



EB 2021/110

Resolución 151/2021, de 23 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularrak, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PALL ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de filtros antimicrobianos de uso terminal para la OSI Donostialdea”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 17 de junio de 2021 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PALL ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, PALL) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de filtros antimicrobianos de uso terminal para la OSI Donostialdea”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 18 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la 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). Dicha documentación se recibió el 25 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 29 de junio, se han recibido el día 5 de julio las alegaciones de la mercantil AQUA FREE GmbH (en adelante, AQUA FREE), adjudicataria impugnada.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de B.E.F.B. 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

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El recurrente alega que se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente, pues han existido limitaciones tanto respecto al tiempo y forma de visionado del mismo como al propio contenido por la calificación de confidencial de gran parte de la oferta de AQUA FREE. Todo ello ha provocado una indefensión material a la hora de fundamentar el recurso, por lo que solicita en esta fase de recurso el acceso al expediente de conformidad con el artículo 52 de la LCSP.
- b) Los filtros de agua ofertados por la adjudicataria no son conformes a derecho, pues los comercializa ilegalmente como productos sanitarios con marcado CE, cuando todos los organismos oficiales han concluido de forma inequívoca que el tipo de filtro de agua a suministrar no es un producto sanitario y, por tanto, no puede ostentar el marcado CE. Por ello, un órgano de contratación no puede formalizar un contrato de suministro con una empresa que comercializa ilegalmente un producto incurso en una infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 112.2 c), apartado 5º, del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- c) La oferta de AQUA FREE debió ser excluida por incumplir los requisitos mínimos de las cláusulas del PPT números 3.1.2, 3.1.3, 3.1.8 y 3.1.10.
- d) Existe falta de motivación en el acuerdo de adjudicación y se ha producido una incorrecta puntuación de la oferta de la adjudicataria.
- e) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación y que se realice una nueva con la adjudicación del contrato a PALL; subsidiariamente, solicita la anulación de los pliegos tras la ilegal modificación del PPT ocurrida en el transcurso de la licitación y que se retrotraigan las actuaciones al momento previo de su aprobación.



SÉPTIMO: Alegaciones de AQUA FREE

La adjudicataria impugnada alega, en resumen, lo siguiente:

- a) Debe ser denegado el acceso al expediente, pues la actuación en este aspecto del órgano de contratación ha sido irreprochable, tanto por haber facilitado el derecho de acceso, su decisión acerca del ejercicio de dicho acceso y el tratamiento como confidencial de ciertos extremos de la oferta de AQUA FREE.
- b) Los productos presentados por la alegante a la presente licitación no tienen el marcado CE, ni se identifican como productos sanitarios.
- c) Todos los productos ofertados por la adjudicataria cumplen con las exigencias de los pliegos reguladores y la normativa aplicable al caso.
- d) De la lectura del acuerdo de adjudicación y del informe técnico que lo sustenta se desprende con claridad que se cumple con las exigencias establecidas por la jurisprudencia para la motivación administrativa.
- e) Respecto a la alegación de la supuesta nulidad de las modificaciones del PPT, debe indicarse que la recurrente no impugnó las mismas en el momento procesal oportuno, no cabiendo ahora un recurso indirecto a los mismos por el carácter preclusivo del plazo para su impugnación y, además, no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para el recurso indirecto de los pliegos.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se exponen:



- a) En lo que respecta la aclaración de los pliegos efectuada antes del vencimiento del plazo de presentación de ofertas, la recurrente no puso objeción alguna y presentó su proposición conforme a la misma.
- b) En lo que se refiere a la falta de motivación del acuerdo de adjudicación, debe indicarse que el informe técnico publicado que lo sustenta contiene la suficiente información para justificar las puntuaciones otorgadas.
- c) Con relación al mercado CE, se trata de un tema no pacífico que a lo largo de la licitación ha generado una gran incertidumbre sobre su exigencia o no al órgano de contratación, optando finalmente por el no. Ahora bien, el poder adjudicador se plantea, al margen de la licitud o no del mercado en este tipo de filtros, en qué puede afectar a los pacientes dicha cuestión.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS,

3.1 - CARACTERÍSTICAS EXCLUYENTES GENERALES DE LOS FILTROS TERMINALES

- 1. Dispositivo estéril.
- 2. Eficacia de filtración bacteriana de grado esterilizante según estándar ASTM F.838-15. Para poder valorar esta eficacia se indicará si la filtración es por fibra hueca o por doble membrana de filtración. La filtración bacteriana será eficaz para organismos de 0,2micras y superiores.
- 3. El filtro debe cumplir los requisitos del RD865/2003 y los del hospital:
 - ☐ Debe ser de probada eficacia para la retención de Legionella a lo largo de su vida útil en condiciones reales de uso.
 - ☐ La vida útil será de al menos 60 días en condiciones reales de uso.
 - ☐ Debe ser compatible con los tratamientos desinfectantes y soportar choque térmico de hasta 75°C durante 90 minutos a 4,5 Kg de presión. Debe soportar durante su vida útil una temperatura continua de 60°C



4. El filtro no alterará las propiedades organolépticas y la potabilidad del agua y debe contar con certificación que respalde que es un dispositivo apto para su uso con agua potable. Los materiales y composición del filtro no deben contaminar ni generar residuos en el agua filtrada
5. El filtro debe cumplir con los requisitos del Reglamento Europeo N° 1935/2004 sobre materiales y objetos destinados a entrar en contacto con alimentos.
6. El filtro debe demostrar que su uso no contribuye a un incremento de la contaminación bacteriana desde el filtro hacia el interior de la instalación de agua potable. Se presentará informe técnico emitido por laboratorio acreditado para validación de sistemas de filtración, que compare la contaminación aguas arriba en un periodo previo, durante y posterior al uso del filtro, evidenciando que no hay mayor contaminación.
7. Eficacia bacteriostática de la carcasa conforme a estándar internacional a lo largo de su vida útil.
8. Eficacia de filtración de hongo *Aspergillus* y otras bacterias relevantes en la infección nosocomial a lo largo de su vida útil.
9. Incorporará un sistema de trazabilidad digital, además de identificación individual inamovible, para cada filtro.
10. Documentación técnica y validaciones acreditadas acordes a la norma ISO 9001:2015.
11. Centros de producción con certificado del estándar internacional ISO 14001.
12. El dispositivo de conexión del filtro debe aportar código de identificación inamovible que facilite la localización del punto.

(...)

3.3 - ENVASE DE PRESENTACIÓN

- ☐ La envoltura del filtro deberá garantizar la integridad del dispositivo hasta el momento del uso, incorporando todos los pictogramas estandarizados, indicando código de lote.
- ☐ El licitador deberá proporcionar los conectores adecuados para cualquier tipo de instalación y presiones. Estos conectores deben ser compatibles con todos los tipos de filtros de ducha y grifo
- ☐ Si se utilizan conectores o soportes para el filtro, su vida útil deberá ser superior a los 3 años.
- ☐ El licitador deberá presentar un producto que cumpla todas las características generales anteriormente citadas y que cumpla los requisitos de embalaje descritos.



☐ La ausencia de presentación de esta documentación acreditativa o el incumplimiento de alguno de estos requisitos será objeto de exclusión del presente expediente de contratación

NOTA

Con objeto de facilitar el preceptivo informe basado en un juicio de valor se recomienda que la documentación técnica del **sobre C**, fundamentalmente lo requerido en el punto **“3.1.y 3.2 Características generales de los filtros terminales”**, se presente respetando el mismo orden y numeración.

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES:

(...)

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: No.

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: Sí.

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: **50 puntos y Umbral Mínimo de 25 puntos.**

☐ **Criterio: Basado en un juicio de valor.**

Descripción	Puntos máximos	Umbral mínimo	Ponderación
<u>Calidad del producto ofertado</u> ▪ Se valorará la calidad de los filtros y de las muestras proporcionadas. ▪ Acabados, facilidad de instalación, sustitución y mantenimiento de los filtros. ▪ Fiabilidad, eficacia y seguridad de los filtros.	30	25	50%
<u>Sistema de trazabilidad</u> La calidad, fiabilidad y seguridad, facilidad de uso y seguimiento del sistema de trazabilidad propuesto (<i>Un “0” en el sistema de trazabilidad supone la exclusión del licitador</i>)	20		

(...)

Se recomienda que la documentación técnica del **sobre C**, fundamentalmente lo requerido en el punto **“3.1. Características generales de los filtros terminales”**, se presente en el mismo orden

En síntesis, el recurso se fundamenta en (i) la ilegalidad de la comercialización del producto ofertado por la adjudicataria; (ii) el incumplimiento de las prescripciones técnicas; (iii) la falta de motivación del informe técnico que sustenta el acuerdo de adjudicación; y (iv) se presenta un recurso indirecto contra los pliegos achacándoles un vicio de nulidad de pleno derecho. Además, se pide el acceso al expediente que fue denegado por el poder adjudicador;



esta petición debe analizarse en primer lugar, ya que su estimación implicaría conceder un plazo adicional para completar el recurso, lo que retrasaría el análisis del mismo.

a) Sobre la petición de acceso al recurso

El recurrente pide el acceso alegando que el poder adjudicador únicamente le permitió el acceso durante un tiempo de 2 horas y 10 minutos a través de un proyector, sin que se le permitiera obtener copias y denegándosele la mayor parte de la oferta técnica de la adjudicataria por haber sido declarada confidencial.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente



encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Ninguno de los argumentos impugnatorios aducidos requiere de acceso a la oferta de la adjudicataria en tanto que la argumentación del recurso está suficientemente fundada y no requieren de una mayor compleción. En concreto, (i) la no conformidad de los productos ofertados por la adjudicataria (los filtros de agua se comercializan ilegalmente como productos marcados CE), (ii) el incumplimiento de las características excluyentes, (iii) falta de motivación del acuerdo de adjudicación y la incorrecta puntuación de la oferta de AQUA FREE y (iv) la nulidad de la modificación de los PPT. Todos estos aspectos van a poder ser



contrastado por este órgano resolutorio, ya que dispone del expediente remitido por el poder adjudicador.

- 2) Según indica la recurrente, el tiempo concedido para el acceso al expediente no fue suficiente para examinar la documentación necesaria para interponer el recurso. Como se ha indicado anteriormente, el derecho de acceso a las ofertas no es un derecho absoluto y el poder adjudicador permitió su visionado, tras el correspondiente análisis, en lo no declarado confidencial por el adjudicatario. Por otro lado, la recurrente pudo acceder al expediente durante más de dos horas, por lo que no cabe aceptar la alegación de que el tiempo de acceso al expediente no fue suficiente, y ello porque, ante la amplitud del análisis a realizar, el recurrente debió haber puesto la diligencia adecuada para el correcto ejercicio de su derecho de acceso, diligencia que la jurisprudencia europea considera exigible a quien se quiere beneficiar de la obligación de transparencia en el procedimiento (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07). Así, debió poner a disposición de la tarea de revisión medios humanos suficientes en cantidad y adecuación técnica, cuya disponibilidad se le supone por el hecho de aspirar a obtener la adjudicación; esto le hubiera permitido, habida cuenta del tiempo concedido, por ejemplo, un análisis más rápido y más centrado en las cuestiones esenciales, descartando las accesorias e irrelevantes para la satisfacción de su interés (ver la Resolución 158/2018 del OARC / KEAO).
- 3) En definitiva, y considerando este Órgano que no ha existido vulneración alguna del derecho de acceso al expediente, ni indefensión que le haya impedido fundamentar adecuadamente su recurso, no procede acceder a su petición de un nuevo acceso.



b) Sobre el marcado CE de los productos ofertados por AQUA FREE

La recurrente denuncia que los filtros de agua ofertados por la adjudicataria están marcados con las siglas CE, lo cual es ilegal al no ser un producto sanitario y, por tanto, no cabe la formalización del contrato en esas condiciones. A juicio de este OARC/KEAO la alegación no puede aceptarse por los siguientes motivos:

- 1) No consta, tras su correspondiente contraste por este Órgano, en la oferta técnica de la adjudicataria que los modelos ofertados (AQUA FREE/BACLYSER Neo TL 2M STERILE y AQUA FREE/BACLYSER Neo S 2M STERILE) posean el “marcado CE”, ni la recurrente lo acredita, ya que los documentos que a efectos de prueba aporta junto al escrito de recurso, además de no formar parte de la oferta técnica de la adjudicataria para esta concreta licitación, no se corresponden con el modelo aportado (no se refieren al modelo Neo).
- 2) Tampoco se acredita la existencia de ninguna sanción administrativa o judicial que impida a la adjudicataria comercializar los productos ofertados (ni, evidentemente, el OARC / KEAO tiene competencia para imponerla), por lo que, si se adecuan a las especificaciones técnicas requeridas por el PPT, no existiría ningún motivo para poder ser adquiridos, en caso de integrar la oferta más ventajosa.

c) Sobre la solicitud de exclusión de la oferta del adjudicatario por no cumplir las prescripciones del PPT

El recurrente solicita la exclusión del adjudicatario impugnado por incumplir los requisitos mínimos de las cláusulas del PPT números 3.1, 3.3, 3.8 y 3.10. A la vista de la documentación que consta en el expediente se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO. En primer lugar, se expondrá la doctrina general de este Órgano sobre el cumplimiento de las



prescripciones técnicas por las ofertas y la exclusión o aceptación de estas últimas; posteriormente, se contrastará dicha doctrina con el supuesto analizado.

c.1) Doctrina general sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

En resumen, y refiriéndonos únicamente a las cuestiones relevantes para el caso, es doctrina reiterada de este Órgano lo siguiente:

- 1) El PPT describe el objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador. El establecimiento de las prescripciones técnicas corresponde al órgano de contratación, sin que quepa relativizarlas u obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto. La exigencia de que las proposiciones sean conformes a las prescripciones de los documentos del contrato deriva del principio de igualdad de trato de los licitadores y tiene como fin garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores que no se cumpliría si se permitiera que pudieran apartarse, mediante reservas, de las prescripciones fundamentales del pliego, excepto cuando se establezca expresamente dicha facultad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 ECLI:EU:C:1993:257, apartados 37 y 40). Téngase en cuenta que el hecho de que no se respeten las prescripciones del contrato imposibilita la comparación efectiva de las ofertas presentadas, ya que elimina la base de referencia común. Por ello, que el poder adjudicador se aparte



de los pliegos de la licitación aceptando ofertas que no respondan al objeto del contrato tal y como ha sido definido en los documentos contractuales es irreconciliable con los principios de transparencia e igualdad de trato (ver, por ejemplo, la Resolución 51/2021 del OARC / KEAO y todas las que cita).

- 2) Una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y el PPT sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, por ejemplo, la Resolución 016/2020 del OARC / KEAO). En este sentido, la presentación de la proposición ya supone el acatamiento de los pliegos (artículo 139.1 de la LCSP), por lo que no puede excluirse una oferta tan solo porque no incluya una mención o acreditación expresa de alguna prescripción técnica, excepto cuando dicha acreditación se exija al licitador en los propios pliegos (ver, por todas, la Resolución 91/2020 del OARC / KEAO).

c.2) Sobre el cumplimiento por la oferta de las prescripciones técnicas mínimas obligatorias

El recurso achaca a la oferta de AQUA FREE el incumplimiento de diversas prescripciones técnicas que se analizan a continuación:

c.2.1) Sobre el incumplimiento de la cláusula 3.1.1 del PPT (dispositivo estéril)

La recurrente señala que, dado que no ha tenido acceso a la oferta técnica de la adjudicataria, no puede valorar si efectivamente ha aportado el certificado que acredita la esterilización solicitada y en base a qué ISO se ha realizado. Analizada la oferta de AQUA FREE, este Órgano tiene que desestimar este



motivo impugnatorio, pues consta la declaración de esterilidad del licitador, así como el certificado acreditativo de dicho extremo realizado conforme a la ISO 11137-1/2/3, sobre esterilización de productos para asistencia sanitaria. A la misma conclusión debe llegarse respecto del incumplimiento de las cláusulas 3.1.4, 3.1.5, 3.1.6, 3.1.7, 3.1.8 y 3.1.9 del PPT que la recurrente presupone, utilizando el mismo argumento de no haber podido acceder a la oferta, debido a que este Órgano ha contrastado la existencia de los certificados e informes técnicos exigidos por dichas prescripciones y la adecuación de los productos a lo requerido por éstas.

c.2.2) Sobre la documentación técnica y validaciones acreditadas acorde a la Norma ISO 9001:2015

La recurrente considera que la adjudicataria debe ser excluida dado que no ha aportado la ISO 9001:2015 (Sistema de gestión de la calidad), tal y como lo requiere el PPT. A juicio de este Órgano, este motivo impugnatorio debe desestimarse, pues consta que AQUA FREE ha aportado la ISO 13485:2016, norma internacional para los sistemas de gestión de la calidad solo aplicable a organizaciones que diseñan y desarrollan, producen, instalan y/o prestan servicio para productos sanitarios. Debe tenerse en cuenta que el PPT no exige que el licitador acredite estar en posesión de la ISO 9001:2015 (e refiere a documentación técnica y validaciones acreditadas acordes a dicha norma) ni nos encontramos ante una certificación equivalente a la ISO 9001:2015 (hecho no permitido por los pliegos ya firmes; ver, en este sentido, la Resolución 139/2021 del OARC/KEAO y la sentencia del TJUE de 10/2/2001, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284) sino ante un certificado que concreta y especifica el sistema de gestión de calidad de la organización (al que se refiere la ISO 9001:2015) en el ámbito de los productos sanitarios. Por tanto, ha de concluirse que la documentación técnica y sus validaciones se han presentado de conformidad con un sistema de gestión de la calidad válido.



c.2.3) Sobre la eficacia de la filtración bacteriana de grado esterilizante según estándar ASTM F.838-15

La mercantil PALL concluye que, según la Guía de Validación presentada por AQUA FREE, la oferta de ésta debe ser excluida por incumplir esta prescripción. Tampoco puede acogerse la presente alegación, pues constan los certificados de las pruebas realizadas a los filtros ofrecidos conforme a la norma ASTM F838-15, de forma que da cumplimiento a lo exigido por la prescripción técnica.

c.2.4) Sobre el cumplimiento de los requisitos del RD 865/2003 y los del hospital (legionella)

Los pliegos, para esta concreta prescripción no exigen la acreditación del cumplimiento de los requisitos mínimos mediante certificado alguno. A partir de aquí, el informe de validación de los productos ofertados aportado por la adjudicataria especifica que los filtros tienen eficacia probada para la retención de la Legionella durante la vida útil de los filtros, que los filtros ofertados tienen una vida útil de más de 2 meses (62 días, páginas 5 y 10 de la oferta técnica) y que cumplen con los requerimientos de desinfección (página 11 y Anexos 2.1 y 2.2 de la oferta). Por ello, el motivo impugnatorio debe desestimarse.

c.2.5) Sobre la Cláusula 3.3 (envase de presentación).

Con relación a esta cláusula, la recurrente se limita a señalar que no ha tenido acceso a la oferta y que el informe técnico no aporta más información sobre el cumplimiento de la misma. Como no puede ser de otra manera, esta alegación debe decaer pues, además de no acreditar ningún incumplimiento, no es compatible con el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) ni con la propia naturaleza del recurso, que un procedimiento impugnatorio se convierta en una denuncia o solicitud de que este OARC/KEAO haga una revisión general del expediente a la búsqueda de infracciones de la LCSP que



el recurrente no ha sido capaz de concretar (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC/KEAO). Por último, debe señalarse que el propio pliego no exige la forma de acreditación, por lo que su hipotética falta no podría ser objeto de una sanción tan grave como la exclusión.

En definitiva, del análisis de la oferta de la adjudicataria no se desprende que se oponga frontalmente al PPT o que haya dejado de acreditar el cumplimiento de las prescripciones de conformidad con lo establecido en el pliego, por lo que no cabe su exclusión tal y como pretende la recurrente, la cual tampoco ha aportado los argumentos y los medios probatorios suficientes que permitan acreditar dichos incumplimientos achacados (ver, en este sentido la Resolución 74/2018).

d) Sobre la falta de motivación del informe técnico de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 024/2020) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio



de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación 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 que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). 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. Consecuentemente, la mera descripción o enunciación de algunas de las características de las ofertas, sin emitir juicio de valor alguno, no constituye la motivación legalmente exigida en el artículo 151.2 de la LCSP porque no se refleja el razonamiento que ha seguido el órgano técnico al valorar las distintas proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 83/2015 del OARC / KEAO).

Revisado el informe técnico que sustenta la adjudicación, se observa lo siguiente:

- 1) La valoración de las ofertas se ha realizado de una manera incorrecta, pues ha consistido fundamentalmente en comprobar el cumplimiento de las “prescripciones excluyentes”; como este órgano ha indicado anteriormente, los criterios de adjudicación tienen como función principal comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, a diferencia de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT sin que haya comparación



con las demás proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 20/2018 del OARC / KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE).

- 2) Se observa que el informe de valoración infringe el fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación, que es un límite a la discrecionalidad del poder adjudicador para seleccionar la oferta más ventajosa, pues no contiene valoraciones sobre los acabados, facilidad de instalación, sustitución y mantenimiento de los filtros, todos ellos aspectos de la oferta a valorar conforme a un juicio de valor (cláusula específica 22.2.1 del PCAP).
- 3) Asimismo, tampoco consta un juicio u opinión sobre el contenido de las ofertas que vincule los materiales analizados y las puntuaciones. Es decir, no es posible saber qué aspectos de las proposiciones son destacables para obtener una calificación favorable de la oferta, y en qué grado. Debe recordarse que la motivación supone dar plena razón del proceso lógico que lleva a adoptar una decisión, y que ello implica que consten los elementos valorados, la puntuación atribuida y el juicio que merecen los elementos tras aplicar los criterios de adjudicación, que debe ser coherente con los otros dos requisitos. Faltando este juicio, la motivación es insuficiente, por lo que este motivo impugnatorio debe estimarse.

e) Sobre la nulidad de la modificación del PPT

La recurrente plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos por considerar que estos son nulos de pleno derecho porque fueron modificados durante la fase de licitación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El análisis de esta cuestión comenzará por la exposición de la doctrina general de este Órgano sobre el alcance y límites de dicha figura para, a continuación, analizar su concurrencia.



e 1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano se deduce la siguiente doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 85/2020, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196 (que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES: TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO) y de 24/3/2021, ECLI:ESTS:2021:1199:

1) 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 o la reclamación una vez que no se han 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, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (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.

2) La citada regla general admite dos excepciones:

- El TJUE parte 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 debió 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 o la exclusión, pueden recurrirse aquéllas en el plazo previsto para impugnar dichos actos; 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). 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.

- La jurisprudencia del Tribunal Supremo citada más arriba admite también el recurso indirecto para la impugnación de cláusulas de los pliegos afectadas de vicios que conlleven nulidad de pleno derecho (artículo 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).



- 3) En cualquier caso, debe probarse la concurrencia de las causas que facultan el recurso indirecto, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva (ver las sentencias del Tribunal Supremo citadas).

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

Con fecha 12 de abril de 2021 (una vez iniciado el plazo de presentación de ofertas) se produjo la siguiente comunicación:

ACLARACIÓN DE 12 DE ABRIL

Mediante el presente anuncio, se informa de la siguiente aclaración referida al punto 3.1 del PPT:

Los puntos 11 y 12 de las características excluyentes generales de los filtros terminales previstas en el punto 3.1 del PPT dejan de ser excluyentes y pasan a ser VALORABLES del punto 3.2.

11.Centros de producción con certificado del estándar internacional ISO 14001.

12.El dispositivo de conexión del filtro debe aportar código de identificación inamovible que facilite la localización del punto.

Trasladada la doctrina expuesta en la letra anterior al presente supuesto, este OARC / KEAO considera, por un lado, que, al margen de la naturaleza (aclaración / modificación) que pudiera atribuírsele a la alteración del PPT, lo cierto es que no ha provocado perjuicio alguno al recurrente. Es decir, no basta con la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en el procedimiento, sino que se hace necesario que dicha causa provoque un daño al recurrente (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20/1/2016, nº 7/2016, ECLI: ES: TSJPV: 2016:219 y el artículo 48 de la LCSP). Por el contrario, en el presente supuesto, la recurrente ha hecho uso de esa modificación, pues presentó su oferta de conformidad a aquélla, por lo que no resulta aceptable que un operador económico plantee ahora la nulidad de la licitación derivada de una modificación que pudo haberla recurrido y no le ha causado perjuicio alguno. Consecuentemente, este argumento impugnatorio debe desestimarse.



f) Conclusión

La estimación del motivo relativo a la falta de motivación del acuerdo de adjudicación conlleva la anulación del mismo. Asimismo, implica la cancelación del procedimiento de adjudicación por no ser ya posible una retroacción de actuaciones que respete la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los sujetos a evaluación mediante fórmulas (ver, por ejemplo, la Resolución 67/2021 del OARC / KEAO); dicha cancelación es, por otro parte, congruente con la petición del recurso. Debe señalarse que, en el caso de que el poder adjudicador opte por iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, puede emplear, si lo estima oportuno, los mismos pliegos, pues no han recibido ninguna tacha de legalidad.

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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa PALL ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de filtros antimicrobianos de uso terminal para la OSI Donostialdea”, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.



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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a 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 irailaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de septiembre de 2021