



EB 2018/134

Resolución 159/2018, de 20 de noviembre, 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 NACIL MÉDICA 4 GROUP, S.L. contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco para el suministro de equipos de infusión para las organizaciones de Osakidetza (lote 2)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de septiembre de 2018, la empresa NACIL MÉDICA 4 GROUP, S.L. (en adelante, NACIL) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco para el suministro de equipos de infusión para las organizaciones de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Con fecha 27 de septiembre se solicitaron al poder adjudicador el 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). El expediente se recibió en el OARC / KEAO los días 22 y 23 de octubre y el informe del poder adjudicador el 20 de noviembre.



SEGUNDO: Trasladado el recurso a los interesados el día 23 de octubre, se han recibido, con fecha 26 de octubre, las alegaciones de BRAUN MEDICAL, S.A., adjudicatario impugnado (en adelante, BRAUN).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 7 de marzo de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo (incluido el régimen de notificación del acto impugnado) contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el 4 de septiembre de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.



SEGUNDO: Legitimación y representación

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

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

Según las letras a) y b) del artículo 44.1 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los acuerdos marco de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

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

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en debida forma. Por lo que se refiere a su interposición en plazo, no puede aceptarse la alegación de BRAUN, que estima que la impugnación es extemporánea. Según el seguimiento del envío mediante localizador en la página web de la empresa CORREOS que figura en el expediente a petición del OARC / KEAO al poder adjudicador, consta que la notificación del acto recurrido fue puesta a disposición del operador postal que había de efectuarla el día 6 de septiembre. Según reiterada doctrina de este Órgano (ver, por todas, la Resolución 126/2014 del OARC / KEAO), el momento de la remisión que marca el inicio del cómputo del plazo para recurrir la adjudicación del contrato debe identificarse con el de la citada puesta a disposición, siendo el último día del plazo de interposición el 27 de septiembre, por lo que la impugnación se interpuso dentro de dicho plazo.



SEXTO: 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 del TRLCSP.

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

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

- a) La evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor es arbitraria y falta de rigor técnico; en concreto, se alega la incorrección de las apreciaciones del informe técnico sobre las ofertas del recurrente y del adjudicatario impugnado que sustenta el acto impugnado en relación con el comportamiento del punzón perforador (punta redondeada o aguda), comportamiento del regulador de flujo (rigidez y facilidad de desplazamiento), comportamiento de la cámara de goteo (flexibilidad, facilidad de bombeo...) y flexibilidad del tubo (capacidad de recuperación ante acodamiento del tubo, recuperación de la forma...).
- b) Se considera que los productos ofertados no merecen una calificación tan baja, habida cuenta de su calidad y amplio uso nacional e internacional y en Osakidetza sin incidencia o queja alguna; además, la proposición de NACIL supone un gran ahorro para el poder adjudicador.
- c) Finalmente, se solicita la nulidad del acto impugnado y el reconocimiento del derecho de la recurrente a volver a valorarse la oferta.

OCTAVO Alegaciones de BRAUN

El adjudicatario impugnado alega, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse al recurso:



- a) El recurso no discute en realidad la correcta aplicación de los criterios de adjudicación, solo pretende sustituir los juicios de los expertos que han elaborado el informe técnico por los suyos propios.
- b) BRAUN desmiente la corrección de las apreciaciones de NACIL, y considera justificadas las diferencias de puntuación a favor de su oferta, que entiende amparadas en la discrecionalidad técnica.
- c) El hecho de que la oferta de NACIL sea más económica es irrelevante, dado que la adjudicación se basa en el uso de varios criterios; además, se alega que no es objeto del procedimiento de adjudicación debatido la calidad que, en general, tengan los productos de NACIL.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) Ninguna empresa ha interpuesto recurso alguno a los pliegos del contrato por lo que estos devienen firmes y la Comisión técnica ha efectuado la valoración de los criterios basados en juicios de valor en función de los establecidos en la cláusula 3.3 del PBT y la decisión de valoración forma parte del núcleo material que a ella le corresponde.
- b) La valoración de los diversos criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se ha efectuado tras realizar las oportunas pruebas de las muestras facilitadas por los licitadores en la práctica asistencial, incluida la del criterio Capacidad de recuperación ante el acodamiento del tubo, respecto del que la recurrente alega que el tubo ofertado por ella tiene las mismas características y composición que la de la adjudicataria, cuestión que no queda probada porque las estipulaciones del contrato no solicitan que se aporte un informe de laboratorio con su exacta composición y resultados físico-químicos de su



comportamiento. En todo caso, aun considerándose que ello fuera así y se otorgara a la recurrente la máxima de las puntuaciones correspondiente a este criterio de adjudicación, no se vería alterado el resultado final de la adjudicación.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de los motivos de recurso debe partir necesariamente del contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al órgano de contratación y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma, y que son, por lo que afecta al objeto de la impugnación, los siguientes:

1) Caratula del pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

(...)

30.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

(...)

30.2.- Existe una pluralidad de criterios de valoración de las ofertas (sí/no): Si

Para la elección de los criterios de valoración y su ponderación se han tenido en consideración los aspectos más significativos recogidos en el presente documento, a fin de garantizar que las ofertas de los licitadores se ajusten a lo exigido para los servicios objeto de este expediente.

Criterios basados en Juicios de Valor

VALORACIÓN TÉCNICA: 48 PUNTOS

Valor técnico de los bienes 48 puntos (umbral mínimo: 20 puntos)

METODOLOGÍA UTILIZADA:

Umbral mínimo: 20 puntos sobre 48. Se valorará/n con carácter previo el/los criterios de adjudicación de los que se haya establecido un umbral mínimo de puntuación. Las ofertas deberán superar ese umbral para continuar en el proceso de licitación y ser valoradas conforme al resto de los criterios de adjudicación.

Ver punto 3.2 CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS (EXCLUYENTES Y VALORABLES) POR LOTES. CARACTERÍSTICAS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR (48 PUNTOS).

Se redondea la puntuación a dos decimales.

2) Pliego de Prescripciones Técnicas

Lote 2- EQUIPO DE INFUSIÓN DE SEGURIDAD CON TOMA DE AIRE



CARACTERÍSTICAS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR (48 PUNTOS)

1. Comportamiento del punzón perforador hasta 14 puntos
2. Comportamiento del regulador de flujo hasta 14 puntos
3. Comportamiento de la cámara de goteo hasta 8 puntos
4. Valoración de la flexibilidad del tubo hasta 6 puntos
5. Capacidad de recuperación ante el acodamiento del tubo hasta 6 puntos

En síntesis, la pretensión del recurrente se basa en que la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor ha sido incorrecta y excede del margen de apreciación que la discrecionalidad técnica concede para la realización de esta tarea al poder adjudicador. Son numerosos los pronunciamientos de este OARC/KEAO (ver, en este sentido, entre otras, la Resolución 139/2017) sobre el marco en el que han de revisarse las decisiones discrecionales de los poderes adjudicadores y, en concreto, la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor, manifestando a tal efecto lo siguiente:

(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.

Respecto a la motivación del informe de valoración, este Órgano ha señalado reiteradamente que (...) Por lo que se refiere a la adecuada motivación en la aplicación de



los criterios sujetos a juicio de valor (una de cuyas funciones es precisamente facilitar el control de legalidad de la adjudicación a los operadores jurídicos, como es el caso del OARC / KEAO), debe partirse de la doctrina generalmente seguida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 48 y 82/2017) que señala que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto. Los elementos básicos de dicha motivación son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto.

Examinadas conforme a estos parámetros, únicos que este OARC / KEAO puede emplear para verificar las deficiencias que señala el recurso, se considera que no consta infracción sustancial en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. En particular, se considera que se respeta el fondo parcialmente reglado de los criterios aplicados, tal y como los describen los pliegos. Asimismo, en la motivación se describen las características concretas de los productos que se han evaluado (por ejemplo, si el punzón está muy afilado o no, la rigidez del regulador de flujo, dureza de la cámara de goteo, facilidad para doblar el tubo, memoria y recuperación del tubo tras torsión...), se emite una opinión sobre las consecuencias positivas o negativas de dichas características (facilidad o dificultad de manejo, riesgo de rotura de otros productos sanitarios, precisión...) y se atribuyen las puntuaciones en coherencia con todo ello, sin que se observe discriminación o desigualdad de trato entre los licitadores. Debe señalarse que, una vez comprobado, como en este caso, que se han respetado los límites de la discrecionalidad, no cabe aceptar que el juicio emitido por el personal de la Administración, basado en la capacidad técnica de quien lo emite y al que se le presume una objetividad que el recurso no ha desmentido, sea sustituido por el del propio recurrente, necesariamente parcial. Por todo ello, el único motivo de recurso debe desestimarse.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NACIL MÉDICA 4 GROUP, S.L. contra la adjudicación del contrato “Acuerdo marco para el suministro de equipos de infusión para las organizaciones de Osakidetza (lote 2)”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59.3 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko azaroaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de noviembre de 2018