresión “Adecuación a las bases técnicas”. Esta expresión, por ínfima e insuficiente que pudiera considerarse, es el único fondo reglado que debe respetar el poder adjudicador en la aplicación del criterio como límite al ejercicio de la discrecionalidad técnica. Analizadas las citadas “bases técnicas”, se observa que las especificaciones técnicas del Lote 16 contenidas en el PPT consisten en “2-Hisopos con succión (aprox), 7 ml Solución antiséptica (aprox), 2g Hidratante bucal (aprox)” y no se incluye en ellas ninguna mención o indicio que permita deducir racionalmente, de modo directo o indirecto, que el órgano de contratación pudiera llegar a interpretar el citado criterio en el sentido de premiar o penalizar el uso de una u otra solución antiséptica y menos aún las concretamente ofrecidas por el recurrente y el adjudicatario.

- 3) La evidente infracción del mínimo fondo reglado del criterio ha tenido como grave consecuencia la exclusión de la proposición, sin que, además, haya una mínima motivación que justifique por qué la clorhexidina es una propuesta técnica de calidad “no suficiente”. A esta circunstancia se unen la parca redacción de las prescripciones técnicas (que no permite determinar el nivel de calidad técnica que las ofertas deben garantizar),



una descripción del criterio de adjudicación cuyo único contenido sustantivo es la remisión a dichas prescripciones técnicas y el hecho de que todas las ofertas presentadas hayan sido excluidas por no superar el umbral eliminatorio justo con un punto menos de los necesarios mientras que la oferta del adjudicatario obtiene la máxima puntuación posible. Todo ello hace pensar que el poder adjudicador no ha empleado la legítima opción de fijar criterios de adjudicación con umbrales eliminatorios para obtener suministros de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades (ver el apartado 29 de la sentencia en el asunto C-546/16), sino como medio para eliminar arbitrariamente proposiciones.

b) Conclusión

La aceptación del motivo de recurso analizado en la letra a) anterior tiene las siguientes consecuencias:

- 1) En primer lugar, debe anularse el acto impugnado. Si bien dicha anulación conllevaría, en principio, la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva aplicación de los criterios de adjudicación, tal cosa no es posible porque ya no puede tramitarse dicha evaluación en fases separadas, como pide el artículo 146.2 de la LCSP, por lo que procede la cancelación de la licitación. Este efecto de la disposición no agrava la situación inicial del recurrente (artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), que mejora su situación al pasar de ser un licitador no adjudicatario a poder presentar una proposición en una previsible nueva licitación, y tampoco infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque, a pesar de que el recurso no solicita la cancelación, ésta viene impuesta por la estructura con la que la LCSP ha configurado el procedimiento de adjudicación, que impide la efectividad de la retroacción (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).



- 2) La necesidad de que la resolución del recurso especial sea congruente con la petición del recurso (artículo 57.2 de la LCSP), tal y como ha sido entendida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ver, por ejemplo su sentencia de 21/9/2015, ECLI:ES:TSJPV:2015:3036, que anula la Resolución 76/2014 del OARC / KEAO) y el hecho de que el recurrente no haya instado la impugnación indirecta del criterio de adjudicación cuya aplicación se debate (sobre los requisitos del “recurso indirecto”, ver, por ejemplo, la Resolución 219/2019 del OARC / KEAO, así como los apartados 27, 53 y 54 de la sentencia del TJUE de 12/3/2015, asunto C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166) hacen que este Órgano no pueda adoptar decisión alguna sobre el mismo.

- 3) La aceptación del primer motivo de impugnación y la consecuente cancelación de la licitación hacen innecesario el análisis del segundo motivo del recurso, basado en la inadecuación de la apertura de la parte de la oferta del recurrente referida a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas, ya que su hipotética estimación no podría en ningún caso concluir en un resultado diferente.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DISTRAUMA MEDICAL, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para el servicio de anestesia y reanimación –



Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces (lote 16)", tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko apirilaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de abril de 2021