



EB 2016/090

Resolución 097/2016, de 30 de agosto 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, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. contra los pliegos del contrato de “Suministro de equipos de infusión para bombas volumétricas, de jeringa y cesión de bombas –Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 28 de junio de 2016 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. contra los pliegos del contrato de “Suministro de equipos de infusión para bombas volumétricas, de jeringa y cesión de bombas –Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Con fecha 28 de junio se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron el día 6 de julio.

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del recurrente y el poder adjudicador.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente así como la representación de doña M. A.L. que comparece en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.» El acto objeto de recurso el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) que rige el contrato.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente estima que falta la determinación de los criterios evaluables mediante juicios de valor. El cuadro de criterios se limita a establecer una baremación de puntos según el producto ofertado sea técnicamente de calidad “No válida”, “No suficiente”, “Adecuada” o “Excelente” pero sin referir los criterios que van a ser objeto de dicha evaluación, lo que posibilita que el contrato se adjudique arbitrariamente. Tampoco se define qué se entiende por “Calidad técnica”, lo que infringe el principio de transparencia y dificulta la correcta elaboración de las ofertas por los licitadores.



b) El PPT no puede contener los criterios de adjudicación, que deben insertarse en el PCAP.

c) El PPT introduce una incoherencia al “recomendar” que el formato de presentación sea en cajas de 100 unidades. Surge, así, la duda de si un formato diferente supone la exclusión o si el término “recomendado” prevalece sobre el título del cuadro. Surge también la duda de si dicha presentación puede ser considerado como un criterio a valorar, en cuyo caso no es adecuada su inserción en el apartado de características de obligado cumplimiento del PPT.

d) La configuración de características técnicas referidas a las bombas de jeringa (lotes 1.1, 1.2 y 1.3) y bombas volumétricas (lotes 1.4, 1.5 y 1.6) es restrictiva para la libre competencia porque solo las cumple un único licitador y se limita arbitrariamente la concurrencia; los productos de FRESENIUS y de otros licitadores también permiten alcanzar las finalidades asistenciales pretendidas por estas características. Concretamente, el recurso menciona la programación de presiones variables, la necesidad de que se disponga de dos puntos de medición de presión, la visualización de presiones y otros datos sin tener que entrar en menús (para las bombas de jeringa) y la programación de presiones variables, el cable de alimentación con transformador y grado de IP 22, el sistema de anti – despurgado en equipo, los datos históricos de 96 horas y el peso no superior a 1.500 kilogramos (para las bombas volumétricas).

e) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- La anulación de los pliegos de la licitación.
- Que se inste la modificación del contenido del pliego para que los criterios de adjudicación queden definidos en el PCAP y claramente determinados en su naturaleza, importancia y ponderación.
- Que se declare la necesidad de enmendar el aspecto referido al término “recomendado” en el formato de presentación.



- Que se declare la improcedente configuración de los criterios técnicos de obligado cumplimiento alegados.

SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe rebate al recurrente con los siguientes argumentos:

a) Es la segunda vez que FRESENIUS recurre los pliegos de la licitación tramitada por este órgano con el mismo objeto. En esta ocasión, considera restrictivas algunas características que ya se exigían en el anterior pliego y que no fueron cuestionadas.

b) El recurso insiste en la impugnación de contenidos del pliego que han sido redactados de acuerdo con las pautas fijadas por el OARC / KEAO en la Resolución 109/2015, que resolvió el recurso anterior. Así, el criterio “Calidad técnica” se valora en un rango de 0 a 30 puntos y para su valoración se atenderá a los aspectos valorables que, citados por remisión en la carátula del PCAP, se establecen para cada lote en el PPT, por lo que no es cierto que dichos criterios se establezcan “solo en el PPT”, como alega el recurso.

c) El simple uso del verbo “recomendar” indica que se está expresando una preferencia u orientación, y no una obligación.

d) Las funcionalidades exigidas a los suministros son razonables y relacionadas con la seguridad de los pacientes; no es cierto que se trate de características que solo cumple un fabricante, ya que en procedimientos anteriores se han presentado proposiciones de varias empresas.

e) El poder adjudicador solicita la imposición de la sanción por mala fe o temeridad prevista en el artículo 47.5 TRLCSP.

OCTAVO: Los motivos impugnatorios relacionados con las letras a), b) y c) del fundamento jurídico sexto de esta resolución son los que figuraban en el recurso que la recurrente interpuso frente a unos pliegos anteriores y que dio



lugar a la Resolución 109/2015. Consecuentemente, se deberá analizar si dicho pronunciamiento de este OARC/KEAO ha sido debidamente ejecutado en los pliegos que han dado lugar al actual recurso.

En la Resolución 109/2015 se declara nulo el criterio de adjudicación “calidad técnica” por no desarrollarse en los pliegos lo que se entiende por tal.

En criterio que se impugna en el recurso que nos ocupa viene definido en los pliegos rectores del contrato de la siguiente forma. Por un lado, el punto 30.2.b) de la carátula del PCAP dispone lo siguiente:

«30. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

(...)

3.2. Existe una pluralidad de criterios de valoración de las ofertas (si/no): SI

(...)

b) –Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (si/no):

RELACIÓN CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	NÚMERO PUNTOS	UMBRAL MÍNIMO
CALIDAD TÉCNICA, con la siguiente ponderación: - 0 puntos: Ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, no presentación de muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado o no válido. - De 1 a 14 puntos: Productos técnicamente válidos pero de una calidad no suficiente. - De 15 a 25 puntos: Productos técnicamente válidos de una calidad adecuada. - De 26 a 30 puntos: Productos u ofertas preferentes de calidad excelente. ASPECTOS A VALORAR: ver Bases Técnicas.	30	15

Por su parte, el Pliego de Bases Técnicas (en adelante PBT) define los “Aspectos a valorar” para los diversos lotes en los que se divide el objeto del contrato de la siguiente forma:

«2.1.2 CESIÓN DE BOMBAS DE JERINGA-LOTES 1.1-1.2-1.3

(...)

ASPECTOS A VALORAR:

Modo de volumen/tiempo

6 puntos



Inserción del equipo en la bomba	6 puntos
Tiempo de preparación inferior a 10 minutos	6 puntos
Facilidad de limpieza	6 puntos
Pantalla/visualización	6 puntos

2.1.3. CESIÓN BOMBAS VOLUMÉTRICAS-LOTES 1.4-1.5-1.6

(...)

ASPECTOS A VALORAR:

Gráfica tendencia presiones	6 puntos
Inserción del equipo en la bomba	6 puntos
Tiempo de preparación inferior a 10 minutos	6 puntos
Pantalla/visualización	6 puntos
Facilidad de limpieza	6 puntos

2.2.2.- CESIÓN BOMBAS VOLUMÉTRICAS UNIDADES CRÍTICAS – LOTE 2

(...)

ASPECTOS A VALORAR:

Modo de infusión específica medicación/paciente sensible	5 puntos
Sistema de control de glucemia	7 puntos
Facilidad de limpieza bombas/soportes	5 puntos
Infusión continua PCA y TCI en la misma bomba	5 puntos
Compatibilidad equipos planta	3 puntos
Peso no superior a 1,500 Kg	3 puntos
Consumo energético	2 puntos

2.2.3- CESIÓN DE BOMBAS VOLUMÉTRICAS PARA HOSPITALIZACIÓN – LOTE 3.

(...)

ASPECTOS A VALORAR:

Movilidad del paciente	4 puntos
Inserción del equipo en la bomba	6 puntos
Tiempo de preparación inferior a 10 minutos	6 puntos
Pantalla/visualización	6 puntos
Facilidad de limpieza	3 puntos
Peso no superior a 5 Kg.	5 puntos»



Además, el criterio de adjudicación “calidad técnica” también figura en la cláusula 6.b) del PBT descrito de la siguiente forma:

«6.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

(...)

b) –Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (si/no):

RELACIÓN CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	NÚMERO PUNTOS	UMBRAL MÍNIMO
CALIDAD TÉCNICA,	30	15

Se observa que el órgano de contratación ha identificado los aspectos del bien a suministrar que van a ser merecedores de una mayor puntuación definiendo un criterio vinculado al objeto, pero no lo hace en el PCAP, como lo exige el art. 150.2 del TRLCSP y artículo 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sino en el PBT, de tal manera que en el PCAP únicamente figura el método de valoración del criterio de adjudicación y una remisión genérica al PBT en lo que respecta a los aspectos del criterio de “calidad técnica” que serán objeto de valoración y la ponderación relativa que se asigna a cada uno de ellos. Este OARC/KEAO, en la Resolución 109/2015 manifiesta que supone una incorrección el describir los criterios de adjudicación en el pliego de prescripciones técnicas y que no cabe duda de que los datos sobre los criterios de valoración de las ofertas forman parte del PCAP. Este aspecto de la Resolución 109/2015 no ha sido correctamente ejecutado por el Órgano de Contratación al incluir parte de la descripción del criterio de adjudicación en el PBT, por lo que el recurso ha de ser estimado en lo que a este motivo impugnatorio se refiere. Es evidente que la descripción de los aspectos del bien que van a ser valorados y su ponderación relativa es el desarrollo del criterio de adjudicación “calidad técnica”, por lo que, por imperativo del art. 150.2 TRLCSP deben estar descritos en el PCAP. Téngase en cuenta que no puede ser irrelevante el incumplimiento del art. 116 TRLCSP que señala cual ha de ser el contenido de los pliegos de prescripciones técnicas y, en el caso que nos ocupa, ni del art. 150.2 del TRLCSP que dispone que los criterios que han de



servir de base para la adjudicación del contrato se detallarán en el anuncio y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares pues, entre otras cuestiones, la aprobación de cada uno de estos documentos se halla sujeto a una tramitación procedimental diferente, más estricta en el caso de los pliegos de cláusulas administrativas particulares pues requieren de informe de los servicios jurídicos. A todo ello no cabe oponer que el PCAP señala expresamente que los “aspectos a valorar” del criterio de adjudicación se hallan descritos en el PBT, y dicha remisión incumple los mencionados preceptos legales al no formular de una forma clara y sistemática el criterio de adjudicación lo cual conculca el principio de transparencia que debe regir el procedimiento de adjudicación al obligar a los licitadores a examinar e integrar el contenido de dos documentos diferentes.

En contra de lo que parece apuntar el recurso, en ningún caso podría ser calificado como indefinido el método de ponderación del criterio de adjudicación de “calidad técnica” establecido en el punto 30.2.1.b) de la carátula del PCAP por no existir una obligación ni legal ni reglamentaria de establecer el método de valoración de un criterio sujeto a un juicio de valor. Téngase en cuenta que un comité de evaluación debe disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, puede, sin modificar los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (véase la sentencia de 14 de julio de 2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, apartado 29).

NOVENO: No puede prosperar el recurso en lo concerniente a las dudas que plantea el recurrente de que el “recomendar” en el PBT que el formato de presentación sea en cajas de 100 unidades puede suponer la exclusión del procedimiento de adjudicación pues, tal y como se halla redactado y estructurado el pliego que ahora se impugna, la presentación de los bienes no constituye una especificación ni mínima ni excluyente ni es un criterio de adjudicación del contrato por no figurar como un aspecto a valorar en el criterio de adjudicación de “calidad técnica” de ninguno de los lotes.



Consecuentemente, en lo concerniente a este punto la Resolución del OARC/KEAO 106/2015, ha sido debidamente ejecutada.

DÉCIMO: De todas las especificaciones técnicas denunciadas únicamente cabe entrar a analizar aquellas que han sido modificadas o no figuraban en los pliegos de la anterior licitación que fue anulada por la Resolución 109/2015 y de la que los pliegos ahora recurridos traen causa. No puede aceptarse la pretensión del recurrente de anular las especificaciones técnicas que figuraban en los pliegos anulados y que no fueron recurridas en su día ya que ello supondría mantener permanentemente abierto el plazo de interposición del recurso especial, cuando su carácter preclusivo es parte fundamental del sistema establecido en el TRLCSP y el Derecho comunitario que ésta incorpora (por todas, ver la Resolución 24/2014 del OARC/KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe*, C- 2470/99, de 12 de diciembre de 2002, apartados 75 y 76). Asimismo, admitir la impugnación de un acto que ejecuta una Resolución de este Órgano por razones que ya pudieron hacerse valer en su momento equivaldría a privar de eficacia a dicha Resolución (ver en este sentido, la resolución del OARC 112/2014).

No obstante, sí que se denuncian tres prescripciones técnicas que no figuraban en los pliegos anteriores y que, por consiguiente se han de analizar. Respecto del lote 2, se denuncia la exigencia de la prescripción “cable de alimentación con transformador y grado IP22” por ser una característica limitativa de la concurrencia. El recurrente no argumenta esta afirmación, se limita a realizar una denuncia genérica al señalar que se trata de una característica que no comporta ventaja y que limita el espacio y la limpieza de las unidades y, en este sentido, se debe recordar que sobre el recurrente obra la carga de razonar y justificar adecuadamente los motivos de impugnación que articula.

En lo que respecta a la prescripción técnica, asimismo del lote 2, “sistema anti-despurgado en equipo para evitar el despurgado y la entrada de aire en equipo”, se limita a señalar que no se halla ubicada sistemáticamente en el



apartado correcto del PBT, pues debería haber sido incluida en el de “características del fungible”, por lo que la pretensión del recurrente no es la de solicitar la nulidad de la mencionada prescripción sino la de expresar un reparo a la sistemática el documento pero sin oponer nada contra su exigencia ni contra su posible falta de comprensión; por el contrario, parece que la ha comprendido y que por ello lo pone de manifiesto.

Existe otra prescripción técnica “peso no superior a 1.500 kg “, exigida tanto en el lote 2 como en el lote 3, que es recurrida por considerar que no responde a criterios clínicos y/o a ventajas sustanciales para el usuario, pero tampoco se indica qué perjuicio representa para los intereses del recurrente el señalamiento de este límite en el peso de los bienes a suministrar.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas rectores del acuerdo marco para el “suministro de equipos de infusión para bombas volumétricas, de jeringa y cesión de bombas –Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, por lo que se anula el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y se ordena incluir los aspectos a valorar del criterio de adjudicación “calidad técnica” en el primero de los pliegos.



SEGUNDO: 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.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016eko abuztuaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de agosto de 2016