



EB 2019/138

Resolución 184/2019, de 31 de octubre, 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 APOTHEKA IMEDISA 2001, S.A. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro para la ejecución de la ampliación del Servicio de Farmacia del Hospital Galdakao-Usansolo de la OSI Barrualde-Galdakao”, tramitado por OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 7 de agosto de 2019 se recibió 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 la empresa APOTHEKA IMEDISA 2001, S.A. (en adelante, APOTHEKA) contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro para la ejecución de la ampliación del Servicio de Farmacia del Hospital Galdakao-Usánsolo de la OSI Barrualde-Galdakao”, tramitado por OSAKIDETZA.

SEGUNDO: El mismo día este Órgano remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó la copia del 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). Dicha documentación se recibió los días 8 de agosto y 29 de septiembre, respectivamente.





TERCERO: Traslado el recurso a los interesados con fecha 22 de agosto, no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP son impugnables los pliegos y los demás documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, en la condición de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

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

- a) La falta de ponderación de los criterios de adjudicación deja plena libertad a los técnicos y mesa de contratación para su concreción en el proceso de valoración, lo cual es contrario al principio de transparencia y a la objetividad en la selección del contratista.

- b) El órgano de contratación no ha elaborado una memoria justificativa en los términos exigidos en el artículo 63 de la LCSP, de tal forma que no se ha justificado adecuadamente la elección de los criterios de adjudicación, ni las prescripciones técnicas establecidas en el PPT, lo cual comporta la nulidad del pliego.

- c) Finalmente, se solicita que se dicte resolución en la que se resuelva anular los pliegos, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a su publicación para que se vuelvan a publicar unos nuevos corregidos conforme a lo expuesto.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por entender que:

- a) Los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato y la administración goza de margen de discrecionalidad para establecerlos; además, el criterio cuya cuantificación depende de un juicio de valor se encuentra desarrollado por varios elementos que impiden la arbitrariedad del órgano de contratación en la valoración del mismo. Además, es posible que la ponderación global sea atribuida a un criterio que sea a su vez concretado y precisado siempre que con ello no se modifiquen los elementos contenidos en el pliego, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos de antemano habrían



podido influir en la preparación de la oferta y no tengan efecto discriminatorio en perjuicio de uno de los licitadores.

b) Osakidetza publicó en el perfil del contratante la Memoria justificativa cuya falta de motivación alega la recurrente.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC/KEAO

A la vista de lo anterior, a continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre el recurso:

a) Sobre la falta de ponderación de los criterios de adjudicación

La cláusula 22.2.1 del PCAP relativa a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor establece lo siguiente:

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Sí: 48%

La valoración técnica se realizará sobre la documentación técnica y/o los equipos presentados de acuerdo con las siguientes puntuaciones:

CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS A VALORAR	48
Proyecto constructivo, funcional y operativo: -Configuración de espacios. -Flujos de trabajo. -Metodología de trabajo -Indicadores críticos de gestión.	
Calidad técnica de las instalaciones -División de las áreas de trabajo -Cumplimiento normativa vigente relativa a los servicios de Farmacia -Calidad de la propuesta: eficiencia energética.	
Calidad técnica del equipamiento -Almacenamiento: robotización si procede -Desemblizado: solución técnica propuesta -Capacidad de producción -Tiempo de calibración de las tolvas -Inclusión de formas farmacéuticas fraccionadas -Impresión en las unidades de dosificación de la información relativa al paciente medicamentos -Método de limpieza del equipamiento -Control de calidad: solución técnica propuesta -Plan de contingencia ante cualquier eventualidad.	



Gestión y control del stock -Se valorará la metodología, tecnología y herramientas de procesos en relación con la gestión y control de stock de medicamentos y efectos y accesorias.	
Plan de formación -Alcance, metodología, planificación y recursos a disposición	
TOTAL	48

a1) Doctrina general sobre la ponderación de los criterios de adjudicación y de los subcriterios

El poder adjudicador está obligado a procurar en cada fase del procedimiento de licitación la igualdad de trato (artículo 1 del TRLCSP) y, como consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores. Dicho principio también significa que los licitadores deben estar en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como en el de la evaluación de éstas por el poder adjudicador. Además, el principio de transparencia, que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador, implica más especialmente que los criterios de adjudicación se han de formular en el pliego de cláusulas o en el anuncio de licitación de manera que permitan a todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes comprender su alcance exacto e interpretarlos de igual forma, que en la evaluación de las ofertas esos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (ver, en este sentido las Resoluciones 68/2018 y 153/2018 del OARC/KEAO y la jurisprudencia en ella citada) y que los potenciales licitadores deben conocer en el momento de preparar sus ofertas todos los criterios que el poder adjudicador tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa así como su importancia relativa (Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, C-532/06 ECLI:EU:C:2008:40, apartado 36 y jurisprudencia en ella citada).

Del artículo 146.3 de la LCSP se desprende la obligación de atribuir una ponderación relativa a los criterios de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que ello permite que los licitadores conozcan las reglas precisas que rigen la



valoración de sus ofertas y evita que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración. Esta misma conclusión se desprende de la jurisprudencia del TJUE conforme a la cual un poder adjudicador no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores (Sentencia del TJUE, asunto C-532/06, apartados 33 a 41). Sin embargo, esta obligación de atribuir una ponderación no alcanza a los subcriterios. Así, cabe introducir factores de ponderación de subcriterios dentro de los criterios de adjudicación una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas, siempre y cuando concurren tres requisitos. En primer lugar, esta determinación *ex post*, no puede modificar los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. En segundo lugar, no puede contener elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación. En tercer lugar, no puede adoptarse teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (véase, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-677/15p, ECLI:EU:C:2017:998, apartado 33).

a2) Sobre la cláusula 22.2.1.del PCAP

La única crítica que efectúa el recurrente a la cláusula 22.2.1. del PCAP es la falta de ponderación relativa de los criterios de adjudicación. Por su parte, el poder adjudicador afirma en su informe que el criterio de adjudicación “Características técnicas a valorar” se halla ponderado hasta 48 puntos, siendo posible la asignación de ponderaciones relativas a los cinco subcriterios, que a su vez se hallan desarrollados, en una fase posterior del procedimiento de adjudicación.

Esta conclusión del poder adjudicador no es compartida por este Órgano que considera que el epígrafe “Características técnicas a valorar” comprende cinco



criterios de adjudicación, cada uno de ellos con sus propios subcriterios, por las siguientes razones:

- 1) El contrato consiste en el diseño de un proyecto constructivo de la ampliación del servicio de farmacia del Hospital de Galdakao-Usansolo, el diseño del sistema de almacenamiento de medicamentos, efectos y accesorios y del sistema de preparación de dosis personalizadas por paciente y toma, así como la ejecución de las actividades relacionadas con las infraestructuras, instalaciones, maquinaria y equipamiento necesarios para su puesta en funcionamiento. Se trata, en resumidas cuentas, de un contrato que comprende prestaciones propias de diversos tipos contractuales, que el propio PCAP lo califica como un contrato mixto de suministro, servicios y obras. En relación con esta prestación compleja, el PCAP exige en su cláusula específica 24.3 que el licitador presente en su oferta, además de toda la documentación relativa al cumplimiento de las bases técnicas, la documentación acreditativa para la valoración de los criterios basados en un juicio de valor. Este criterio, formulado en el PCAP formalmente como único, exige del licitador que presente a las diversas prestaciones solicitadas una oferta. Concretamente, deberá presentar el diseño de la obra y la ejecución de la obra, que se valorarán en el apartado denominado “Proyecto constructivo, funcional y operativo” y “Calidad técnica de las instalaciones”, el suministro e instalación del equipamiento que se valorarán en el epígrafe “Calidad técnica del equipamiento”, la solución ofertada a la gestión del stock de medicamentos que se valorarán en el apartado “Gestión y control del stock” y finalmente se valorará la oferta del “Plan de formación”. Además, para la evaluación de cada uno de estos aspectos de la oferta y ligados a cada uno de ellos se establecen criterios específicos. Consecuentemente, la valoración diferenciada de elementos heterogéneos de la oferta que obligan al licitador a presentar una propuesta estructurada conforme a las directrices marcadas por la propia cláusula 22.2.1 del PCAP indica que no nos hallamos ante un único criterio de adjudicación que comprende cinco



criterios secundarios que, a su vez, se dividen en diversos criterios “terciarios”, sino ante cinco criterios de adjudicación que despliegan, cada uno de ellos, sus criterios secundarios.

- 2) Difícilmente se puede afirmar que el juicio de valor es único cuando bajo el epígrafe “Características técnicas a valorar” se procederán a valorar aspectos que no se refieren propiamente a características técnicas, como es el caso del “plan de formación” o el de la “Gestión y control del stock” o el del diseño del proyecto constructivo.
- 3) De la propia redacción de la cláusula (p.ej. “calidad técnica de las instalaciones”, “calidad técnica del equipamiento”, “plan de formación” ...), además de la estructura adoptada por el órgano de contratación para su expresión, en una tabla en la que se agrupa cada uno de los aspectos de la oferta a valorar y sus criterios secundarios en cuadros independientes, se desprende que dichos aspectos gozan de una diferenciación que hace que se deban valorar por bloques y que difícilmente se puede efectuar una evaluación global de todos ellos.
- 4) El epígrafe de “Características técnicas a valorar” comprende la evaluación de la oferta conforme a lo que en el artículo 145.2 de la LCSP se definen como criterios de adjudicación, como el criterio “calidad”, a evaluar en la “calidad técnica de las instalaciones” o “calidad técnica del equipamiento”, el diseño, a valorar en “Proyecto constructivo, funcional y operativo”, o la asistencia técnica, entendida en este caso como transferencia del conocimiento, a valorar en “Plan de formación”.

Por todo ello, estos criterios debían estar ponderados y, consecuentemente, debe estimarse este motivo de impugnación.



b) Sobre la falta de motivación y justificación de la memoria justificativa del expediente

La recurrente estima que la memoria justificativa a la que se refiere el artículo 63 de la LCSP no está correctamente motivada y, en concreto, no se justifica en la misma la elección de los criterios de adjudicación ni las prescripciones técnicas que deben cumplir los bienes objeto de suministro.

Analizado el expediente de contratación, consta una Memoria con el siguiente tenor:

FUNDAMENTACIÓN

Osakidetza, dentro del proceso de innovación y mejora continua, ha decidido llevar a cabo la ampliación del Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Galdakao-Usansolo.

El presente expediente tiene por objeto la adquisición de un proyecto completo y de su ejecución en base a las necesidades solicitadas y especificadas en el pliego de bases técnicas.

Se trata de expediente para la contratación del diseño de un proyecto constructivo de la ampliación del servicio de farmacia del Hospital de Galdakao- Usansolo de la OSI Barruaide- Galdakao y su ejecución. Esta ampliación servirá para gestionar los medicamentos, efectos y accesorios destinados a las personas, con derecho a prestación farmacéutica con cargo al Departamento de Salud del Gobierno Vasco, de residencias de personas mayores en Euskadi. El proyecto contemplará el diseño del sistema de almacenamiento de medicamentos, efectos y accesorios y del sistema de preparación de dosis personalizadas por paciente y toma, así como la ejecución de las actividades relacionadas con las infraestructuras, instalaciones, maquinaria y equipamiento necesarios para su puesta en funcionamiento.

El objeto del contrato, tiene una naturaleza totalmente conexas entre los diferentes componentes (diseño, instalaciones, equipamiento) tanto en aspectos normativos como técnicos. Por ello, no admite su división o fraccionamiento en lotes, toda vez que el proyecto y su ejecución constituyen en sí mismo un conjunto funcional difícil de realizarse independientemente en lotes. Se trata de equipamientos de alta tecnología que deben ser suministrado con absolutas garantías de Integración entre ellos. La ejecución de las obras y la instalación de dichos equipos debe realizarse de manera coordinada y con una única línea de trabajo.

A su vez, se trata de un pliego cuya prestación principal es el suministro de equipos de alta tecnología que deben estar integrados entre si proporcionando flujos de trabajo integrados y eficientes

En atención al importe de contratación, se solicita su contratación por Procedimiento Abierto. Así mismo, para la elección de los criterios de valoración y su ponderación se han tenido en consideración los aspectos más significativos recogidos en el Pliego de Bases Técnicas que se



acompaña a este expediente, a fin de garantizar que las ofertas de los licitadores se ajusten a lo exigido para el suministro objeto de este expediente.

Se ha previsto que el suministro se realice en dos anualidades, al objeto de que la fabricación, entrega, y puesta en funcionamiento del equipamiento objeto de contratación se produzca de forma escalonada, con el fin de minimizar en lo posible los efectos negativos derivados de la paralización de la actividad asistencial mientras se produce la sustitución de los equipos.

Esta inversión ha sido declarada como estratégica, y por ello de adquisición centralizada por Acuerdo de 5 de febrero de 2019 del Consejo de Administración de Osakidetza.

A juicio de este OARC/KEAO, el poder adjudicador cumple con esta fundamentación con lo exigido en los artículos 28 (necesidad e idoneidad del contrato) y 116 (expediente de contratación: iniciación y contenido), ambos de la LCSP, pues queda motivada la necesidad del contrato y el documento fue publicada en el perfil del contratante, cumpliendo a su vez, con lo exigido por el artículo 63 de la LCSP invocado por la recurrente.

Por otra parte, respecto de la alegación de falta de justificación de la elección de los criterios de adjudicación y las prescripciones técnicas, debe señalarse que con independencia de la falta de motivación alegada por la recurrente lo cierto es que su presunta insuficiencia no le ha impedido la presentación de un recurso fundado en derecho que ha sido estimado (ver, en este sentido, la Resolución 179/2018 de este OARC / KEAO).

c) Conclusión

Procede la anulación de la cláusula 22.2.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares por no haber asignado una ponderación a los criterios de adjudicación “Proyecto constructivo, funcional y operativo”, “Calidad técnica de las instalaciones”, “Calidad técnica del equipamiento”, “Gestión y control del stock” y “Plan de formación”.



La normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, 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 (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa APOTHEKA IMEDISA 2001, S.A. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro para la ejecución de la ampliación del Servicio de Farmacia del Hospital Galdakao-Usansolo de la OSI Barrualde-Galdakao”, tramitado por OSAKIDETZA, anulando la cláusula 22.2.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares y cancelando la licitación.

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



TERCERO: 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, 2019ko urriaren 31a

Vitoria-Gasteiz, 31 de octubre de 2019