



EB 2020/041

Resolución 067/2020, de 29 de mayo, 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 PRIM, S.A. contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para hemodinámica para la OSI DONOSTIALDEA (lote 48)”, tramitado por OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de marzo de 2020 se presentó 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 PRIM, S.A. (en adelante, PRIM) contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para hemodinámica para la OSI DONOSTIALDEA (lote 48)”, tramitado por OSAKIDETZA.

SEGUNDO: El mismo día 11 de marzo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 el día 11 de mayo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 18 de mayo, el día 25 del mismo mes se recibieron las alegaciones de IZASA HOSPITAL, S.L.U. (en adelante, IZASA), adjudicataria impugnada.





CUARTO: Procede continuar con el procedimiento de recurso especial, que quedó suspendido por aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ya que concurre la circunstancia prevista en la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 de tratarse de un procedimiento de adjudicación tramitado por medios electrónicos (apartado 20.5 de las Cláusulas específicas del contrato), lo que habilita al levantamiento de la suspensión del procedimiento de recurso especial.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D.A.M.C., que actúa en su nombre.

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, entre otros, los contratos de suministros de valor estimado superior a los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El acto recurrido es la adjudicación del contrato (artículo 44.2 c de la LCSP).

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, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

PRIM alega lo siguiente para fundamentar su impugnación:

a) Los pliegos establecen que “los representantes autorizados” deben acreditarlo documentalmente incluyendo dicha documentación en el sobre C (Criterios sujetos a juicio de valor). Aunque la recurrente tiene serias dudas de que la adjudicataria sea representante autorizado del producto ofertado, lo cierto es que no ha presentado la documentación requerida. Por ello, la oferta de la adjudicataria debió ser excluida por no ajustarse a lo establecido en los pliegos que son ley entre las partes. Asimismo, la adjudicación en estas condiciones supone la vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

b) La recurrente es la única y exclusiva distribuidora en España de los artículos adjudicados a IZASA.

c) Finalmente, se solicita se declare la nulidad del acto impugnado con retroacción de las actuaciones para excluir la oferta de IZASA.

SÉPTIMO: Alegaciones de IZASA

El adjudicatario impugnado alega, en síntesis, lo siguiente:

a) IZASA no es “representante autorizado” sino distribuidor de los materiales de la marca SUNNY MEDICAL. Por tanto, y de conformidad con lo establecido en el apartado 4.1 del PBT no debía presentar el documento acreditativo de



aquella condición, por lo que su oferta cumple estrictamente con lo estipulado por los pliegos.

b) El contrato de distribución en exclusiva de PRIM no impide jurídicamente ni imposibilita físicamente a IZASA suministrar el material de la marca SUNNY MEDICAL al órgano de contratación, pues IZASA puede adquirir los materiales marca SUNNY MEDICAL a otro distribuidor dentro del Espacio Económico Europeo y después importarlos a España, no infringiéndose con ello los derechos de marca ni de distribución exclusiva de PRIM.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador señala que la finalidad de la solicitud de documentación acreditativa de los operadores que son representantes autorizados no es más que conocer el *status* del licitador respecto del producto ofertado, sin que de ello se derive ningún derecho o reconocimiento. De hecho, no admitir las proposiciones y ofertas de aquellos licitadores que no sean representantes autorizados limitaría el principio de igualdad de trato. En definitiva, lo solicitado por el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) es una condición que deben cumplir aquellos licitadores que sean representantes autorizados y quienes no lo sean no están obligados a acreditar tal extremo.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente alega que la proposición del adjudicatario debe excluirse de la licitación porque en el caso de ser representante autorizado del producto ofertado no lo ha acreditado documentalmente, tal y como lo exigen los pliegos. Este motivo impugnatorio y, por ende, el recurso, debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El punto 4.1 del PPT señala textualmente que en el sobre C se incluirá dentro de la documentación técnica lo siguiente: Cuando el licitador sea un



representante autorizado, lo documentará expresamente. Es evidente que se trata de un requisito que debe ser cumplido únicamente por quien ostente la condición de “representante autorizado” (se entiende que del fabricante del producto sanitario ofertado) y, en el presente caso, la adjudicataria en ningún apartado de su oferta ha indicado que lo sea, ni la recurrente lo ha acreditado. En consecuencia, no puede ser excluido de la licitación un operador económico que no tiene por qué cumplir con un requisito que no le obliga, ni es necesario para participar en la licitación.

- 2) Tal y como afirma el poder adjudicador y así se desprende de la mera lectura conjunta de los pliegos, la solicitud de dicha documentación, más allá del interés del órgano de contratación de conocer o tener una mayor información de la condición de los licitadores respecto de los fabricantes de los productos ofertados, es del todo irrelevante en el proceso de licitación, pues a pesar de ser una documentación a incluir en el sobre relativo a los criterios sujetos a juicio de valor, la documentación en sí misma no se refiere a ningún aspecto evaluable y, en cualquier caso, ni se requiere ni es necesaria para acreditar la aptitud para contratar del licitador.
- 3) Por otro lado, debe indicarse que la solicitud de incluir la documentación acreditativa de la condición de representante autorizado se encuentra en el PPT y no en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Al respecto este Órgano ha reiterado en numerosas ocasiones (ver, por ejemplo, la Resolución 156/2019), que el PPT no es el documento contractual en el que debe figurar el contenido necesario de la documentación que debe presentar el licitador, función que corresponde al PCAP, según establece el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). En este sentido, el citado PCAP, en su cláusula específica 24.3, señala determinados contenidos para el sobre relativo a la documentación sobre criterios de adjudicación sujetos juicios de valor



entre los que no se encuentra la de acreditar documentalmente la condición de representante autorizado. A partir de aquí, y según una reiterada doctrina de este Órgano, el principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) impide que esta discrepancia entre ambos pliegos, imputable exclusivamente al poder adjudicador que los ha elaborado y que además parte de una ubicación sistemática errónea de su contenido, pueda conllevar la exclusión automática del licitador.

- 4) Finalmente, y en lo que se refiere a la manifestación de la recurrente sobre la exclusividad en España de la comercialización del producto a suministrar, por un lado, debe señalarse que el hecho de que la adjudicataria no sea, en su caso, la distribuidora en exclusiva no implica ningún vicio de legalidad intrínseco del acto impugnado y, por otro, que la supuesta ruptura de la exclusividad no afectaría al poder adjudicador, que no es parte de ningún acuerdo comercial al respecto (ver, por ejemplo, la Resolución 57/2020 del OARC/KEAO).

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 Euzkadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euzkadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PRIM, S.A. contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para hemodinámica para la OSI DONOSTIALDEA (lote 48)”, tramitado por OSAKIDETZA.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento

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, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP; téngase en cuenta que la suspensión de dicho plazo ha sido acordada por la Disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que se levantará en el momento señalado por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, y se computará de la forma establecida en el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko maiatzaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de mayo de 2020