



EB 2023/136

Resolución 211/2023, de 24 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 sociedad Active Medical Disposable, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a personas con derecho a prestación farmacéutica con cargo al Departamento de Salud del Gobierno Vasco en los centros socio-sanitarios / residencias de la Comunidad Autónoma de Euskadi (lote 1)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (departamento de Salud).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de junio 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 ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, S.A.U. (en adelante, AMD) contra la adjudicación del contrato “Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a personas con derecho a prestación farmacéutica con cargo al Departamento de Salud del Gobierno Vasco en los centros socio-sanitarios / residencias de la Comunidad Autónoma de Euskadi (lote 1)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (departamento de Salud).

SEGUNDO: El día 23 de junio 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, del OARC / KEAO el día 30 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 3 de julio, se han recibido las alegaciones de LABORATORIOS HARTMANN, S.A. (en adelante, HARTMANN), adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.T. P.D., 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 suministros 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, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi 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 adjudicación del lote 1 a HARTMANN es producto de la aplicación incorrecta (o modificación “de facto”) de dos criterios de adjudicación “Retorno de humedad” y “Tiempo de absorción en la segunda micción”). En ambos casos, la cláusula 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que “La puntuación del lote se otorgará haciendo la media de la puntuación obtenida por cada producto del mismo”. Sin embargo, la puntuación se ha asignado con base en la ponderación asignada a cada producto a partir del número de unidades previstas del mismo, lo que es contrario a los pliegos; es decir, se ha introducido en la fórmula un parámetro (“unidades estimadas 1 año”) que no estaba inicialmente prevista y que distorsiona el reparto de puntuaciones y la adjudicación del contrato, que habría recaído en AMD.

b) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que se adjudique el contrato a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de HARTMANN

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso. Alega que la aplicación de los criterios de adjudicación es correcta, pues se ha empleado la “media” como piden los pliegos, concretamente, la “media ponderada” (es decir, la calculada a partir de las unidades que se pretende adquirir de cada producto). Esta aplicación es la adecuada cuando se trata, como en este caso, de un lote



con productos de diferentes características y peso dentro del lote, y teniendo en cuenta que los pliegos no especifican qué media debía utilizarse. Por todo ello, no se han modificado los pliegos y no hay arbitrariedad alguna en la aplicación del criterio. Además, se alega la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos que corresponde al poder adjudicador (artículo 190 LCSP).

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) En realidad, se trata de un recurso indirecto contra los pliegos en los que figuran los criterios de adjudicación mencionados, y los pliegos tienen un plazo autónomo de impugnación ya finalizado.
- b) La media ponderada ya se ha empleado también en el criterio relativo al precio, por lo que no hay razón para no hacer lo mismo en los otros criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula.
- c) El uso de la media aritmética que pretende la recurrente daría como resultado resultados contrarios a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato en un lote en el que difieren mucho las cantidades estimadas a suministrar en cada producto.
- d) Se alega la discrecionalidad que ampara al poder adjudicador para configurar los pliegos del contrato y el respeto al principio de igualdad de trato con el que se ha efectuado la valoración.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el motivo de la impugnación es la aplicación incorrecta de dos criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula de los descritos



en el primer inciso del artículo 146.2 LCSP (generalmente denominados “criterios automáticos”), y en concreto, los siguientes (cláusula específica 22.2.2 del PCAP:

(...

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

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

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: sí

(...

- Criterio: Retorno de la humedad

Ponderación: 15 puntos

El retorno de la humedad es la cantidad de líquido que no es capaz de retener un absorbente. Define la sensación de humedad que tiene el paciente una vez que se ha producido la micción. Está considerado como un factor de aceptabilidad del absorbente. Por su influencia en el bienestar del paciente se ve necesario que se valore este factor.

La valoración del retorno de humedad se realizará para cada uno de los productos del lote. El dato se expresará en gramos y se requerirá que se determine utilizando el método descrito en la norma UNE 153601-2:2008. Se certificará a través de un laboratorio acreditado por UNE-EN ISO/IEC 17025:2005 Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración o acreditación equivalente.

Se asignará la mayor puntuación (15 puntos) al producto que presente el menor retorno de humedad y el resto se valorará proporcionalmente mediante la siguiente fórmula:

Fórmula: $\text{menor retorno de la humedad entre los productos ofertados} / \text{retorno de la humedad del producto a valorar} \times 15$

La puntuación del lote se otorgará haciendo la media de la puntuación obtenida por cada producto del mismo.

- Criterio: Tiempo de absorción en la segunda micción

Ponderación: 15 puntos

Indica la rapidez con la que el absorbente es capaz de absorber la orina. Un menor tiempo de absorción supone menor riesgo de problemas asociados a la humedad en la piel.



La valoración del tiempo de absorción en la segunda micción se realizará para cada uno de los productos del lote. El dato se expresará en segundos y se requerirá que se determine utilizando el método descrito en la norma UNE 153601-2:2008. Se certificará a través de un laboratorio acreditado por UNE-EN ISO/IEC 17025:2005 Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración o acreditación equivalente.

Se asignará la mayor puntuación (15 puntos) al producto que presente el menor tiempo de absorción en la segunda micción y el resto se valorará proporcionalmente mediante la siguiente fórmula:

Fórmula: menor tiempo de segunda micción entre los productos ofertados/ tiempo de micción de segunda micción del producto a valorar x 15

La puntuación del lote se otorgará haciendo la media de la puntuación obtenida por cada producto del mismo.

...)

Este contenido figura en los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación y, según una reiteradísima doctrina, vincula al órgano de contratación y a los licitadores por no haber sido impugnado en tiempo y forma en el plazo expresamente previsto en el artículo 50.1 b) LCSP.

A la vista de lo expuesto, de las alegaciones de los interesados y del contenido del expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso, las cuales conducen a su estimación:

- 1) Los criterios “evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas” se describen en el artículo 146.2 de la LCSP como “aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”. Sobre ellos, este Órgano ha manifestado (ver, por todas, sus Resoluciones 117/2022 y 134/2020, esta última confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia 476/2021 de 23/12/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:3564) que su rasgo principal es el de la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas,



ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula. En este sentido, la sola clasificación de un criterio como automático supone un orden concreto que debe seguirse para la apertura de las correspondientes ofertas (artículo 146.2 LCSP) y, lo que es más relevante para el caso analizado, la prohibición radical de que en su aplicación puedan introducirse elementos subjetivos o juicios discrecionales o valorativos, con el correlativo efecto de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

2) En el presente caso se debate el alcance de la frase “La puntuación del lote se otorgará haciendo la media de la puntuación obtenida por cada producto del mismo”. La recurrente afirma que la “media” se obtiene dividiendo la suma de las puntuaciones obtenidas por todos los productos del lote entre el número de productos (en adelante, “media aritmética”). Por el contrario, el poder adjudicador y la adjudicataria impugnada alegan que debe tenerse en cuenta el peso relativo de cada producto en el lote, medido en función de la cantidad estimada para cada producto en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), es decir, una “media ponderada”. Teniendo en cuenta lo señalado en el apartado 1) anterior, la pretensión debe aceptarse por las siguientes razones:

- Dado que el criterio debatido está calificado como automático en los pliegos firmes que rigen la licitación, el órgano de contratación no tiene ningún margen de apreciación o interpretación para introducir en su aplicación elementos no comprendidos en la literalidad de su descripción. Consecuentemente, “la media de la puntuación obtenida por cada producto” del lote a la que se refieren los pliegos es la media



aritmética mencionada en este apartado 1) porque es la única que permite aplicar literalmente los criterios automáticos discutidos.

- No cabe entender que la palabra “media” comprende aquí, en relación de género y especie, tanto la “media aritmética” como la “media ponderada”, de forma que una interpretación finalista o sistemática del PCAP lleva a la conclusión de que es más adecuado aplicar la segunda descartando la primera, y ello por dos motivos. En primer lugar, porque no hay margen para la interpretación de un criterio automático y, en segundo lugar, porque supondría introducir en la aplicación del criterio un elemento (la ponderación de la puntuación de cada producto) que no figura en la descripción de la fórmula. De hecho, la “media ponderada” ni siquiera es, en este contexto, un concepto unívoco, pues la ponderación puede ponerse en relación, al menos, con el número de unidades estimadas (cuantas más unidades estimadas más peso relativo de la puntuación del producto en la media), con el precio unitario máximo previsto o con el precio unitario ofertado por el licitador (cuanto mayor sea el precio unitario del producto más peso relativo) o con ambas magnitudes (cuanto mayor sea el gasto máximo total estimado del producto o calculado con base en el precio ofertado, más peso relativo). En definitiva, la utilización de la media ponderada requeriría su previa definición eligiendo discrecionalmente entre varias opciones, discrecionalidad que en este caso no existe.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad Active Medical Disposable, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a personas con derecho a prestación farmacéutica con cargo al Departamento de Salud del Gobierno Vasco en los centros socio-sanitarios / residencias de la Comunidad Autónoma de Euskadi (lote 1)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (departamento de Salud), en el sentido de:

- (i) Anular la adjudicación del contrato y
- (ii) Ordenar la retroacción de actuaciones para que se apliquen los criterios de adjudicación “Retorno de la humedad” y “Tiempo de absorción de la segunda micción” en los términos establecidos en el apartado 2) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, 2023ko azaroaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de noviembre de 2023