



EB 2012/022

EB 2012/027

Resolución 66/2012 de 14 de agosto de 2012, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve los recursos especiales EB 2012/022 y EB 2012/027, interpuestos por Jai Hornidurak, S.L. dentro del expediente de contratación de Osakidetza que tiene por objeto el suministro del Gel Hidroalcohólico para el Hospital Universitario de Donostia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de diciembre de 2011, el Director Gerente del Hospital Universitario de Donostia aprobó el expediente de contratación del suministro del gel hidro-alcohólico para dicho Hospital, con un presupuesto de 149.504,40 euros que se dividía en tres lotes:

- Lote I 5163751: Solución Hidro-alcohólica para desinfección de manos 1 l., con un número de 4000 unidades, un precio unitario sin IVA de 5,60 euros y un precio total sin IVA de 22.720,00 euros.
- Lote II 5184232: Solución Hidro-alcohólica para desinfección de manos 125 ml., con un número de 500 unidades, un precio unitario sin IVA de 1,50 euros y un precio total sin IVA de 750,00 euros.
- Lote III 5189687: Solución Hidro-alcohólica entre 1 y 1,5 l. para dispensador, con un número de unidades de 8.000, un precio unitario sin IVA de 14, 37 euros y un precio total sin IVA de 114.960,00 euros.

SEGUNDO: Los anuncios de licitación fueron publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2011, en el Boletín Oficial del Estado de 2 de enero de 2012 y en el Perfil del Contratante del Poder Adjudicador de 14 de diciembre 2011.

TERCERO: Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, el 26 de enero de 2012, tuvo lugar el acto de apertura de la documentación jurídica y técnica quedando reflejadas en el acta de la sesión las ofertas recibidas y las ofertas admitidas.



CUARTO: El 1 de marzo de 2012, se realiza el acto de apertura de las proposiciones económicas, donde se procede a dar lectura al informe que recoge las valoraciones de los criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor. En dicho informe de valoración se refleja que queda fuera de la licitación, en los lotes I, II, III el producto *Ipsosol*, comercializado por la empresa Jai Hornidurak, S.L., porque no justifica cumplir las especificaciones de la norma UNE-EN 1040 que se exigía en el Pliego de Bases Técnicas.

QUINTO: El 8 de marzo de 2012, el poder adjudicador Osakidetza-Hospital Universitario de Donostia, responde a la solicitud de información instada, por correo electrónico, por la empresa Jai Hornidurak, S.L., señalando que (...) en contestación a su solicitud sobre la información relativa a los lotes en que ha sido excluida en el informe técnico de criterios evaluables mediante juicios de valor, le informamos de lo siguiente:

Lote	Su referencia	Motivo Exclusión / Observaciones
1 OB	IPSOSOL 3001	No justifica cumplir las especificaciones de la norma UNE-EN 1040.
2 OB	IPSOSOL 3000	No justifica cumplir las especificaciones de la norma UNE-EN 1040.
2 VI	PURELL 9659	No se ajusta al tamaño requerido.
3 OB	IPSOSOL 3002	No justifica cumplir las especificaciones de la norma UNE-EN 1040.

SEXTO: El 9 de marzo de 2012, el Director Gerente del Hospital Universitario de Donostia clasifica las ofertas y selecciona la más ventajosa en los distintos lotes, requiriéndoles para que presenten la documentación oportuna.

SÉPTIMO: El 16 de marzo de 2012, el Director Gerente del Hospital Universitario de Donostia, en la Resolución de adjudicación, recoge la exclusión de la oferta de Jai Hornidurak, S.L., por los motivos antes expresados y adjudica los lotes del expediente de contratación a las entidades y por los importes que figuran en la misma. Dicha Resolución es notificada con fecha 20 de marzo de 2012 al conjunto de empresas licitadoras.

OCTAVO: Con fecha 22 de marzo de 2012, la empresa Jai Hornidurak, S.L. promueve recurso especial ante Osakidetza-Hospital Universitario de Donostia contra el acto de trámite de la Mesa de Contratación, motivado el 8 de marzo de 2012, en el que se da contestación a la solicitud de información relativa a los lotes en que sus ofertas fueron excluidas, en base al informe Técnico de criterios evaluables mediante juicios de valor.



El motivo del recurso se reconduce a que la exclusión del producto *Ipsopol*, por la única razón de no justificar que cumple con las especificaciones de la norma UNE-EN 1040, es contraria a la normativa europea, esgrimiendo una serie de razones al respecto, solicitando se declare sin efecto la exclusión de los lotes afectados.

NOVENO: Con fecha 31 de marzo de 2012, nuevamente la empresa Jai Hornidurak, S.L. viene a interponer ante Osakidetza-Hospital Universitario de Donostia recurso especial, dentro del expediente de contratación del suministro del Gel Hidro-alcohólico, esta vez contra la Resolución de adjudicación de 16 marzo de 2012.

Los fundamentos del recurso esta vez se amplían y se debe a los siguientes motivos:

1º.- La exclusión del producto *Ipsopol*, que es el nombre comercial del producto propuesto por la empresa Jai Hornidurak, S.L., de la licitación como solución Hidro-alcohólica, aportando como única razón que no se ha justificado que el producto cumple las especificaciones de la norma UNE-EN 1040, es contraria a la normativa europea porque la normativa comunitaria no exige el cumplimiento de la norma UNE-EN 1040 para productos específicos para desinfección de manos, sino que exige el cumplimiento de normas que son mucho más exigentes y que son las que cumple el producto propuesto por Jai Hornidurak, S.L.

2º. La exclusión de la licitación de las ofertas dando como única explicación que el motivo es por incumplimiento de la norma UNE-EN 1040 es contraria a lo dispuesto en el artículo 117 del TRLCSP, que establece las reglas para el establecimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas.

3º. La Resolución de adjudicación notificada con fecha 20 de marzo de 2012 no está suficientemente motivada, con lo que se incumple lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 151 del TRLCSP.

Décimo: La remisión del expediente por el Poder Adjudicador Osakidetza-Hospital Universitario de Donostia a este OARC/KEAO se produce el 26 marzo de 2012, acompañándolo del correspondiente informe en el que destaca:

«Si como manifiesta el recurrente, la exigencia de la Norma UNE-EN 1040 es contraria a la normativa europea, o incurre en cualquier otra irregularidad el Pliego, debería haberse impugnado el Pliego. Sin embargo, tal y como se ha manifestado anteriormente el recurrente aceptó de modo incondicional los Pliegos, y por tanto ahora no cabe alegar que una exigencia del Pliego que previamente aceptó es contraria a la normativa europea».



UNDÉCIMO: Por Resolución de este OARC/KEAO de 13 de julio de 2012, se dispuso acumular ambos recursos especiales (a los que se ha hecho alusión en los antecedentes que preceden, tramitados hasta ese instante con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46 del TRLCSP), al amparo de lo que previene la L.30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los recursos que se examinan han sido interpuestos ante un contrato de suministros con un presupuesto total de 149.504,40 euros, IVA incluido, y un valor estimado de 276.260,00 euros, IVA excluido, sujeto en consecuencia a regulación armonizada, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 del TRLCSP.

SEGUNDO: El recurso EB 2012/022, se interpone contra un acto de trámite que acuerda la exclusión del licitador por la Mesa de Contratación del Hospital Universitario de Donostia, determinando la imposibilidad de continuar el procedimiento.

El recurso EB 2012/027 por su parte, se da contra el acto de adjudicación adoptado por el Poder Adjudicador Osakidetza.

TERCERO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza es un ente público de derecho privado que tiene la condición de poder adjudicador (Artículo 3 del TRLCSP). Según lo dispuesto en el artículo 20 1.- del Decreto 255/1997, de 11 de noviembre, por el que se establecen sus estatutos sociales:

«Artículo 20.– Normas sobre el régimen orgánico de la contratación.

1.– El régimen general de la contratación y adquisición de bienes y servicios necesarios para el ejercicio de las funciones del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud y sus organizaciones de servicios será el establecido en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas¹.»

Por tanto, el contrato se rige por lo previsto en la el TRLCSP y por lo previsto en la cláusula 3.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

¹ En el momento de la publicación del expediente, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



CUARTO: Los recursos se han arbitrado en la forma y plazos establecidos en el artículo 44 del TRLCSP y se han interpuesto por un operador económico cuyos derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados por la exclusión y más tarde por la adjudicación donde sus ofertas no son valoradas, al no continuar en el procedimiento. Asimismo, ha quedado acreditada la representación del compareciente para actuar en representación de la empresa recurrente.

QUINTO: Entrando a analizar los motivos de los recursos, se ha de reflejar que en el presente recurso no se va a resolver si las especificaciones de la norma UNE-EN 1040 son contrarias a la normativa de la Unión Europea, pues en este extremo ha de estimarse lo dicho en el informe de Osakidetza, en el sentido de que el acto de exclusión de su oferta no era el momento procesal oportuno para plantear dicha cuestión, pues debió hacerlo cuando tuvo conocimiento de su contenido, dado que al no hacerlo, de esta manera, se debe entender que al presentar su oferta aceptó incondicionalmente éstos.

SEXTO: En cuanto al segundo de los motivos, se ha de reflejar que el derecho derivado de la contratación pública comunitaria tiende a garantizar la apertura de estos contratos a la competencia. Esa tendencia se manifiesta en el apartado de las especificaciones técnicas, a través de las que se delimita el objeto del contrato, de manera que deben permitir evaluar el rendimiento de cada oferta respecto al contrato. A tal efecto, debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas y para lograr esto se pueden establecer las prescripciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales o, en caso de referencias a normas europeas o, en su defecto nacionales, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en soluciones equivalentes.

Según el Anexo VI 2) de la Directiva 2004/18/CE se entiende por:

«norma se entiende una especificación técnica aprobada por un organismo de normalización reconocido para una aplicación repetida o continuada cuyo cumplimiento no sea obligatorio y puede estar incluida en las categorías siguientes:

- a) norma internacional adoptada por una organización internacional de normalización y puesta a disposición del público.
- b) norma europea adoptada por un organismo europeo de normalización y puesta a disposición del público.
- c) norma nacional adoptada por un organismo nacional de normalización y puesta a disposición del público.»

Como no podía ser de otro modo, la TRLCSP ha recogido ese mandato de la Directiva cuando en su artículo 117 prescribe las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas. Así en su apartado segundo dispone que:



«Las Prescripciones Técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.»

Mientras que el artículo 117 3. a) del TRLCSP establece que:

«Sin perjuicio de las instrucciones reglamentos Técnicos nacionales que sean obligatorios , siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario las prescripciones técnicas pueden definirse en alguna de las siguientes formas:

a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos (2), a especificaciones técnicas comunes (3), a normas internacionales, a otros sistemas de referencia técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”»

No obstante, lo que se ha reflejado respecto a las formulaciones a las que pueden referirse los poderes adjudicadores al elaborar el Pliego de Bases Técnicas, el derecho comunitario viene a establecer que aunque se hayan formulado en caso de referencias a normas europeas o, en su defecto nacionales, no se podrá rechazar la oferta presentada por un licitador por el simple hecho de que los productos o servicios no se ajusten a aquellas especificaciones, y en este caso, a través de su oferta el licitador, deberá probar que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas.

Tal prescripción del derecho comunitario se ha incorporado al derecho estatal en el artículo 117.4 del TRLCSP al afirmar que:

«Cuando las prescripciones técnicas se definan de la forma prevista en la letra a del apartado anterior (referencia a normas), el órgano de contratación no podrá rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios no se ajustan a las especificaciones a las que se ha hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas. A estos efectos, un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrán constituir un medio de prueba adecuado.»

Aunque la validez de las especificaciones de la norma UNE-EN 1040 no fueron combatidas en el momento procesal oportuno, y que el PCAP omite la acreditación por cualquier otro medio de prueba adecuado, el poder adjudicador, Osakidetza en este caso, no puede desconocer el mandato del



artículo 117.4 del TRLCSP, en el sentido de que el licitador puede probar, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las prescripciones técnicas.

En este sentido, debe aludirse a la norma UNE-EN 14885 que invoca el operador recurrente. Esta norma, que lleva por título “Antisépticos y desinfectantes químicos. Aplicación de normas europeas para los antisépticos y desinfectantes químicos”, establece varias categorías para los test a aplicar en los antisépticos y desinfectantes químicos cuya actividad esté dirigida a los siguientes microorganismos: bacterias en forma vegetativa, esporas bacterianas, hongos, esporas de hongos y virus. En esta norma los antisépticos y desinfectantes químicos se han clasificado en tres grandes áreas, en función de su uso:

Área de la Medicina Humana.

Área Veterinaria.

Área Alimentaria, industrial, doméstica y colectividades (instituciones).

En el Área de la Medicina Humana, que es la que más nos afecta, esta norma es aplicable a los desinfectantes y antisépticos que van a ser usados en áreas y situaciones donde la desinfección o la antisepsia esté médicamente indicada. Estas indicaciones pueden referirse a los siguientes cuidados de pacientes:

En hospitales, en atención comunitaria y clínicas odontológicas.

En consultas clínicas de colegios, jardines de infancia etc.

En los lugares de trabajo y en los hogares, e incluso puede estar indicado para superficies de lavanderías y cocinas que provean de sus productos directamente al paciente

La UNE-EN 14885 establece distintas categorías de los test a aplicar en función del Área específica y, a la vez, divide estas categorías en distintas fases según la determinación de su actividad y condiciones de uso. Los test están categorizados como se expone a continuación:

Test de Fase 1: son test de suspensión cuantitativa para establecer que un producto tiene actividad bactericida, fungicida o esporicida sin relación con las condiciones específicas de uso para las que ha sido diseñado.

Test de Fase 2: dos pasos:

Test de fase 2 (Paso 1): son test de suspensión cuantitativa para establecer que un producto tiene actividad bactericida, micobactericida, fungicida, esporicida o viricida, en condiciones prácticas similares a las del uso para el que ha sido diseñado.



Test de fase 2 (Paso 2): son otros test cuantitativos de laboratorio que simulan las condiciones reales, p ej, test de superficie, de instrumentación, lavado y secado de manos, para establecer que un producto es activo en condiciones prácticas similares a las del uso para el que ha sido diseñado.

Como resumen de la mencionada EN se indican las categorías de Test y en la tabla adjunta se exponen las Normas EN o aquellas otras de referencia que deben cumplir los desinfectantes para cada una de las áreas a las que vaya destinado su uso:

Actividad	Fase 1	Fase 2. Etapa 1			Fase 2. Etapa 2		
		Médico	Veterinario	Ambiental	Médico	Veterinario	Ambiental
Bactericida	1040	13727	1656	1276	14561	14349 (sup)	13697 (sup)
Levaduricida	1075	13624	1657	1650	14562		13697 (sup)
Fungicida	1075	13624	1657	1650	14562		13697 (sup)
Micobacter.	No hay	14348	14204		14563		
Virucida	No hay	14476	14675	13610			
Esporicida	14347	En Europa se aplican estándares AFNOR					
HigieneManos	1040	12054	12054	12054	1499 1500	1499 1500	1499 1500
DesinfManos	1040	12054	-	-	12791	-	-

Según lo previsto en el Pliego de de Bases Técnicas el contrato tiene por objeto el suministro de productos para desinfección de manos en distintos formatos.

Del cuadro de resumen de los test previstos en la norma UNE-EN 14885 se observa que, en lo relativo a la desinfección de manos en uso médico, la norma UNE-EN 1040 se aplica en la Fase 1, mientras que en la Fase 2 Etapa 1 se aplica la norma UNE-EN 12054 y en la Fase 2 Etapa 2 la norma UNE-EN 12791.

Pues bien, las dos normas exigidas en la dos Etapas de la Fase 2 están acreditadas por el producto IPSOPOL que oferta el operador recurrente.

En consecuencia, Osakidetza debe examinar el contenido de las citadas normas y pronunciarse acerca de si cumplen de forma equivalente a los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas.

SÉPTIMO: Habida cuenta de lo señalado en los fundamentos de derecho anteriores, no procede entrar a resolver sobre la ausencia de motivación del acto de adjudicación, por cumplir con la exigencia lógica de una simplificación procesal, sin perjuicio de que la nueva resolución de adjudicación deberá cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 151.4 del TRLCSP.



Por todo lo expuesto anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 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 de 2011, el Suplente Titular del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

RESUELVE

PRIMERO: Estimar los recursos especiales EB 2012/022 y EB 2012/027 interpuestos por Jai Hornidurak, S.L., dentro del expediente de contratación de Osakidetza que tiene por objeto el suministro de Gel Hidro-alcohólico para el Hospital Universitario de Donostia, por las razones que recoge el fundamento de derecho sexto de esta Resolución.

SEGUNDO: En consecuencia, anular el acto de trámite de la Mesa de Contratación en que fueron excluidas las ofertas de la empresa Jai Hornidurak, S.L., a los lotes 1 OB, 2 OB y 3 OB, en base a que en el informe técnico de criterios evaluables mediante juicio de valor no justificaba las especificaciones de la norma UNE-EN 1040. Anular, asimismo, la Resolución de adjudicación del Director Gerente del Hospital Universitario de Donostia.

TERCERO: Retrotraer las actuaciones hasta la elaboración por Osakidetza del informe técnico en el que se valoren las normas que el operador recurrente declara cumplir, y su equivalencia con los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas.

CUARTO: Levantar la suspensión automática dentro del expediente de contratación prevista en el artículo 45 del TRLCAP, de conformidad con lo previsto en el artículo 47. 4 del TRLCAP

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



SEXTO: 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 TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2012ko abuztuaren 14a
Vitoria-Gasteiz, a 14 de agosto de 2012