



EB 2023/163

Resolución 017/2024, de 30 de enero, 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 TEGOSA MEDICA, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Suministro de gasas, compresas y vendas para las Organizaciones de Servicios de Osakidetza (Lote 3)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de agosto de 2023, se 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 interpuesto por TEGOSA MEDICA, S.L. (en adelante, TEGOSA) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de gasas, compresas y vendas para las Organizaciones de Servicios de Osakidetza (Lote 3)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 4 de agosto se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente 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 en el registro de este Órgano entre los días 9 y 13 de septiembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 9 de agosto, por ORTOPEDIA Y CIRUGIA, S.L. (en lo sucesivo, ORTOPEDIA) se han presentado alegaciones con fecha 11 de agosto.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

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

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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) La recurrente muestra su disconformidad con la puntuación obtenida (16 sobre 20 puntos) en el criterio Comportamiento y mantenimiento de las características durante el uso, pues el producto ofertado se encuentra en la misma línea de calidad que los otros dos que han obtenido la máxima puntuación, esto es, 20 puntos sobre los 20 posibles.
- b) TEGOSA ha realizado 2 análisis con contramuestras del producto que envió a la licitación en los que se demuestra que la gasa ofertada supera ampliamente los parámetros indicados en la ficha técnica del producto, tanto en seco como en mojado, de forma que se puede concluir que el producto ofertado tiene gran resistencia a la tracción, incluso en mojado, mantiene las características con el uso y, por supuesto, no deja residuo.
- c) El informe de valoración ha vulnerado el principio de igualdad de trato, rebasando el límite de la discrecionalidad técnica, pues el producto ofertado no puede ser merecedor de una menor puntuación que los otros dos que han recibido la máxima puntuación.
- d) Finalmente, se solicita que se anule el acto impugnado y se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas para la realización de una nueva que no infrinja el principio de igualdad de trato.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

- a) El proceso de valoración de las muestras consta de dos fases: la primera, en la que se comprueba que los artículos presentados cumplen tanto con las



características técnicas como con la normativa requerida de obligado cumplimiento; en la segunda, las muestras se prueban *in situ* en diferentes unidades clínicas por profesionales expertos para valorar los criterios subjetivos, entre ellos el debatido Comportamiento y mantenimiento de las características durante el uso.

b) En la fase de valoración del criterio sujeto a juicio de valor, no se trata de medir la resistencia de la gasa de forma cuantitativa, pues ello ya está recogido en las fichas técnicas o en el cumplimiento de la normativa exigida, sino que consiste en comprobar cómo responde la gasa al uso después de ser sometida a los procedimientos habituales.

OCTAVO: Alegaciones de ORTOPEDIA

La adjudicataria se opone a la estimación del recurso, resumidamente, por las siguientes razones:

a) En lo que a la causa de impugnación concerniente a la incorrecta valoración de la oferta de la recurrente con relación al criterio Comportamiento y mantenimiento de las características durante el uso se refiere, la alegante considera que dicha valoración se ha efectuado correctamente y que la diferencia de puntuación se ha motivado adecuadamente en el informe técnico ya que, mientras que el producto de TEGOSA tiene una “correcta resistencia a la tracción”, el de la adjudicataria posee una “gran resistencia a la tracción”.

b) La valoración obtenida por el producto de la recurrente puede ser debida al propio proceso de esterilización utilizado, ya que mientras que el sistema de esterilización utilizado por ORTOPEDIA se realiza mediante Óxido de etileno, TEGOSA utiliza el sistema de vapor de agua, el cual al estar sometido a altas temperaturas y humedad puede deteriorar el producto final y sus características físico-químicas, tales como la resistencia a la tracción en el momento de realizar las pruebas de estrés.



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:

PCAP

(...)

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: **48 PUNTOS**

Lote 3: GASA ESTÉRIL TNT 4 CAPAS 20x20 CM PLEGADO 10x10 CM

Nº	Descripción característica	Puntos
1	Manejabilidad en la apertura del envase	Hasta 10 puntos
2	Presentación de las características de la gasa	Hasta 18 puntos
3	Comportamiento y mantenimiento de las características durante el uso	Hasta 20 puntos
TOTAL PUNTOS MÁXIMOS		48

Por otra parte, el informe técnico, en lo que al presente recurso atañe, señala:

(...)

L3	3. Comportamiento y mantenimiento de las características durante el uso (puntuación máxima 20):		
	LICITADOR	PUNT.	MOTIVACIÓN
	ALBINO DIAS ANDRADE S.L.(ADA SL)	2	Presenta limitada resistencia a la tracción, no manteniendo correctamente las características con el uso. Deja residuo.
	GASPUNT SA	2	Presenta limitada resistencia a la tracción, no manteniendo correctamente las características con el uso. Deja residuo.
	ORTOPEDIA Y CIRUGIA, S.L.	20	Gran resistencia a la tracción, incluso en mojado. Mantiene las características con el uso. No deja residuo.
	TEGOSA MEDICA, S.L.	16	Correcta resistencia a la tracción, mantiene las características con el uso. No deja residuo.
	TEXPOL_TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.	20	Gran resistencia a la tracción, incluso en mojado. Mantiene las características con el uso. No deja residuo.

En síntesis, y al margen de la alegación relativa a que no se le han facilitado las fichas técnicas ni las muestras de dos de los licitadores que finalmente no resulta ser causa de impugnación, el recurso se fundamenta en la existencia de arbitrariedad en la atribución de la puntuación a la oferta de TEGOSA e incoherencia de la motivación de dicha puntuación. A continuación, se exponen las consideraciones del OARC/KEAO al respecto:



a) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

La recurrente plantea una indebida aplicación por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor; concretamente, el denominado Comportamiento y mantenimiento de las características durante el uso.

a.1) Doctrina general sobre la discrecionalidad técnica

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 092/2021) 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). En consecuencia, el análisis de este Órgano debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla, circunstancias que, como se expondrá, no concurren en el presente caso. Fuera de estos aspectos, el OARC/KEAO debe respetar los resultados de dicha valoración. Lo que sí puede y debe hacer



este Órgano es determinar, desde una perspectiva jurídica, si el Informe Técnico emitido está suficientemente motivado, y si las razones en él expuestas tienen debida apoyatura en los datos proporcionados por el licitador y en los pliegos por los que se rige el contrato.

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 expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

a.2) Aplicación al presente supuesto

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad, con un informe técnico conocido por el recurrente que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado. Frente a ello, no se ha acreditado que se haya incurrido en infracción de ningún principio básico de la LCSP, lo que conduce a la desestimación de este motivo impugnatorio. En especial, se observa lo siguiente:

- 1) A juicio de este Órgano, en el presente procedimiento se ha realizado un examen de la documentación técnica aportada y posteriormente se han realizado las demostraciones que preveía en el apartado 9 del PBT para observar el cumplimiento de las características técnicas y proceder a su



valoración. Es decir, el informe técnico que sustenta la evaluación de los criterios de adjudicación se basa en la información contenida en la documentación de las proposiciones y también en la aplicación real de los productos en las pruebas realizadas al efecto por los profesionales de Osakidetza. Ello ha dado como resultado que la oferta de la recurrente haya recibido la calificación de Correcta resistencia a la tracción, mantiene las características con el uso. No deja residuo y obtenga 16 puntos sobre un máximo de 20 puntos. En definitiva, la puntuación obtenida es el resultado de la comprobación mediante las fichas técnicas, en una primera fase, del cumplimiento de las normas técnicas sobre la resistencia a la tracción y alargamiento a la rotura y, en una segunda fase, de la prueba de las muestras *in situ* sometidas a procedimientos habituales en la práctica clínica, como son la tensión, la fricción, etc.

- 2) Sobre las muestras aportadas por los diversos licitadores se han emitido juicios de valor, vinculando los materiales analizados y las puntuaciones otorgadas a cada una de las proposiciones. En este sentido, se observa que ante el diferente juicio que a los expertos ha merecido el análisis de las muestras, estas han obtenido diferente puntuación. Así, frente a la calificación Gran resistencia a la tracción, incluso en mojado. Mantiene las características con el uso. No deja residuo que han obtenido las dos muestras con la máxima puntuación, la de la recurrente ha sido Correcta resistencia a la tracción, mantiene las características con el uso. No deja residuo que se considera determinante para justificar la diferencia de puntuación (4 puntos sobre 20) entre las ofertas de las licitadoras que son objeto del presente recurso. Por otro lado, dicha motivación se ajusta perfectamente al fondo parcialmente reglado del criterio, pues la resistencia a la tracción es un componente o aspecto relativo al Comportamiento y mantenimiento de las características durante el uso de la gasa.
- 3) En definitiva, este Órgano no advierte error o arbitrariedad en la aplicación de los criterios de adjudicación y observa una explicación técnica suficiente de la decisión adoptada, sustentada en las pruebas realizadas



con las muestras del propio producto ofertado, que en ningún caso cabe calificar de arbitraria. En este sentido, cabe recordar que el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica comprende también la facultad del poder adjudicador de seleccionar los elementos de la oferta que muestran sus fortalezas y debilidades para emitir sobre ellos los juicios valorativos debidamente motivados y que el informe técnico está dotado de una presunción de veracidad por la cualificación técnica de quien lo emite y, frente a ello, el recurrente no ha probado que sea manifiestamente erróneo o contenga infracción del principio de igualdad entre los licitadores (artículo 1.1 de la LCSP), al margen de discrepancias sobre los aspectos valorados y la puntuación obtenida. Consecuentemente y como se ha señalado anteriormente, una vez determinada la ausencia de error, arbitrariedad o falta de motivación, este Órgano debe respetar los resultados de la valoración para no incurrir en su resolución en un supuesto de incompetencia material sancionada con nulidad por el artículo 39.1 de la LCSP.

b) Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe ser desestimado.

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 TEGOSA MEDICA, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Suministro de gasas, compresas y vendas para las Organizaciones de Servicios de Osakidetza (Lote 3)”, tramitado por Osakidetza.



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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko urtarrilaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de enero de 2024