



EB 2020/009

Resolución 031/2020, de 18 de febrero, 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 VESISMIN HEALTH contra la adjudicación del contrato “Suministro de desinfectantes de superficies e instrumental de la OSI Bilbao Basurto (lote 13)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de enero 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 VESISMIN HEALTH contra la adjudicación del contrato “Suministro de desinfectantes de superficies e instrumental de la OSI Bilbao Basurto (lote 13)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO El mismo día 13 de enero 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 17 de enero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de enero, el día 21 de enero se recibieron las alegaciones de MICRODAN ALTA DESINFECCIÓN, S.A. (en adelante, MICRODAN), adjudicatario impugnado.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1ZAQ-BS5Q 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-T1ZAQ-BS5Q en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D. V.P.V., que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, el poder adjudicador alega que la oferta de VESISMIN HEALTH fue excluida por incumplir una prescripción técnica (tamaño de las toallitas), cuestión que la impugnación no discute, por lo que en ningún caso podría ser adjudicatario del contrato, que quedaría desierto en el caso de prosperar su pretensión de dejar sin efecto la adjudicación. Sobre esta cuestión, este Órgano ha venido considerando (ver, por todas, su Resolución 220/2019) que el licitador excluido tiene legitimación para recurrir la adjudicación del contrato mientras dicha exclusión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren los dos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme pues, aunque no se ha valorado la oferta de VESISMIN HEALTH para los criterios de adjudicación sujetos a fórmulas, no consta un acto formal de exclusión (incluyendo el ofrecimiento de la correspondiente vía de recurso) anterior a la resolución de adjudicación y, en lo que respecta al segundo, la estimación de la pretensión del recurso significaría la exclusión de la única oferta que permanece en el procedimiento y la consiguiente declaración como desierta de la licitación, lo cual, habida cuenta de que el objeto del contrato satisface una necesidad permanente y habitual, supondría muy posiblemente la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que tomar parte, constituyendo esta posibilidad de volver a licitar una mejora clara respecto a su situación de excluido y constituyendo el interés legítimo, distinto de la satisfacción por el mero cumplimiento de la legalidad, que caracteriza a la legitimación.



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 en materia de contratación los contratos de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2 c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación de los contratos.

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: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Los productos antisépticos para la desinfección de piel sana se regulan en el Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas (en adelante, Real Decreto 1054/2002) y, por tanto, requieren autorización sanitaria como desinfectantes otorgada por la Agencia Española del Medicamento y los Productos Sanitarios (AEMPS), debiendo exhibir en su etiqueta el número de



autorización “nº -DES” que corresponda a dicha autorización. Al recurrente no le consta que MICRODAN disponga de la citada autorización.

b) Finalmente, se solicita que, si alguno de los requisitos no pudiera acreditarse, se dejara sin efecto la actual adjudicación del lote y se remita de nuevo a la mesa de evaluación técnica correspondiente.

SÉPTIMO: Alegaciones de MICRODAN

MICRODAN alega que el producto presentado cumple con todos los requisitos recogidos en los pliegos para el lote 13 del contrato, en los que no se solicita antisepsia de piel sana ni registro sanitario N° - des; asimismo, alega que el producto tiene en su etiqueta las indicaciones de higiene y producto CE.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) En el lote 13 no se licita un producto desinfectante, sino de higiene, que es la finalidad del producto; las toallitas se utilizan para el aseo del paciente, y no tienen por objetivo desinfectar una zona como paso previo a la realización de una técnica médica; si el recurso estuviera fundado, las toallitas no podrían venderse en el mercado estatal y no habrían obtenido el marcado CE, que MICRODAN aporta junto con su alegación.

b) El poder adjudicador estima que los pliegos y el informe técnico que sustenta la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor avalan la tesis de que se trata de un producto de higiene y no de un biocida.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso se fundamenta en la supuesta carencia de una autorización exigida por la normativa sanitaria. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre el motivo de la impugnación, el cual debe estimarse por las siguientes razones:

El recurrente estima que la adjudicación debe quedar sin efecto porque la oferta mejor clasificada, así como la siguiente, carecen de la autorización de la AEMPS que exige el Real Decreto 1054/2002 para los desinfectantes. A juicio de este Órgano, el motivo de impugnación debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) El artículo 1 a) del Real Decreto 1054/2002 establece que es objeto de la norma regular, entre otros, los requisitos de autorización y la comercialización de biocidas en el territorio español; el artículo 3.1 establece que los biocidas solo pueden comercializarse y utilizarse en el territorio nacional si han sido previamente autorizados e inscritos en el correspondiente Registro; finalmente, el Anexo V, titulado “Tipos y descripción de los biocidas a que se refiere la letra a) del artículo 2 del presente Real Decreto”, incluye, dentro del grupo principal, el “Tipo de producto 1”, los “Biocidas para la higiene humana: Los productos de este grupo son los biocidas empleados con fines de higiene humana”. Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en referencia al lote 13 (“Toallitas con clorhexidina al 2% aseo paciente”) establece que la indicación es “Higiene del paciente en aislamientos por microorganismos multirresistentes”.
- 2) A la vista de lo expresado en el apartado 1) anterior, es claro que el producto solicitado debe contar con la autorización que indica la recurrente; a estos efectos, es indiferente que los pliegos no lo exijan así expresamente, pues no se trata de un requisito contractual exigible a la proposición del licitador, sino de un requerimiento previo a ella y de origen legal cuyo cumplimiento es necesario para que dicho producto pueda ser



válidamente comercializado. No obsta a esta conclusión el hecho de que el producto no procure la desinfección de una zona corporal previamente a la realización de una práctica médica, pues ese supuesto se incluye en el Real Decreto 1054/2002 pero no lo agota.¹ Tampoco parece que el objeto del contrato sea simplemente el aseso de los pacientes en la acepción más común de esta palabra, como acredita la referencia a que el artículo se va a usar “en aislamientos por microorganismos multirresistentes”.

- 3) En el expediente no consta que el producto ofertado por la adjudicataria disponga de la autorización. A juicio de este Órgano, esta circunstancia hace imposible la adjudicación impugnada. No obstante, la exclusión de la oferta sin más trámite sería una medida desproporcionada, habida cuenta de que se trata de un documento no expresamente exigido en los pliegos. Por lo tanto, procede retrotraer las actuaciones para que el poder adjudicador solicite la acreditación de que el producto ofertado puede ser comercializado en los términos previstos en el Real Decreto 1054/2002.
- 4) Este trámite de subsanación no constituiría una modificación de la oferta porque el objeto ofrecido sería en todo caso exactamente el mismo y el requerimiento se referiría a un documento cuyo origen anterior respecto a la finalización del plazo de presentación de ofertas es objetivamente verificable (ver, por analogía, los apartados 39 y 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2013, asunto C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647).

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

¹ Ver, por ejemplo, la nota informativa de la AEMPS disponible en el siguiente enlace:
https://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/cosmeticosHigiene/2011/docs/NI_01-2011_prod-Desinfectantes.pdf



Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio
Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa VESISMIN HEALTH contra la adjudicación del contrato “Suministro de desinfectantes de superficies e instrumental de la OSI Bilbao Basurto (lote 13)”, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se practique el trámite señalado en los apartados 3 y 4 del Fundamento de Derecho noveno de la presente resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

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

Vitoria-Gasteiz, 2020ko otsailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de febrero de 2020