EB 2019/097

Resolución 141/2019, de 6 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, S.A.U., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato "Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a los pacientes con derecho a prestación farmacéutica con cargo al Departamento de Salud del Gobierno Vasco en los centros socio – sanitarios de la CAE (lote 6)", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 7 de junio de 2019 tuvo entrada 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 ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, S.A.U. (en adelante, AMD), contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato "Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a los pacientes con derecho a prestación farmacéutica con cargo al Departamento de Salud del Gobierno Vasco en los centros socio – sanitarios de la CAE (lote 6)", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 7 de junio, los días 12 y 14 de junio se recibieron en este OARC / KEAO la 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

Nahi izanez gero, J0D0Z-T1RGN-K198 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: http://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1RGN-K198 en la sede electronica http://euskadi.eus/localizador

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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 19 de junio, no se han recibido alegaciones.

CUARTO: Por Resolución B-BN 29/2019 de la Titular del OARC / KEAO, de 5 de julio de 2019, se acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.M.T.P.D., 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 los contratos de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 b) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial, entre otros actos, los acuerdos de exclusión de las ofertas.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

La Administración General de la CAE tiene la la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) La oferta de la recurrente fue excluida de la licitación porque (…) ha presentado dos certificados con valores diferentes de retorno de humedad y tiempo de absorción en la segunda micción para el producto nº 10", lo que implicaría que no es clara la proposición ni la muestra a la que responde.

b) AMD alega que, siguiendo las instrucciones de los pliegos, cumplimentó la adenda al Anexo III.1 en relación al lote 6 especificando claramente y sin lugar a dudas los parámetros de su oferta, que además se acreditaban mediante los certificados adjuntos a la oferta requeridos por los pliegos. Para ello, se adjuntaron dos certificados emitidos por el laboratorio AITEX para avalar los parámetros cumplidos por sus productos. Concretamente, se incluyó un certificado de 2015 (2015 CO0947) que justificaba el valor de la capacidad de absorción antes de fugas, si bien es cierto que también reflejaba los valores de retorno de humedad y tiempo de absorción que los absorbentes de incontinencia de AMD tenían en 2015; sin embargo, el producto fue modificado (variación del reparto del material superabsorbente) para mejorar el retorno de humedad y el tiempo de absorción, por lo que, además, se aportó otro certificado de 2018 (2018TM0598), que acredita los valores de retorno de humedad y tiempo de absorción contenidos en la oferta, referidos al actual producto.

c) AMD considera que de la propia lógica se desprende que el certificado más reciente en el tiempo es el que contiene los datos actuales de los subcriterios de adjudicación que debieron tenerse en cuenta; la recurrente estima que su

exclusión no es procedente y que, en cualquier caso, debió solicitarse la aclaración de la supuesta incongruencia, como se hizo para un caso análogo que también afectaba a la recurrente.

d) Finalmente, AMD solicita la anulación de la exclusión y la retroacción de actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a AMD continuar en el procedimiento.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La recurrente ha presentado en su oferta los datos relativos a los criterios de adjudicación como requieren los pliegos, pero para acreditarlos ha presentado dos certificados con valores distintos para dos de los subcriterios de adjudicación; por ello, la proposición no es clara y se desconoce qué valores son los ofertados para la muestra presentada para el producto 10 del lote 6.

b) El certificado AITEX se corresponde a una muestra concreta y aporta los valores concretos de esa muestra en cuestión; en este caso, AMD presenta dos certificados para el mismo producto y pretende interesadamente que se tengan en cuenta los valores que más le convienen de cada certificado; además, llama la atención que el certificado de 2018, aunque se refiere a un producto mejor, no contempla el valor referido al subcriterio de la capacidad de absorción.

c) Se alega que en otros casos también se aportaron certificados diferentes, pero todos los certificados se referían a las muestras presentadas.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación, que por no haber sido impugnado en tiempo y forma vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: (70 puntos)

Valoración técnica de los absorbentes de incontinencia

Ponderación: 33 puntos

Método de valoración:

Los subcriterios a valorar y su puntuación se desglosa de la siguiente manera:

Nº	Subcriterio	Puntos
1	Capacidad de absorción antes de la fuga	11
2	Retorno de la humedad	11
3	Tiempo de absorción en la segunda micción	11

La valoración de las características objetivas de los absorbentes se realizará por cada uno de los productos. La puntuación del lote se otorgará haciendo la media de la puntuación obtenida de cada producto del mismo.

1-Capacidad de absorción antes de la fuga: se requerirá que se presente la capacidad de absorción antes de la fuga utilizando el método descrito en la norma UNE 153601-1:2008 Se certificará a través de un laboratorio acreditado por UNE-EN ISO/IEC 17025:2005 Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración o acreditación equivalente. Se puntuará con un máximo de 11 puntos. Se le asignará 11 puntos al producto que presente mayor absorción antes de la fuga y al resto de productos se les asignará la puntuación proporcionalmente.

Fórmula: absorción antes de la fuga del producto ofertado/ mayor absorción antes de la fuga entre los productos ofertados *11

2-Retorno de la humedad: se requerirá que se determine el retorno de la humedad utilizando el método descrito en la norma UNE 153601-2:2008. Se certificará a través de un laboratorio acreditado por UNE-EN ISO/IEC 17025:2005 Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración o acreditación equivalente. Se puntuará con un máximo de 11 puntos. Se le asignará 11 puntos al producto que presente el menor retorno y al resto de productos se les asignará la puntuación proporcionalmente.

Fórmula: menor retorno de la humedad entre los productos ofertados/ retorno de la humedad del producto ofertado*11

3-Tiempo de absorción en la segunda micción: el tiempo de absorción en la segunda micción determinado por la norma UNE-153601-2:2008. Se certificará a través de un laboratorio acreditado por UNE-EN ISO/IEC 17025:2005 Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración o acreditación equivalente. Se puntuará con un máximo de 11 puntos. Se le asignará 11 puntos al producto que presente el menor tiempo de absorción y al resto de productos se les asignará la puntuación proporcionalmente.

Fórmula: menor tiempo de absorción en la segunda micción entre los productos ofertados/tiempo de absorción en la segunda micción del producto ofertado *11

A la vista de lo anterior, este OARC / KEAO entiende que la exclusión es correcta y que el recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

1) La recurrente ha presentado dos certificados para acreditar los tres subcriterios en los que se divide el criterio de adjudicación reproducido anteriormente. Ambos documentos contienen valores distintos para dos de los citados subcriterios (retorno de humedad y tiempo de absorción); además, el certificado emitido en 2015 contiene un valor para el otro subcriterio (absorción fugas), sobre el cual no hay ninguna referencia en el certificado de 2018. Por su parte, la oferta del recurrente coincide con los valores de los subcriterios sobre retorno de humedad y tiempo de absorción contenidos en el certificado de 2018 y con el valor sobre absorción de fugas contenido en el certificado de 2015.

2) Según el propio recurrente, la diferencia expresada en el apartado anterior se debe a que ambos certificados se refieren a productos diferentes. En concreto, el documento de 2018 versaría sobre una versión técnicamente mejorada del producto analizado en el certificado de 2015, lo que ha significado la obtención de resultados superiores en los valores de los subcriterios sobre retorno de humedad y tiempo de absorción. De ello, y del contenido de la oferta se concluye que debe entenderse que la intención clara es ofertar los valores de 2018, los más recientes. En cambio, según AMD, el valor relativo a la absorción de fugas no se habría alterado en el periodo que media entre uno y otro análisis (motivo por el que no hay dato al respecto en el documento de

2018), por lo que debe entenderse que permanecería vigente el indicado en el certificado de 2015.

3) A juicio de este Órgano, la documentación presentada es confusa en cuanto a los resultados que acreditan ambos certificados; así lo demuestra el hecho de que AMD haya tenido que explicar la discrepancia entre ellos mediante una elaborada interpretación, ofrecida en el escrito de recurso y que en absoluto se deduce inequívocamente de la documentación aportada. Ello indica que la contradicción que fundamenta el acto impugnado existe realmente y que la exclusión no obedece a que el poder adjudicador haya ignorado la intención evidente del licitador. Además, como bien argumenta el informe de la Administración y admite implícitamente la recurrente, la discrepancia se extiende también al objeto de los análisis certificados, que se corresponden con dos productos distintos, lo que implica que la duda no versa únicamente sobre las características técnicas del suministro, sino sobre la misma identidad de lo ofertado. Por todo ello, debe considerarse que la exclusión de la proposición de AMD es correcta, habida cuenta de que incurre en contradicciones que impiden conocer su verdadero alcance (ver el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la cláusula 14.1 b) de las Condiciones Generales del Contrato).

4) En contra de lo que señala el recurrente, la contradicción no era susceptible de ser despejada mediante un trámite de subsanación o aclaración de la oferta, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la doctrina de este OARC / KEAO establecen que su admisibilidad se condiciona, entre otros límites, a que no suponga de hecho una reelaboración de la oferta (ver, por todas, la Resolución 89/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122). Consecuentemente, no cabe un trámite que, como el que reclama AMD,

permita al licitador elegir uno de los posibles sentidos de una proposición contradictoria y añadir a su contenido una interpretación apoyada en datos ajenos a la documentación aportada y que dista mucho de ser, como pide el TJUE, una “mera aclaración” o la subsanación de “errores materiales manifiestos” (ver el apartado 50 de la sentencia del asunto C-526/16, citada anteriormente). Por otro lado, debe recordarse que no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191); en este caso, el recurrente debe asumir las consecuencias de incluir en su proposición documentación evidentemente contradictoria .

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, S.A.U., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia urinaria a los pacientes con derecho a prestación farmacéutica con cargo al Departamento de Salud del Gobierno Vasco en los centros socio – sanitarios de la CAE (lote 6)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

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

TERCERO: No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 29/2019 de la Titular del OARC / KEAO, de 5 de julio de 2019.

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

Vitoria-Gasteiz, 2019ko irailaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de septiembre de 2019