



EB 2016/005

Resolución 028/2016, de 15 de marzo de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación presentado por COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A., frente al acuerdo de adjudicación de los lotes 22, 23, 24 y 25 del acuerdo marco para la adquisición de sondas con destino a la OSI Barrualde Galdakao, promovido por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de enero de 2016 tiene 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 COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. (en adelante, COLOPLAST), frente al acuerdo de adjudicación de los lotes 22, 23, 24 y 25 del acuerdo marco para la adquisición de sondas con destino a la OSI Barrualde Galdakao, promovido por Osakidetza, que en su Anexo I excluye al recurrente de la licitación en los mencionados lotes.

SEGUNDO: El día 19 de enero de 2016 se requirió el expediente de contratación al poder adjudicador, que lo remitió a este OARC / KEAO el 20 de enero de 2016.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 21 de enero de 2016, se recibieron las alegaciones de la empresa B. BRAUN, MEDICAL, S.A. (en adelante, BRAUN).



CUARTO: En vista de que el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que «atiende las pretensiones de COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. de que se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno y se proceda a valorar de nuevo la oferta presentada por COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. en cuanto a los lotes 23, 24 y 25», este OARC/KEAO remitió dicho informe a la única empresa personada como interesada en el procedimiento de recurso especial, BRAUN adjudicataria del lote 25, al objeto de que efectuara alegaciones al respecto, las cuales fueron registradas en el libro de entradas de este OARC / KEAO, el 18 de febrero de 2016

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: COLOPLAST goza de legitimación para impugnar el acuerdo de su exclusión del procedimiento de adjudicación en lo referente a los lotes 22, 23 y 24, pero en vista de las alegaciones efectuadas por BRAUN y siendo la legitimación una cuestión de orden público procesal, cuyo análisis compete a este OARC / KEAO, procede analizar si la tiene en lo que respecta al lote 25, en el que se plantea si la declaración de nulidad del acuerdo de exclusión y una nueva valoración de su oferta técnica, puede comportar la adjudicación de este lote a favor del recurrente. Analizado el expediente de contratación, se concluye que aunque se valore la propuesta del recurrente en todos los criterios de adjudicación, a excepción del precio, con el máximo de puntos previstos en el PCAP, la diferencia que existe en los puntos concernientes a la oferta económica es insalvable (40 a favor del adjudicatario y 9,83 a favor del recurrente si se aplica la fórmula del PCAP), lo que implica que en ningún caso podría resultar adjudicataria del lote 25. A ello hay que añadir COLOPLAST no impugna la valoración que ha merecido la oferta de la adjudicataria. Dado que ningún beneficio tangible se puede derivar de una hipotética resolución estimatoria del recurso, no existe el interés legítimo al que se refiere el artículo 42 TRLCSP, por lo que el recurso especial ha de ser inadmitido en lo referente al lote 25 por falta de legitimación activa.



Por lo demás, queda acreditado en el expediente la representación de Doña J. M.B. que actúa en su representación.

SEGUNDO: El artículo 40.2. b) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso, entre otros, los acuerdos de exclusión de licitadores.

TERCERO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

CUARTO: COLOPLAST, en resumen, alega lo siguiente:

a) Incorrecta valoración de su oferta a los lotes 22, 23, 24 y 25, que ha sido valorada con 24 puntos en el criterio de “calidad técnica” y, por ello, no ha llegado por un punto al umbral mínimo señalado en los pliegos de la licitación, pues la calidad y características de estos productos son semejantes a los ofertados por las adjudicatarias de estos lotes y, sin embargo, se han valorado de forma dispar.

b) Se aporta documento de la Jefa de Sección de Urología de la OSI Bilbao-Basurto de 2 de diciembre de 2015, en el que se indica que el Departamento de Enfermería de la consulta de Urología tiene una alta valoración de las sondas COLOPLAST, y sostiene su opinión en el hecho de ser tanto una sonda atraumática para la uretra como por el manejo en la utilización de sondas de cateterismo intermitente Speedicath®, considerándolas de fácil apertura, y que al tratarse de un envoltorio más compacto, se pueden apoyar fácilmente en una superficie horizontal o pegarse en una superficie vertical por la parte adhesiva. Esta valoración choca con la vertida en el informe técnico de valoración sobre la sonda Speedicath® (lotes 24 y 25) que justifica la valoración en que tiene una apertura incómoda y más rígida y que se atasca en la apertura.

c) El Jefe del Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital Universitario de Cruces, en su informe respecto a la evaluación de sondas autolubricadas realizado para la OSI Barrualde-Galdakao el 20 de noviembre de 2015 alega



que no se ha solicitado ninguna opinión a la Unidad de Incontinencia Urinaria Infantil de la Sección de urología Infantil y apunta que llama poderosamente la atención la baja valoración técnica que se ha adjudicado a las sondas Speedicath®, cuando ha sido ampliamente utilizada por los pacientes sin presentar ningún problema y cubriendo sus necesidades, y la alta puntuación concedida a productos de otras casas comerciales con propiedades muy similares o muy parecidas y finaliza afirmando que «no entendemos esta diferencia en términos técnicos» y recomienda «se reconsidere la evaluación de las indicadas sondas.»

d) En relación con la valoración de los productos ofertados a los Lote 22, 23, 24 y 25, aun siendo el envase de dichos productos de una apertura sencilla, sin necesidad de destreza, en las especificaciones técnicas del pliego no hay un criterio en el que se esté aplicando la calidad del envase, únicamente al producto, por lo que es difícil el entendimiento la motivación.

e) La pretensión consiste en la declaración de la nulidad de la resolución de exclusión y la retroacción de actuaciones hasta el momento procedimental oportuno al objeto de proceder a la valoración de la oferta en los lotes referenciados en igualdad de condiciones con las restantes licitadoras.

QUINTO: BRAUN, realiza las siguientes alegaciones al lote 25 del recurso:

a) Falta de legitimación del recurrente, pues los licitadores conocen el contenido de las ofertas económicas y el recurrente no resultaría adjudicatario aunque hubiese obtenido la máxima puntuación técnica ya que existe una diferencia en la puntuación económica de 33 puntos, de modo que la eventual estimación del recurso no ocasionaría la adjudicación del contrato a su favor.

b) El informe de 20 de noviembre de 2015 del Hospital de Cruces aportado por el recurrente viene a afirmar que quieren seguir usando las sondas hasta ahora suministradas, aún a sabiendas de que existen en el mercado varias marcas



con características similares, por el simple hecho de que los pacientes ya están adaptados y, por su parte, el informe del 2 de diciembre de 2015 del Hospital de Basurto, analiza dos marcas que usa actualmente el hospital pero no hace referencia a productos ofertados por otros licitadores, como BRAUN, por lo que el análisis, aunque positivo, es limitado a dos competidores de los varios que existen en el mercado. Por lo tanto, no son concluyentes los informes aportados.

c) El recurso se presenta con temeridad, con el único objetivo aparente de retrasar la formalización del contrato dado que COLOPLAST, que ha venido prestando el suministro hasta la fecha, lo presenta con una fundamentación insuficiente.

SEXTO: El poder adjudicador manifiesta lo siguiente en su informe:

a) Con respecto al Lote 22, no existe falta de motivación en el informe técnico de evaluación y la valoración que se realiza es del producto y no del embalaje.

b) Sobre el resto de los lotes el informe concluye que «Con respecto a los lotes 23, 24 y 25, atendiendo a los informes presentados por la recurrente y dado que estos materiales están destinados a pacientes de la OSI BARRUALDE-GALDAKAO pero prescritos por otras organizaciones de servicios como la OSI Bilbao-Basurto y la OSI Ezkerraldea-Enkarterri-Cruces, este órgano de contratación atiende las pretensiones de COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. de que se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno y se proceda a valorar de nuevo la oferta presentada por COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. en cuanto a los lotes 23, 24 y 25.»

SÉPTIMO: En vista del reconocimiento de la pretensión de la recurrente por parte del poder adjudicador, se dio traslado de este documento a BRAUN, empresa interesada personada en el procedimiento de recurso especial, que presenta las siguientes alegaciones:



a) COLOPLAST no puede ser nunca adjudicataria del Lote 25, adjudicado a BRAUN, ni volviéndose a valorar técnicamente.

b) Oposición a que se vuelva a valorar técnicamente el Lote 25 pues la oferta económica de COLOPLAST a dicho lote es conocida por todos los licitadores y es imprescindible que la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor se realice con anterioridad a la valoración de los criterios evaluables de forma automática y cualquier alteración de dicho orden determina la nulidad del expediente.

c) Los pliegos, que son lex inter partes, establecen que la valoración de los juicios de valor no ha de llevarla a cabo ningún órgano especializado o distinto de los técnicos del órgano contratante, por lo que es una incongruencia entender que, llegados a esta fase del procedimiento, se requiera un órgano especializado externo al propio órgano de contratación.

OCTAVO: El poder adjudicador manifiesta que «Con respecto a los lotes 23, 24 y 25, atendiendo a los informes presentados por la recurrente y dado que estos materiales están destinados a pacientes de la OSI BARRUALDE-GALDAKAO pero prescritos por otras organizaciones de servicios como la OSI Bilbao-Basurto y la OSI Ezkerraldea-Enkarterri-Cruces, este órgano de contratación atiende las pretensiones de COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. de que se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno y se proceda a valorar de nuevo la oferta presentada por COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. en cuanto a los lotes 23, 24 y 25.»

Nos encontramos ante una voluntad del órgano de contratación de dar satisfacción a la pretensión del recurrente. Este modo de terminar el procedimiento no se halla contemplado ni en el TRLCSP ni la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ – PAC), si bien se halla regulada en el artículo 75 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), que lo condiciona a que no suponga



infracción manifiesta del ordenamiento jurídico y comunicación a las partes por un plazo de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho. Las razones que aduce el poder adjudicador son todas ellas de oportunidad, ninguna de legalidad, y este OARC/KEAO considera que las manifestaciones del poder adjudicar no le vinculan y deben ser tomada en consideración como una alegación.

NOVENO: COLOPLAST recurre la exclusión de su oferta en los lotes 22, 23 y 24 del contrato por no haber alcanzado el umbral mínimo de 25 puntos en la valoración del criterio cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor exigido en el punto 30.2.1.b) de la carátula del PCAP. Como uno de los motivos impugnatorios, aduce la motivación defectuosa aportada por el órgano de contratación pues, a su parecer, se aprecia falta de conexión de la motivación del informe de evaluación de los criterios que requieren realizar un juicio de valor con las prescripciones técnicas exigidas pues, a su parecer, la motivación se refiere al envase, no a la calidad del producto, que es el elemento a valorar.

El objeto de la impugnación planteada requiere que este OARC / KEAO analice si la exclusión de la oferta del recurrente se ajusta al TRLCSP y a los Pliegos que rigen la licitación; para ello, debe partirse del contenido del apartado 30.2.1 b) de la carátula del PCAP, que establece, como uno de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor, la «Valoración técnica» (hasta 50 puntos), señalando un «umbral mínimo» de 25 puntos; por su parte, el apartado 30.2.2 de la misma carátula establece lo siguiente: «Supuesto especial: Fases de valoración distintas a las contempladas con carácter general (si / no): no».

Estas estipulaciones de los Pliegos del contrato son similares a las que fueron objeto de las Resoluciones 99/2015 y 61/2015 de este OARC / KEAO, de cuyo contenido extractamos los siguientes apartados, plenamente aplicables al presente supuesto:



«En primer lugar, llama la atención la escueta descripción del criterio –simplemente, “Calidad técnica”–, a todas luces insuficiente para que los licitadores puedan elaborar su proposición sabiendo de antemano cuáles son los aspectos que van a ser merecedores de una mayor puntuación; de hecho, con esos términos tan amplios puede ampararse prácticamente cualquier apreciación sobre el producto ofertado distinta del precio (...).

Debe recordarse que los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, y la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO). El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio. La situación es especialmente relevante en este caso porque no se trata de juzgar un producto técnicamente sencillo y porque la baja puntuación otorgada al recurrente ha tenido la grave consecuencia de la eliminación del procedimiento y la no valoración de su proposición a la luz de los demás criterios de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.4 TRLCSP. Precisamente sobre el uso de esta posibilidad debe incidir este OARC / KEAO, porque los Pliegos son, en este punto, contrarios al principio de transparencia, que exige que todos los elementos determinantes de la adjudicación estén expresados de una manera clara para que puedan ser conocidos e interpretados igualmente por todos los licitadores mínimamente diligentes (Resolución 48/2015 del OARC / KEAO); por un lado, se afirma que los 15 puntos sobre 30 máximos posibles es un umbral mínimo, pero por otro se dice que no hay fases de valoración distintas de las establecidas con carácter general. Ambas cláusulas son radicalmente contradictorias y crean oscuridad sobre un aspecto esencial del procedimiento, la cual, según una reiteradísima doctrina (por ejemplo, la Resolución 43/2015 del OARC / KEAO), no puede perjudicar a quien no la ha creado, en este caso el propio recurrente. Por todo ello, debe concluirse la ilegalidad del criterio de adjudicación “Calidad técnica”.



Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) y permitan la actuación arbitraria de la Administración en el caso de no ser eliminados. La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y el de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a la “Calidad técnica”.

La declaración de nulidad de un criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en



marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre el criterio declarado nulo.»

A todo ello procede añadir que la utilización del umbral mínimo del criterio de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor ha pervertido la finalidad de los criterios de adjudicación, que es comparar entre ellas las ofertas presentadas para determinar cuál es la económicamente más ventajosa (Resolución 68/2013) pues tanto en el lote 22, 24 como 25 únicamente una empresa ha conseguido superar el umbral mínimo de puntuación asignado a los criterios sujetos a juicio de valor y, en el lote 23 son dos las ofertas que la han superado pero ambas han sido efectuadas por la misma empresa, una como oferta base y la otra como oferta variante, lo que descarta la existencia de competencia efectiva en este último lote.

DÉCIMO: Debe añadirse que el criterio impugnado hace posible que el poder adjudicador actúe de modo arbitrario a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, como solicita el recurrente, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado el poder adjudicador sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al poder adjudicador una libertad ilimitada para adjudicar el contrato o excluir licitadores. Una vez reconocido que la cláusula es en sí misma arbitraria y que cualquier ejecución de la misma lo será igualmente porque en nada se condiciona la actuación del poder adjudicador, no tiene sentido que este OARC / KEAO elija una de las posibles interpretaciones del criterio de adjudicación para estimar o desestimar la pretensión, consistente en una nueva valoración en lo referente a la valoración técnica, pues tal interpretación sería, necesariamente, otra arbitrariedad, siendo en consecuencia necesaria la declaración de nulidad de dicha cláusula.

En este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-583/13, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eVigilo Ltd” apoya este criterio



cuando señala, como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como es precisamente el caso de los criterios de adjudicación excesivamente abstractos (ver, el apartado 27 de la citada sentencia). Por ello, no cabe aquí alegar que los Pliegos han pasado a ser firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Otra de las razones que conlleva a declarar la nulidad de todo el procedimiento en lo concerniente a los lotes 22, 23 y 24 es que se ha desvelado el secreto de la oferta al haber sido valorados los criterios sujetos a juicio de valor y la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas tal y como pide el artículo 150.2 TRLCSP al regular la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos; trámite calificado por este OARC / KEAO (Resolución 100/2014) como esencial del procedimiento administrativo –artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 32 a) del TRLCSP.

UNDÉCIMO: Por otro lado, la declaración de nulidad es congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP. Esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente la nulidad de la estipulación, pero también si, como en este caso, solo se pide la retroacción de actuaciones sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el poder adjudicador; téngase en cuenta que la declaración de nulidad de pleno derecho y la subsiguiente cancelación y reinicio de la licitación mejoran su posición jurídica individual, que pasa de ser licitador excluido o no adjudicatario a operador económico que puede presentar una oferta en el nuevo procedimiento, por lo que no hay “reformatio in peius” y la resolución se percibe por él como una estimación parcial.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 del TRLCSP 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, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: En relación con el recurso especial en materia de contratación presentado por COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A., frente al acuerdo de adjudicación del acuerdo marco para la adquisición de sondas con destino a la OSI Barrualde Galdakao, en el que figura su exclusión de los lotes 22, 23, 24 y 25,

- a) Inadmitir el recurso al lote 25 por falta de legitimación.
- b) Estimar parcialmente el recurso a los lotes 22, 23 y 24 anulando el acto impugnado y declarando la nulidad del criterio “Valoración técnica” (apartados 30.2.1 b) y 30.2.2 de la carátula del PCAP) y, por consiguiente, del procedimiento de adjudicación, que deberá reiniciarse en lo concerniente a estos lotes.

SEGUNDO. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko martxoaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de marzo de 2016