



EB 2019/143

Resolución 183/2019, de 31 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 APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para cirugía laparoscópica – Organización sanitaria integrada Ezkerraldea Enkarterri – Cruces (lote 7)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de agosto de 2019, la empresa APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA (en adelante, APPLIED) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para cirugía laparoscópica – Organización sanitaria integrada Ezkerraldea Enkarterri – Cruces (lote 7)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 27 de agosto 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). La citada documentación se recibió el día 9 de septiembre.



TERCERO: Con fecha 16 de septiembre se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, habiéndose recibido el 11 de octubre las alegaciones de MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. (en adelante, MEDTRONIC), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. R.M., que 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. No cabe aceptar la alegación de MEDTRONIC, que afirma que el recurso debe inadmitirse porque solo se impugna el lote 7 (cuyo valor estimado ni siquiera alcanza los 30.000 euros) ya que, según el artículo 101.12 de la LCSP, cuando la obtención de unos suministros destinados a usos idénticos o similares pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes (en el mismo sentido, ver el artículo 5.9 de la Directiva 2014/24/UE).

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

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 y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) La oferta de la adjudicataria no cumple con las prescripciones técnicas exigidas por los pliegos, ya que estos solicitan que el producto ofertado sea de “fijación avanzada”; se alega que, aunque la descripción técnica es susceptible de interpretación distinta, este término se aplica a los trocares que disponen de un balón como sistema de fijación a la pared abdominal, como lo acredita la consulta a bases de datos especializadas; asimismo, el informe de valoración menciona especialmente las características del balón.
- b) Dado que los trocares que existen en el mercado no tienen cánulas estriadas sino lisas, debe entenderse que en el lote 7 el poder adjudicador pretende trocares que se fijan con balón, sobre todo a la vista de que los trocares estriados ya se solicitan en los lotes 1 y 2.
- c) MEDTRONIC presentó un trocar estriado en lugar de uno con fijación avanzada (con balón).
- d) Finalmente, se solicita la exclusión de la adjudicataria impugnada y la adjudicación del lote a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de MEDTRONIC

La adjudicataria se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) MEDTRONIC afirma que los trocares pueden agruparse en dos grandes familias, (i) trocares sin fijación (cánulas lisas sin posibilidad de anclaje) y (ii) trocares de fijación o de fijación avanzada (que sí se anclan a la pared abdominal mediante varios sistemas, como estrías o balones); consecuentemente, no puede afirmarse que el balón sea el único sistema de fijación avanzada y que deban excluirse los trocares que se fijan por estrías.

b) Que el nombre comercial del producto de la recurrente sea “Advance fixation” no altera lo indicado en la letra anterior; la única referencia bibliográfica aportada por APPLIED es un artículo que revisa su producto, que tiene la citada denominación, pero ello no prueba que la fijación por balón pueda considerarse como la única avanzada.

c) Se alega que el acto impugnado está amparado por la discrecionalidad técnica que corresponde a la Administración.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega en su informe que debe estimarse la impugnación; alega que, una vez consultado el tema al Servicio de Cirugía Infantil, la oferta de MEDTRONIC no cumple con el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) por no contar con un sistema de fijación avanzada.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la viabilidad del recurso depende de si se considera que la oferta de la adjudicataria cumple o no el apartado del PPT (que rige la licitación vinculando a los licitadores y al poder adjudicador por no haber sido impugnado en tiempo y forma) que exige que los productos cuenten con “fijación avanzada” (ver la página 8 del PPT).

A la vista de todo ello, se exponen las siguientes apreciaciones:

a) Sobre la aceptación por el poder adjudicador de la viabilidad del recurso

Procede, en primer lugar, analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento de los argumentos de la recurrente. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa, no puede considerarse que el informe de respuesta al recurso, suscrito por el Jefe de la Sección de Contratación Administrativa, sea un acuerdo formal de allanamiento que satisfaga estas condiciones. Consecuentemente, el informe del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por todas, la Resolución 122/2019 del OARC / KEAO).

b) Sobre el incumplimiento del PPT

Para analizar la alegación de que los productos ofertados por MEDTRONIC no satisfacen el requisito de la “fijación avanzada”, debe partirse del hecho de que “Fijación avanzada”, más allá de su uso como nombre comercial, no es un término cuyo significado sea comúnmente conocido en el ámbito profesional, científico y técnico al que se refiere el objeto del contrato con un significado claro y unívoco; por el contrario, este término puede tener un alcance distinto según el caso, por ejemplo en razón de que cada fabricante o proveedor lo usa en un sentido diferente y no siempre coincidente, de modo que la misma denominación dé cobertura a soluciones técnicas diferentes aunque similares en su funcionalidad, que es evitar el movimiento indeseado del trocar durante su empleo (ver, “sensu contrario”, la Resolución 46/2018 del OARC / KEAO). En

este sentido, no se ha acreditado por el recurrente que el citado término se refiera solo a los trocares con balón con exclusión de los que incorporan otros mecanismos de fijación, como las estrías. Consecuentemente, y a la vista de que con base en la escueta e imprecisa descripción del PPT sería desproporcionado excluir a cualquier proposición que, como la de MEDTRONIC, contara con una solución técnica que pudiera considerarse incluida en el amplio (por ambiguo) término “fijación avanzada”, el recurso debe desestimarse.

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 APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE BV SUCURSAL ESPAÑA contra la adjudicación del contrato “Suministro de material para cirugía laparoscópica – Organización sanitaria integrada Ezkerraldea Enkarterri – Cruces (lote 7)”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

QUINTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urriaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de noviembre de 2019