



**EB 202/045**

**Resolución 161/2024, de 6 de septiembre, 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 mercantil LINDE MEDICA S.L.U. contra la adjudicación del “Contrato de Terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi (Lote 1)”, tramitado por la Administración General de la CAPV (Departamento de Salud).**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 12 de marzo de 2024, 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 por LINDE MEDICA, S.L.U. (LINDE) contra la adjudicación del “Contrato de Terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi (Lote 1)”, tramitado por el Departamento de Salud.

**SEGUNDO:** El día 13 de marzo 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 remitió por el poder adjudicador con fecha 27 del mismo mes.





**TERCERO:** Traslado el recurso a los interesados con fecha 4 de abril, el día 11 del mes se presentaron alegaciones por ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L. (en adelante, ESTEVE), adjudicataria impugnada.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Representación y legitimación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de B.J.P.L. y C.A.V., que actúan en nombre y representación de LINDE.

### **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 servicios 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 CAPV (Departamento de Salud) tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



## **SEXTO: Argumentos del recurso**

Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) El informe técnico de valoración de criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor introduce un subcriterio no recogido en los pliegos relativo al arraigo territorial contrario a derecho y que incide de manera negativa en la puntuación otorgada a la recurrente.
  
- b) La justificación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor realizada en la Memoria justificativa del expediente de contratación resulta genérica y falta de concreción.
  
- c) La incorporación “*ex novo*” en el informe de valoración de un criterio de adjudicación centrado en el arraigo territorial vulnera la normativa y doctrina vigente en materia de contratación pública, con resultado discriminatorio entre licitadores y restricción indebida del principio de concurrencia, debiendo comportar la anulación del subcriterio de adjudicación 1.1.
  
- d) La división “*ex novo*” del subcriterio 1.1 en criterios de adjudicación adicionales, no anticipados en el pliego, en concreto el subcriterio relativo al arraigo territorial, produce asimismo un claro efecto discriminatorio con relación al resto de licitadores.
  
- e) La configuración del subcriterio de adjudicación 1.1 y la valoración realizada atribuyen al órgano de contratación una capacidad de decisión que excede el ámbito ordinario de la discrecionalidad técnica, en clara vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, debiendo comportar, también este motivo, la anulación del subcriterio de adjudicación.
  
- f) Finalmente, solicita la anulación del subcriterio de adjudicación 1.1, así como la valoración y asignación de puntuación dada al mismo y se acuerde la imposibilidad de continuar el procedimiento. Subsidiariamente, se anule la



Resolución de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones a efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 150.2 LCSP.

**SÉPTIMO: Alegaciones de ESTEVE**

ESTEVE, adjudicatario impugnado, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Como cuestión previa, considera que el recurso debe ser inadmitido por cuanto que tiene por objeto materias o cuestiones que ya han sido juzgadas o desestimadas, incurriendo en la llamada “cosa juzgada administrativa”.

b) Sobre la supuesta introducción de un criterio de arraigo territorial en el subcriterio 1.1 adecuación de la planificación operativa y organización de los recursos adscritos a la ejecución del contrato al despliegue territorial y funcional de la red asistencial pública, hay que señalar tanto a la recurrente como a la alegante se les ha valorado recursos establecidos en el territorio. Además, se trata de una cuestión que ya se encontraba reflejada en el primer informe de valoración, sin que la recurrente dijera nada al respecto.

c) Es falso que la mayor puntuación de la oferta de ESTEVE resida exclusivamente en el hecho de que se haya valorado muy positivamente el hecho de que el *Call Center* radique en Álava, pues existen otros aspectos diferenciales en las ofertas que justifican la diferencia de puntuación.

d) El informe de valoración es exhaustivo y ponderado, sin que pueda admitirse sustituir la valoración del órgano de contratación por la suya propia.

e) Respecto de la alegación relativa a la no exigencia de la documentación al adjudicatario que ya estaba presentada y validada, la Ley de Procedimiento Administrativo establece el derecho de los administrados a no aportar documentación que costa en poder de la Administración, y que ESTEVE presentó en su momento toda la documentación requerida y considerada



correcta por el poder adjudicador, entre ellas el aval presentado como garantía definitiva desde hace muchos meses con el consiguiente coste financiero.

#### **OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

Las alegaciones del poder adjudicador son las que a continuación se resumen:

- a) Ante la alegación relativa a que la memoria del contrato es genérica y falta de concreción respecto de los criterios de adjudicación elegidos, esta fase del procedimiento no es el momento procesal adecuado para recurrir aspectos del pliego, salvo que se detectase un vicio oculto, que no es el caso.
  
- b) El hecho de que el *Call Center* se encuentre en el territorio histórico de Álava se ha valorado como una mejora de cara a la prestación del servicio, debido a los problemas que presenta que dicho servicio se encuentre fuera de territorio, pero en ningún caso se ha exigido como requisito para poder licitar. Además, ya fue valorado en el primer informe de valoración.
  
- c) En ningún momento se ha incorporado un criterio o subcriterio relativo al arraigo territorial.
  
- d) Sobre la extralimitación de la discrecionalidad técnica alegada, únicamente hay que señalar que el recurso se limita a comparar cuestiones con licitaciones anteriores que nada tienen que ver con la actual.
  
- e) Todos los licitadores propuestos como adjudicatarios en los diversos lotes presentaron la documentación acreditativa, por lo que ya obraba en el expediente dicha documentación. En consecuencia, no se ha omitido un trámite eximiendo a una entidad de presentar la documentación obligatoria, pues esta consta en poder de este órgano de contratación sin que se necesario volver a solicitarla.



## **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

El análisis de la pretensión de la recurrente de anulación del subcriterio 1.1 y, subsidiariamente del acuerdo de adjudicación del contrato con retroacción de actuaciones para que se efectuó un nuevo requerimiento de la documentación justificativa que señala el artículo 150.2 LCSP debe partir de lo dispuesto en la Resolución 234/2023, de este OARC / KEAO, cuyo apartado dispositivo primero acordaba:

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la mercantil LINDE MEDICA S.L.U. contra la adjudicación del “Contrato de Terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi (Lote 1)”, tramitado por la Administración General de la CAPV (Departamento de Salud), anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones en el sentido establecido en la letra d) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

Por su parte, el Fundamento Jurídico Noveno d) decía

a) Conclusión

A la vista de lo anteriormente expuesto, el recurso debe estimarse parcialmente en el siguiente sentido:

- Anular la adjudicación del contrato.
  
- Ordenar la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador adopte una nueva adjudicación que incluya la motivación adecuada de las puntuaciones otorgadas en aplicación del subcriterio 1.1., subcriterio 1.3, subcriterio 2.1, criterio 3 y subcriterio 6.2. La citada motivación debe respetar las puntuaciones otorgadas y los aspectos de las ofertas considerados significativos; es decir, se debe motivar la puntuación ya otorgada pero no proceder a una nueva aplicación de los criterios.
  
- Desestimar el recurso en todo lo demás.

Asimismo, son relevantes para la resolución de la cuestión planteada la documentación que debían presentar los licitadores, así como la literalidad del



criterio de adjudicación y la del método de valoración que se consigna en el PCAP y cuya aplicación reclama el recurrente

**22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN**

**22.1.- Existe un único criterio de adjudicación:** no.

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

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

<b>Criterio 1.- Planificación organizativa y coordinación</b>		<b>20</b>
Subcriterio 1.1 Adecuación de la planificación operativa y organización de los recursos adscritos a la ejecución del contrato al despliegue territorial y funcional de la red asistencial pública.	9	
Subcriterio 1.2 Implantación, operativa y seguridad de los sistemas de información, comunicación y telemonitorización.	5	
Subcriterio 1.3 Protocolos y procedimientos de trabajo.	3	
Subcriterio 1.4 Respuesta frente a principales riesgos. Planes de contingencia.	3	
<b>Criterio 2.-Atención a pacientes y usuarios</b>		<b>6</b>
Subcriterio 2.1 Programas de educación específicos y protocolos de seguridad y confort de los pacientes.	3	
Subcriterio 2.2 Plan de Atención, información, horario, accesibilidad, servicios por canales telemáticos.	3	
<b>Criterio 3.-Plan específico de mejora en la adherencia de los pacientes a las terapias objeto del contrato.</b>		<b>5</b>
<b>Criterio 4.-Plan de mantenimiento (preventivo y correctivo) de los equipos.</b>		<b>3</b>
<b>Criterio 5.-Empleo de buenas prácticas medioambientales y de gestión de residuos</b>		<b>2</b>
<b>Criterio 6.-Servicios adicionales</b>		<b>8</b>
Subcriterio 6.1 Oferta de profesionales sanitarios adscritos al contrato..	3	

Subcriterio 6.2 Colaboración con instituciones sanitarias para el adiestramiento de pacientes y realización de estudios relacionados con TRD	3	
Subcriterio 6.3 Atención complementaria: pacientes con necesidades de poligrafía nocturna, capniografía y de otras técnicas complementarias.	2	
<b>Criterio 7.- Medidas específicas de la empresa o cursos de formación para fomentar la igualdad de género y para hacer frente al acoso por razón de sexo, distintas a aquellas a las que están obligadas por ley.(*)</b>		<b>5</b>
<b>PUNTUACIÓN TOTAL</b>		<b>49</b>



Teniendo en cuenta lo antecedente, las alegaciones de las partes y la documentación que consta en el expediente de contratación las consideraciones del OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas son las siguientes:

a) Sobre la ejecución de la Resolución 234/2023

La Resolución 234/2023 del OARC / KEAO imponía al poder adjudicador la obligación de motivar adecuadamente las puntuaciones otorgadas a los licitadores en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en el marco del respeto a: (i) los aspectos de las ofertas ya seleccionados como relevantes y (ii) la puntuación ya otorgada a cada oferta, limitándose únicamente a expresar los juicios de valor que, en coherencia con ambas cuestiones, conducen al resultado final.

El poder adjudicador ha ejecutado la Resolución 234/2023 en los términos especificados, lo que le impedía modificar la puntuación inicialmente asignada a las ofertas. Ahora bien, ello no implica que, a la vista de la motivación aportada en ejecución de la Resolución, el recurrente no pueda impugnar la valoración efectuada sobre la base de la justificación que soporta la nueva adjudicación ni que este Órgano no pueda entrar a analizar si el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica que le asiste en el momento de la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. No cabe admitir la impugnación de aspectos que pudieron haber sido recurridos a propósito de la primera resolución de adjudicación.

b) Sobre la impugnación relativa al subcriterio 1.1

Las alegaciones que efectúa la recurrente sobre la infracción de los límites que constriñen el ejercicio correcto de la discrecionalidad técnica a juicio de este Órgano no pueden ser aceptadas. La recurrente considera que se ha incluido un subcriterio *ex novo* en la valoración del subcriterio 1.1 adecuación de la planificación operativa y organización de los recursos adscritos a la ejecución del contrato al despliegue territorial y funcional de la red asistencial pública, y que además es ilegal por



discriminatorio al hacer referencia al arraigo territorial. Concretamente, se refiere a la referencia que se hace en el informe de valoración de que el *Call Center* se encuentre ubicado en el territorio de Álava en el caso de la adjudicataria y no en el de la recurrente, lo cual, según la motivación dada en el segundo informe de valoración tras la retroacción de las actuaciones, es una característica diferencial que conlleva una mayor puntuación. Al respecto, este Órgano considera (i) que no se trata de un subcriterio o aspecto nuevo que implique una modificación del criterio o constituya un elemento nuevo desconocido a la hora de la preparación de las ofertas, sino el reflejo en el informe de una característica de la oferta que merecía ser destacada y plenamente acorde con el fondo parcialmente reglado del criterio; (ii) tan es así, que dicha circunstancia aparecía reflejada en el primer informe de valoración de los interesados (ambos, adjudicatario y recurrente, incluyeron la ubicación del *Call Center* en sus ofertas), por lo que no se trata de una cuestión novedosa que no pudiera mencionarse en el primer recurso; de hecho, el recurrente formuló alegaciones sobre el *Call Center* en la que no se hacía referencia alguna a su carácter discriminatorio por su ubicación territorial, sino concretamente a que En relación con el Call Center no se valora nuestra opción de devolución de llamada en la fecha/hora que solicite el paciente. Ver pág. 20 de nuestra oferta. Tampoco se valora nuestro sistema IVR configurable (menú inteligente de selección con locuciones) permite identificar al paciente al recibir la llamada dando una atención personalizada desde el inicio, además canaliza las llamadas hacia el gestor telefónico idóneo según el tipo de consulta. Tampoco se valora nuestro Centro Gestión Clínica.

c) Sobre el no requerimiento de la documentación del artículo 150.2 LCSP

La recurrente considera que se ha omitido el trámite del requerimiento de la documentación acreditativa al licitador propuesto como adjudicatario (artículo 150.2 LCSP) y ello comporta la nulidad de pleno derecho del procedimiento. Sin embargo, este Órgano no puede compartir esta conclusión. En primer lugar, consta en el expediente que se requirió al adjudicatario (mercantil ESTEVE) dicha documentación con ocasión de la primera propuesta de adjudicación, posteriormente recurrida por LINDE, siendo la documentación aportada validada por el poder adjudicador y no impugnada; por tanto, no cabe considerar que se haya omitido un trámite esencial del procedimiento a los efectos del artículo



157.4 de la LCSP en relación con el artículo 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. En segundo lugar, resulta del todo innecesario requerir al mismo adjudicatario una documentación que el poder adjudicador ya posee y no ha sido invalidada, en virtud del principio de conservación de actos (artículo 51 LPAC). Y, por último, la recurrente no acredita, más allá de indicar situaciones hipotéticas, en qué ha variado la situación jurídica de la entidad adjudicataria en el tráfico mercantil para que sea necesario un nuevo requerimiento. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

d) Sobre el resto de las cuestiones planteadas

No procede admitir las alegaciones referidas a la falta de concreción de los juicios de valor o a la configuración de estos, pues se trata de una cuestión que debió ser recurrida en su momento y la recurrente no lo hizo. Nos encontramos, por tanto, ante unos pliegos firmes por los que han de pasar, tanto los licitadores como el propio poder adjudicador, sin que conste ningún vicio de nulidad de pleno derecho u oscuridad en las cláusulas que impidiera la interposición del recurso en el plazo autónomo legalmente fijado (ver, por todas, la Resolución 138/2023 del OARC / KEAO, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196 y de 24/3/2021, ECLI: ESTS:2021:1199).

e) Conclusión

A la vista de lo anteriormente señalado, el recuso debe ser íntegramente desestimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 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:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LINDE MEDICA, S.L.U. contra la adjudicación del “Contrato de Terapias respiratorias y otras técnicas de ventilación asistida para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi (Lote 1)”, tramitado por el Departamento de Salud.

**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 esta (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 irailaren 6a**

Vitoria-Gasteiz, 6 de septiembre de 2024