



EB 2018/114

Resolución 141/2018, de 25 de octubre de 2018, 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 CARDIVA 2, S.L. contra la adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de equipos de cobertura quirúrgica desechables para la Osi Bilbao-Basurto (lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de agosto de 2018 se registró en el libro de entradas del Órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso interpuesto por la empresa CARDIVA 2, S.L. (en adelante, CARDIVA 2), en el registro del poder adjudicador, contra la adjudicación del acuerdo marco referenciado en el encabezamiento, junto con el 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).

SEGUNDO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de agosto, se han recibido, el 24 de agosto, las alegaciones de MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA, S.A.U., adjudicataria impugnada (en adelante, MEDLINE).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 8 de marzo de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el 24 de julio de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de Dña. M.C.V.Q., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los acuerdos marco que tengan por objeto, entre otros,

la celebración de contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) Incumplimiento por MEDLINE de las prescripciones técnicas requeridas por los pliegos relativos a diversos artículos del lote 1. En concreto, se señalan los siguientes: Artículo 1 (Equipo Universal) y Artículo 3 (Equipo Laparoscopia/Colón) se obvia el requisito de se trate de batas reforzadas, Artículo 7 (Equipo Cesárea) y Artículo 9 (Equipo de Partos) el gorro de bebé se suministra fuera del equipo, Artículo 17 (Equipo de Cabeza/Cuello/Codo) y Artículo 18 (Equipo de Mano/Todo) se obvia el requisito de se trate de batas reforzadas y Artículo 30 (Elementos Suelos) ofertan una sábana adhesiva.
- b) Incumplimiento por la adjudicataria impugnada de las exigencias contenidas en el apartado F, Logística, punto E2, Sistema de aprovisionamiento automatizado, del punto II del Pliego de Pliego de

Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) pues no presentan una solución logística que permita realizar la lectura mediante código de barras.

c) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado, por estar la empresa adjudicataria del Lote 1 incurso en causa de exclusión, ordenando la retroacción de las actuaciones para que pueda efectuarse una nueva adjudicación del Lote 1 tras la obligada exclusión de MEDLINE. Mediante Otrosí solicita tener acceso a la documentación aportada por MEDLINE a la licitación y relativa al sistema de gestión logística con el fin de formular una posible ampliación del recurso, ya que dicha documentación no pudo ser analizada en la vista de expediente realizada ante el órgano de contratación por haber sido declarada confidencial.

OCTAVO: Alegaciones de MEDLINE

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso, en resumen, por las siguientes razones:

a) El 26 de marzo de 2018 el poder adjudicador publicó en el perfil del contratante un documento con aclaraciones al PPT conforme al cuál, los artículos 1, 3, 17 y 18 del lote 1 pueden consistir en batas estándar y en los lotes 7 y 9 se permite que el gorro del bebé se envíe por separado, por lo que MEDLINE cumple con lo exigido por el PPT.

b) Respecto al artículo 30 del mismo lote, suministro de sábanas no adhesivas, la adjudicataria presentó un modelo con adhesivo, que posibilita su uso como sábana no adhesiva cuando su uso así lo requiera. Lo ofertado no impide el uso que se solicita en los pliegos, por lo que no queda comprometida la viabilidad del contrato.

c) Con relación a la alegación de incumplimiento de las exigencias contenidas en el apartado de logística, sistema de aprovisionamiento automatizado, MEDLINE señala que su oferta cumple con lo requerido por el PPT, incluido la lectura por código de barras mediante PDA.

NOVENO: Alegaciones de OSAKIDETZA

El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) En relación con la alegación de incumplimiento de las características técnicas del lote 1 por parte de MEDLINE, Osakidetza señala que tales incumplimientos no existen, dado que cumplen fielmente con las aclaraciones a los pliegos publicadas en el perfil del contratante el 26 de marzo de 2018. Respecto al suministro de sábanas no adhesivas, la adjudicataria presentó un modelo con adhesivo que posibilita su uso como sábana no adhesiva cuando así se requiera no impidiendo, de esta forma, el uso que se solicita en los pliegos, por lo que no queda comprometida la viabilidad del contrato.

b) Con relación a la alegación de incumplimiento de las exigencias contenidas en el apartado de logística, sistema de aprovisionamiento automatizado, el poder adjudicador señala que la oferta logística de la propuesta adjudicataria cumple y excede de lo requerido por los pliegos, por lo que, en consecuencia, obtuvo la mejor puntuación.

c) No procede la solicitud de vista de expediente de la oferta logística de MEDLINE declarada confidencial, ya que la propia recurrente ha declarado como tal toda su oferta logística.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

De forma previa al examen de los motivos de fondo esgrimidos por la recurrente, es decir, el incumplimiento de diversos artículos del Lote 1 ofertados por la adjudicataria impugnada respecto de los requisitos exigidos por el PPT, y el incumplimiento de las exigencias contenidas en el apartado de logística, sistema de aprovisionamiento automatizado, se debe analizar si procede acceder a la solicitud de acceso a la oferta de sus competidores.

a) Sobre la vista del expediente.

Este trámite se halla regulado en el artículo 52 de la LCSP, en términos similares a los que figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y su finalidad consiste en evitar la indefensión en el recurrente, de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, en este sentido la Resolución 90/2017 OARC/KEAO).

Examinado el expediente se observa que, el recurrente solicitó al órgano de contratación el acceso al mismo, y que, dicho acceso se realizó el 2 de agosto permitiéndosele la vista de la totalidad del expediente y sobres de MEDLINE, salvo lo declarado confidencial por ésta.

A juicio de este Órgano, la actuación del órgano de contratación en el presente caso ha sido correcta, ya que se solicita el acceso al apartado de solución logística de la mercantil adjudicataria mientras la propia recurrente, CARDIVA 2, declara como confidencial del contenido del Sobre C, las fichas técnicas y el dossier técnico porque contienen información relativa al producto y el dossier explica el desarrollo de una nueva estrategia logística. Esto es, el recurrente pretende obtener para sí un determinado efecto jurídico derivado de la norma (el acceso a la solución logística de las ofertas de los competidores) que se lo niega a los demás (ha declarado su oferta logística como confidencial), siendo contrario a la buena fe la de obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende (ver, en este sentido, la del OARC/KEAO Resolución 30/2015). Por ello, procede denegar al recurrente el acceso al expediente.

- b) Sobre los incumplimientos de las prescripciones técnicas requeridas por los pliegos relativas a diversos artículos del lote 1.

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la pretensión deben partir del contenido de los pliegos, que no han sido impugnados en tiempo y forma y por lo tanto, según una reiteradísima doctrina, rigen la licitación vinculando al poder

adjudicador y a los operadores económicos. Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.1 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En el presente supuesto, reprocha la recurrente el incumplimiento por parte de la oferta de MEDLINE de las prescripciones técnicas en relación con el Lote 1 de los artículos 1, 3, 17 y 18 por no ofertar bata reforzada y las de los lotes 7 y 9 por no ofertar todos los componentes en un único envase. Sin embargo, tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada niegan dichos incumplimientos, ya que el 26 de marzo del presente año se publicó en el perfil del contratante un documento de aclaraciones al pliego respecto del cual la oferta de MEDLINE cumpliría fielmente.

Procede en este momento, por tanto, determinar la naturaleza de las aclaraciones de los pliegos. Debe señalarse que las respuestas dadas por el poder adjudicador a las dudas de los potenciales licitadores se incluyen en la amplia definición de “pliego de contratación” recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC / KEAO (Resolución 112/2018), las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajusta a ellas, son “documentos adicionales” que fijan los términos de dicho procedimiento. Consecuentemente, estas aclaraciones forman parte de los pliegos y al no haber sido éstos recurridos en tiempo y forma, tal y como se ha

señalado anteriormente, rigen la licitación vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos.

Pues bien, trasladando esa doctrina al caso que nos ocupa, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas en el PPT se convierte en una cuestión de interpretación de los pliegos que configuran, como se ha dicho, la ley del contrato, y de prueba, respecto de la cual es necesario comprobar si la proposición presentada por MEDLINE se ajusta a lo establecido por las especificaciones técnicas del PPT del que, como hemos dicho, forman parte las aclaraciones realizadas y publicadas en el perfil del contratante. Consta en el expediente que, en el escrito de aclaraciones publicado el 26 de marzo, y que posponía el plazo de presentación de ofertas para adecuarlas a las propias aclaraciones, concretamente en la segunda aclaración, se dice textualmente: **En el lote 1, artículos 1, 3, 17,18 se solicitaba que las batas fueran reforzadas**, y se aclara que **se pueden presentar estándar**. De la misma forma, la tercera de las aclaraciones establece: **En el lote 1, artículos 7 y 19** *(debe querer referirse al artículo 9, ya que en el artículo 19 el gorro de bebe no forma parte del equipo y sí en el del 9)* en los que se solicita la entrega del **Gorro de bebé**, se **permite que se envíe este artículo por separado**. Del contraste entre lo exigido por el poder adjudicador y lo ofertado por la adjudicataria, se deduce con claridad que ésta aportó los artículos conforme a lo requerido por las aclaraciones, es decir, presentó, por un lado, batas estándar en los artículos 1, 3, 17 y 18 y, por otro, gorros de bebé por separado en los artículos 7 y 9, por lo que no cabe estimar este motivo de recurso.

Respecto al artículo 30 del lote 1, Sábana no adhesiva 196x249cm, la recurrente reprocha que la adjudicataria ha presentado una sábana adhesiva, concretamente, la referencia ES10483CE, sábana bilaminada de cabeza, 260x160 cm, longitud del adhesivo 85 cm. Debe señalarse que la consecución de la necesidad administrativa a satisfacer con el contrato ha de realizarse de forma objetiva, admitiendo la diversidad de soluciones, y sea cual sea la forma de describir las especificaciones técnicas empleada por el poder adjudicador (normas, documentos de idoneidad y otros sistemas de referencias técnicas, o rendimientos o exigencias funcionales) no se rechazarán ofertas formuladas de

una forma distinta, siempre que se acredite por el licitador que las citadas especificaciones se cumplen de modo equivalente. En este caso el PPT ha optado por una descripción directa de una especificación concreta, y a juicio de este Órgano, la sábana ofertada por MEDLINE cumple con lo exigido pues, a pesar de poseer un adhesivo, éste se encuentra protegido por un protector, de forma que mientras no sea retirado nos encontramos ante una sábana no adhesiva, que cumple con la finalidad solicitada en el PPT y, por consiguiente, quedando acreditado que la citada especificación se cumple. En resumen, se trata de un producto con un diseño versátil que es capaz de dar satisfacción a usos distintos. Por todo ello, tampoco procede aceptar esta alegación de la parte recurrente.

- c) Sobre el incumplimiento de las exigencias contenidas en el apartado F, Logística, punto E2, Sistema de aprovisionamiento automatizado, del punto II del PPT.

Alega CARDIVA 2 que MEDLINE ha presentado una solución de gestión logística que no permite el control de stocks mediante lectura por código de barras, incumpliendo, por ello, el PPT. Es objeto de controversia la siguiente base técnica del PPT para la compra de material:

F. Logística.

E.2. Sistema de aprovisionamiento automatizado

La adjudicataria aportará un sistema informatizado de gestión logística que permita realizar como mínimo las siguientes tareas:

- Lectura mediante código de barras de las salidas efectuadas por el personal de esterilización a cada Centro de Coste (...).

Este OARC/KEAO ha señalado en ocasiones anteriores que el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que la Administración desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato (ver, por todas, la Resolución 93/2015). Además, representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés

público, desea obtener el poder adjudicador y deben cumplir todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo alcance (Resolución 081/2018). Por último, debe señalarse que la definición de los requisitos técnicos puede hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos (artículo 117 del TRLCSP).

Examinada la oferta de MEDLINE, se observa que el apartado 10 de la memoria técnica aportada (folios 9 y ss.) en el sobre C al objeto de ser valorado conforme a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, en relación a la cuestión planteada en el recurso, especifica lo siguiente:

(...) Medstock es una plataforma online de gestión para el análisis de consumo y la generación automática de órdenes de reposición. Está conectada con el **sistema de almacenaje modular inteligente** para el control automático de las existencias y garantiza el control sobre la trazabilidad de todas las actividades relacionadas con el proceso quirúrgico:

- Utilización de la cobertura quirúrgica
- Reabastecimiento de los almacenes
- Recepción
- Control de Inventario
- Intercambio de datos proveedor
- Intercambio de datos Servicio de Suministros
- Trazabilidad

(...) Medstock está disponible en versión PDA y ofrece las siguientes funciones:

- Descarga - para descargar por medio del lector de códigos de barras incorporado el consumo de cualquier producto del almacén de quirófano.

A juicio de este Órgano, de conformidad con lo señalado en la oferta y en el informe del poder adjudicador, queda acreditado que el sistema informático de gestión logística presentado por MEDLINE permite la lectura mediante código de barras de las salidas/consumos de cualquier producto del almacén de quirófano (versión PDA), además de que se pueda hacer mediante el sistema de almacenamiento modular inteligente, por lo que este motivo de recurso también debe decaer.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CARDIVA 2, S.L. contra la adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de equipos de cobertura quirúrgica desechables para la Osi Bilbao-Basurto (lote 1)”, tramitado por OSAKIDETZA.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, según lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko urriaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de octubre de 2018