



EB 2022/115

Resolución 163/2022, de 26 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 AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de gases medicinales para diversos hospitales de Osakidetza (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de junio de 2022 se ha presentado 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 AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. (en adelante, AIR LIQUIDE) contra la adjudicación del contrato “Suministro de gases medicinales para diversos hospitales de Osakidetza (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 30 de junio, se le solicitó una 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). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO los días 7 y 8 de julio.





TERCERO: Traslado el recurso a los interesados el día 8 de julio, se han recibido el día 15 de julio las alegaciones de MESSER IBÉRICA DE GASES S.A.U. (en adelante, MESSER), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de que M.P.N.J. actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: 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.



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La empresa adjudicataria del contrato, MESSER IBÉRICA DE GASES, S.A.U. (en adelante, MESSER) no cuenta con la autorización legal exigible para el suministro de protóxido de nitrógeno en tanque criogénico (líquido), por lo que no puede ejecutar el Lote 1 en los términos exigidos por los pliegos de la licitación, que requieren el cumplimiento del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (en adelante, el Real Decreto 1345/2007). En concreto:

- Consultado el registro de medicamentos publicado por AEMPS se constata que MESSER cuenta única y exclusivamente con autorización para el protóxido de nitrógeno (óxido nitroso) como principio activo para (i) “Protóxido de nitrógeno medicinal Messer, Gas para inhalación en botellas”, y (ii) “Serynox 50%/50% gas comprimido medicinal”, ninguno de estos dos medicamentos corresponden al protóxido de nitrógeno líquido para suministro en tanque criogénico solicitado en el objeto del contrato.
- Si bien es cierto que cualquier empresa podría comercializar cualquier medicamento autorizado por otro laboratorio farmacéutico, este no es el caso de MESSER, tal y como se puede consultar en el enlace <https://labofar.aemps.es/labofar/registro/entidadesDistribucion/consulta.do#nav-no>.
- Se pone de relieve que (i) la cláusula específica 14.1 del PCAP prohíbe expresamente la subcontratación y (ii) la obtención de autorización de comercialización de medicamentos es un proceso complejo y de larga duración, por lo que es imposible obtenerla antes del inicio de la ejecución del contrato.
- Además, la cláusula 4 del PPTP exige cumplir con dicho requisito a todas las empresas licitadoras.



b) Errónea valoración del criterio de adjudicación sujeto a un juicio de valor relativo al Plan de garantía de suministro, pues MESSER no puede cubrir la demanda de protóxido de nitrógeno líquido exigido al no estar autorizado para ello.

c) Finalmente, solicita (i) anular el acuerdo de adjudicación, (ii) excluir la oferta de MESSER, y (iii) la retroacción de actuaciones al objeto de que se proceda a la adjudicación a favor de AIR LIQUIDE.

SÉPTIMO: Alegaciones de MESSER

La adjudicataria impugnada solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El suministro de protóxido de nitrógeno no se hace en forma líquida sino mediante botellas de gas. A este respecto, el punto 6 del PPTP, bajo el epígrafe de “Requisitos técnicos generales aplicables a todos los lotes” dispone que “se mantendrán los sistemas implantados en la actualidad para los diferentes centros”. Así, en los centros que comprende el Lote 1, en el hospital de Leza no hay consumo de protóxido de nitrógeno, y en los de Santiago y Txagorritxu el suministro se efectúa mediante botellas. Por su parte, las cláusulas 6.3.2 y 8 del PPTP disponen que la empresa suministradora podrá elegir la fuente de suministro principal (depósito criogénico o rampa de botellas).

b) MESSER cuenta con autorización para la comercialización de protóxido de nitrógeno en gas.

c) En lo que respecta a la valoración del criterio de adjudicación “Plan de suministro y contingencias”, MESSER deja claro que propone el protóxido de nitrógeno en formato botella y, por lo tanto, en formato gas y la capacidad de producción de este gas está probada, por lo que no existe ningún error en la valoración de este criterio de adjudicación.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes razones:

a) De la lectura de las cláusulas 6.a), 6.3.2 y 8 del PPTP y Anexo III.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) se concluye que Osakidetza no impone a los licitadores la instalación de un tanque de protóxido de nitrógeno para el suministro de este tipo de gas, debido a que se trata de un gas en desuso y un tanque presenta más inconvenientes que un suministro mediante rampas de botellas. Asimismo, cabe destacar que el único hospital del Lote 1 que consume este gas es el de Txagorritxu y que dicho suministro es cubierto mediante rampas de botellas.

b) El informe que valora la oferta de MESSER conforme a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor se centran en resaltar los defectos de dicha oferta, no obstante, ello no significa que la oferta no cumpla con lo solicitado y, si bien la valoración es baja, cumple con el requisito mínimo de puntuación exigido en las bases de la licitación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La pretensión de la anulación de la adjudicación del contrato basada en (i) la falta de aptitud de MESSER para el suministro de protóxido de nitrógeno en tanque criogénico y (iii) la vulneración de los límites de la discrecionalidad en la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor, debe partir del análisis de las cláusulas contractuales sobre cuyo alcance y contenido difieren las partes:

PPTP

6. REQUISITOS TÉCNICOS GENERALES APLICABLES A TODOS LOS LOTES



- a) Se mantendrán los sistemas implantados en la actualidad para los diferentes Centros, de tal forma que, si el suministro se realiza en la actualidad por medio de tanque criogénico en el caso del oxígeno y protóxido o por mezclador de aire en el caso de aire medicinal, se conservarán dichas modalidades de suministro.

(...)

6.3. Instalación de un centro emisor de protóxido de nitrógeno N2O

6.3.1. Objeto

La Empresa Suministradora se compromete a instalar en los locales de OSAKIDETZA un tanque de Protóxido de Nitrógeno Líquido y cuantos accesorios sean necesarios para cumplir con la legislación vigente. Todas las actuaciones precisas para la instalación del centro emisor de protóxido de nitrógeno y el estacionamiento del camión cisterna, así como todos los materiales precisos para su realización serán por cuenta de la Empresa Suministradora. Una vez llevadas a término y recibido el conforme de los técnicos de OSAKIDETZA, quedarán en propiedad de OSAKIDETZA, la cual ejerce sobre el conjunto de las instalaciones enumeradas, así como sobre todos los materiales precisos para su realización, un pleno dominio, sin que OSAKIDETZA venga obligada a ningún pago ni compromisos, tanto en el presente como en el futuro, respecto a la Empresa Suministradora, ni tan siquiera cuando esta Empresa dejara de suministrar, por cualquier motivo, el protóxido de nitrógeno a OSAKIDETZA. Todas las actuaciones precisas para una adecuada conducción del protóxido de nitrógeno desde el centro emisor hasta cada uno de los pabellones o unidades que integran cada hospital y efectuadas por la Empresa Suministradora, quedarán y serán propiedad de OSAKIDETZA una vez llevadas a término.

6.3.2. Requisitos que debe de cumplir el suministro de protóxido de nitrógeno líquido

(...)

SEGUNDO

La Empresa Suministradora se compromete a instalar todos los sistemas de control y seguridad necesarios para el buen funcionamiento de la instalación para el suministro de Protóxido de Nitrógeno.

TERCERO

El mantenimiento y conservación del tanque de Protóxido de Nitrógeno Líquido será por cuenta de la Empresa Suministradora.

CUARTO

La Empresa Suministradora, a su cargo, podrá elegir la fuente de suministro principal (depósito criogénico o rampa de botellas) que se instale, siempre que exista una justificación de acuerdo con la evolución del consumo. La decisión tomada será comunicada y consensuada con OSAKIDETZA.

QUINTO

La Empresa Suministradora también se compromete a suministrar el Protóxido de Nitrógeno en botellas que pudiera precisar OSAKIDETZA para cubrir las baterías de emergencia al precio acordado en este Contrato, sin ningún coste adicional por ningún otro concepto.



(...)

SÉPTIMO

Para el suministro de Protóxido de Nitrógeno Líquido, la Empresa Suministradora transportará a su cargo y riesgo dicho gas licuado en camión cisterna habilitado al objeto y trasvasará un mínimo de 1.000 Kg. por entrega al tanque de almacenamiento propiedad de la Empresa Suministradora situado en terrenos de OSAKIDETZA.

OCTAVO

OSAKIDETZA recibirá un tanque de almacenamiento en calidad de depósito siendo en todo momento propiedad de la Empresa Suministradora.

NOVENO

El consumo de electricidad será por cuenta de OSAKIDETZA.

DÉCIMO

El precio máximo fijado para el Protóxido de Nitrógeno Líquido suministrado será de 5,31 €/Kg (sin IVA). En este precio se entienden incluidos tanto toda clase de impuestos (excepto IVA), recargos, etc. como los costes que fueran precisos para su instalación, transporte, pruebas de funcionamiento y adiestramiento del personal que se encargue del manejo del material. No procederá revisión de precios alguna.

UNDÉCIMO

Las cantidades de Protóxido de Nitrógeno Líquido suministrado se medirán por pesada del camión antes y después del trasvase o por pesada directa en el tanque.

DUODÉCIMO

La Empresa Suministradora se ocupará de obtener ante la Delegación de Industria los oportunos permisos, así como de mantener las instalaciones en todo momento, de acuerdo con la legislación vigente, siendo los gastos ocasionados por su cuenta.

DÉCIMOTERCERO

La Empresa Suministradora, antes de la puesta en marcha definitiva de la instalación, hará todas las pruebas necesarias ante los Servicios Técnicos de OSAKIDETZA.

DÉCIMOCUARTO

Una vez rescindido el Contrato de Suministro se restituirá a la Empresa Suministradora el material depositado dentro del recinto vallado, material que será retirado por los operarios de la Empresa Suministradora, respondiendo ésta de los deterioros que se produzcan sobre vallas, plataformas y demás instalaciones, que son propiedad de OSAKIDETZA, debiendo quedar éstas en situación de poderse acoplar a un nuevo equipo. OSAKIDETZA no tendrá que abonar cantidad alguna por la retirada y trabajos del equipo en cuestión.

(...)

8. VARIANTES TÉCNICAS

Según indicado en el punto CUARTO del apartado “6.3.2 Requisitos que debe de cumplir el suministro de protóxido de nitrógeno líquido”, la Empresa Suministradora podrá elegir la fuente de suministro principal (depósito criogénico o rampa de botellas) que se instale, siempre que



exista una justificación de acuerdo con la evolución del consumo. La decisión tomada será comunicada y consensuada con OSAKIDETZA.

El precio máximo fijado para el Protóxido de Nitrógeno suministrado será el definido en el punto DÉCIMO del mismo apartado independientemente de la fuente de suministro principal elegida por el Licitante.

ANEXO III.1. OFERTA ECONÓMICA

(...)

II.- Que se compromete a ejecutar las prestaciones que integran el objeto del contrato con arreglo a las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas y, en su caso, documentación complementaria que rigen el contrato por los siguientes precios:

| LOTE | CENTRO | OXÍGENO (O2) | | NITRÓGENO (N2) | | PROTOXIDO (N2O) | | IMPORTE ANUAL POR CENTRO sin IVA (€) | IMPORTE DE LICITACIÓN (2 años. Sin IVA) (€) |
|------|----------------------------------|--------------|----------------|----------------|----------------|-----------------|----------------|--------------------------------------|---|
| | | CONSUMO | PRECIO sin IVA | CONSUMO | PRECIO sin IVA | CONSUMO | PRECIO sin IVA | | |
| | | m³ / año | €/m³ | m³ / año | €/m³ | kg / año | €/kg | | |
| 1 | HUA SEDES SANTIAGO Y TXAGORRITXU | 675.499 | | 398.220 | | 1.078 | | | |
| | H LEZA | 13.154 | | 0 | | 0 | | | |

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la impugnación.

- a) Sobre la forma de suministrar el protóxido de nitrógeno exigida en las bases

Se discute si la forma de suministro del protóxido de nitrógeno ha de serlo con tanque criogénico, tal y como defiende la recurrente, o si cabe, alternativamente, realizarlo en botellas / bloques de botellas, que es la interpretación postulada por el poder adjudicador y MESSER. A juicio de este OARC / KEAO, el recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) La cláusula específica 1 del PCAP y cláusula 1 del PPTP definen el objeto del contrato como la contratación del suministro de, entre otros gases, del Protóxido de nitrógeno en tanque criogénico y no se admite la presentación de ofertas variantes (cláusula 24.4 del PCAP). Además, la cláusula 1.5 del



PCAP y cláusula 3 del PPTP insisten en que el suministro de protóxido de nitrógeno ha de hacerse en forma licuada. De forma específica, la cláusula 6.3.1 del PPTP exige a la empresa suministradora instalar un tanque de Protóxido de Nitrógeno líquido, el cual al término del contrato pasará a ser propiedad de Osakidetza (cláusula 6.3.1 del PPTP), se relacionan las especificaciones técnicas relativas a la instalación del tanque de protóxido de nitrógeno líquido (cláusula 6.3.3 del PPTP), entre las que figuran las características del recipiente, las mecánicas y químicas y las relativas a su seguridad, y se establece un trasvase mínimo de 1.000 Kg de dicho gas licuado desde el camión cisterna habilitado al tanque criogénico (punto séptimo de la cláusula 6.3.2 del PPTP).

2) Frente a las dispuesto en las cláusulas señaladas en el apartado 1) anterior, no se pueden oponer las cláusulas alegadas por el recurrente y el poder adjudicador por las siguientes razones:

(i) La literalidad del apartado a) de la cláusula 6 del PPTP no habilita a los licitadores a modificar la forma licuada del gas a suministrar.

(ii) El punto Cuarto de la cláusula 6.3.2 y cláusula 8, ambas del PPTP, contienen una posibilidad de sustituir la fuente de suministro principal durante la ejecución del contrato, no en la fase de licitación. Esta conclusión se desprende de:

i. La literalidad de las cláusulas, pues dicha opción la tiene “la empresa suministradora” y no las empresas licitadoras.

ii. La elección de la fuente de suministro principal (depósito criogénico o rampa de botellas) está condicionada a que la decisión sea comunicada y consensuada con Osakidetza, que no puede efectuarse en el momento de preparación o valoración de una oferta por suponer una negociación con un licitador de las condiciones del contrato, lo cual está terminantemente prohibido en un procedimiento abierto (ver,



en este sentido la Resolución 52/2022 de este OARC / KEAO). Además, supeditar la opción a la condición de que lo apruebe el poder adjudicador descarta la posibilidad de que el licitador pueda elegir unilateralmente en su oferta una forma de suministro u otra.

- iii. Finalmente, del contexto de dichas cláusulas, que condicionan la opción a la evolución del consumo (se entiende que futuros porque si fueran pasados se explicitarían en el PPTP), se desprende que dicha posibilidad se materializará una vez adjudicado el contrato, lo cual no exime al licitador de tener que preparar la oferta conforme a lo especificado en el objeto del contrato, esto es, un suministro en tanque criogénico.

- 3) Lo expresado en el apartado 2) descarta la existencia de contradicción en las cláusulas contractuales.

b) Sobre la oferta de MESSER

MESSER en sus alegaciones al recurso especial (apartado B de la alegación SEGUNDA) afirma que (...) MESSER ha presentado en el Sobre C las fichas técnicas de los productos, donde en todo momento se ha dejado claro que se propone el protóxido de nitrógeno en formato botella, y por lo tanto en formato GAS). Analizada su oferta, se constata que, efectivamente, no incluye el suministro de protóxido de nitrógeno en tanque criogénico, lo cual supone el incumplimiento de una de las prescripciones técnicas del contrato. Los efectos de este incumplimiento constan en la cláusula 14.1.h) de las condiciones generales del PCAP, que dispone que se rechazarán las ofertas que incumplan las condiciones o requisitos establecidos en el PCAP y PPTP. Como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 185/2019), el PPTP 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 el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las



necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato. Además, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo satisfaga. Consecuentemente, el poder adjudicador no puede obviar sus propias prescripciones técnicas y adjudicar el contrato a una oferta que las incumple, ya que se vulnerarían los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 132 de la LCSP).

c) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores el recurso debe ser estimado y la oferta de MESSER excluida del procedimiento, retrotrayendo las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP.

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 interpuesto por la empresa AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de gases medicinales para diversos hospitales de Osakidetza (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado, acordando la exclusión de la oferta de MESSER y retrotrayendo las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP.



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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko urriaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de octubre de 2022