



EB 2017/022

Resolución 034/2017, de 13 de marzo de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por BARNIA IMPORT MEDICA, S.A. frente a la adjudicación del Lote 1 “Guante Nitrilo no estéril sin polvo” del “Acuerdo marco para guantes”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 6 de febrero de 2017 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 BARNIA IMPORT MEDICA, S.A. (en adelante BARNIA) frente a la adjudicación del Lote 1 “Guante Nitrilo no estéril sin polvo” del “Acuerdo marco para guantes”, tramitado por Osakidetza

SEGUNDO: El mismo día de su interposición se trasladó el recurso al poder adjudicador, habiéndose recibido el expediente en el registro del OARC/KEAO el día 14 de febrero de 2017 y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), el día 7 de marzo de 2017.

TERCERO: El día 17 de febrero de 2017 se trasladó el recurso a los interesados en el expediente, habiéndose recibido las alegaciones de la empresa NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. el día 23 de febrero de 2017 y las de la empresa CELULOSAS VASCAS, S.L. el 6 de marzo de 2017.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente, pues la potencial estimación del recurso le aporta un beneficio tangible, y la representación de don J. P.L. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1.a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial, los acuerdo marco sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) Inadmisión de las ofertas presentadas por CELULOSAS VASCAS, S.L., NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. y EL CORTE INGLÉS, S.A. por incumplir las prescripciones técnicas consignadas en los pliegos. En particular:

- CELULOSAS VASCAS, incumple tres prescripciones: (i) el Real Decreto 1591/2009, por no incluir la información relativa al fabricante (cláusula 3.1 del PPT); (ii) no se presenta ningún certificado relativo a las normas ISO 16604:2004 o ASTM 1671-07 (cláusula 3.13 del PPT), no pudiendo ser acreditado este extremo por otra norma como la ASTM 1670; (iii) no cumple con la NORMA UNE EN ISO 15223-1:2013 pues el etiquetado no contiene los símbolos establecidos por la norma (cláusula 3.9 del PPT).
- NACATUR 2, incumple las siguientes prescripciones: (i) Real Decreto 1591/2009, por no indicar que se trata de un guante de examen, guante de



exploración o guante de uso médico (cláusula 3.1 del PPT); (ii) incumplimiento de la NORMA UNA EN ISO 15223-1:2013, PARTE 1, pues los símbolos que figuran en la muestra no se ajustan a la misma (cláusula 3.1.9 del PPT); (III) la confidencialidad alegada por la empresa no debió tomarse en consideración por parte del órgano de contratación.

- EL CORTE INGLÉS, (i) los certificados presentados corresponden a distintos guantes; (ii) incumplimiento de la NORMA UNA EN ISO 15223-1:2013, PARTE 1, pues los símbolos que figuran en la muestra no se ajustan a la misma (cláusula 3.1.9 del PPT).

b) Incoherencia en la valoración de los criterios subjetivos pues (i) los criterios secundarios de valoración “Sensibilidad táctil” y “Adaptabilidad” si bien son diferentes, la puntuación asignada en cada uno de ellos se basa en las mismas justificaciones; (ii) la valoración de estos dos criterios secundarios se ha basado en la largura de los dedos de los guantes, que no es un criterio de adjudicación; (iii) la justificación de la valoración de las diversas ofertas es inconsistente pues las justificaciones en los diversos criterios secundarios son de lo más dispares; (iv) los guantes ofertados son los mismos que resultaron adjudicados en el contrato del año 2011 y que entonces merecieron una puntuación de 47 sobre un total de 48.

SÉPTIMO: NACATUR 2 solicita la desestimación del recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) Los guantes de nitrilo “Naturex 626 Nitryl Derm” son además de guantes de protección individual (EPI de categoría III), según la Directiva 89/686/CEE, producto sanitario según Directiva 93/42/CEE, habiéndose acreditado debidamente en el expediente mediante la aportación del dispensador de 100 unidades en el que en ambos laterales se refleja el cumplimiento de dicha normativa, las declaraciones de conformidad como producto sanitario de clase I del RD 1591/2009 y la ficha técnica.



b) el embalaje de los guantes aportado ostenta los símbolos que son exigibles en virtud de la NORMA UNE EN ISO 15223-1:2003.

c) Los órganos de resolución de recursos no actúan sobre indicios ni tienen la potestad de enervar la valoración de la administración si no se demuestra que ha habido error, arbitrariedad o conculcación de los principios de contratación pública.

OCTAVO: CELULOSAS VASCAS solicita la desestimación del recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) El guante ofertado cumple con la prescripción de la cláusula 3.1 del PPT pues se aportó en la oferta el marcado CE de los embalajes y la declaración de conformidad exigida. La licencia, ya fuera de importador o de fabricante, no era una prescripción exigida por los pliegos de la licitación.

b) Se ha presentado la norma exigida en la cláusula 3.13 del PPT, si bien este documento ha sido declarado como confidencial.

c) La norma EN ISO 15223-1:2013, al igual que el resto de normativas UNE-EN-ISO, no es de obligado cumplimiento. Esta norma internacional aún no ha sido adaptada a la normativa española, por lo que resulta difícil su comprensión y cómo vincularla con el RD 1591/2009.

d) El objetivo del recurrente no es otro que el de dilatar el procedimiento de adjudicación, empleando la sospecha como argumento para solicitar la exclusión y ensalzando su producto que, debido a sus defectos, debieron ser sustituidos por otros, lo que refuta el argumento de la calidad de los guantes ofertados.

NOVENO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso y alega que:



a) CELULOSAS VASCAS (i) acredita el cumplimiento de la cláusula 3.1 del PPT pues dispone de Marcado CE y acredita a través de la “Declaración de conformidad”, medio probatorio solicitado en los pliegos, el cumplimiento del RD 1591/2009. El Lote 1 se refiere a un producto sanitario Clase 1 no invasivo, para los que el RD 1591/2009 no exige el certificado de organismo notificado; (ii) acredita el cumplimiento de la cláusula 13.3 del PPT (norma ISO 16604:2004 o ASTM 1671-07; (iii) acredita el cumplimiento de la cláusula 9.3 del PPT pues presenta el certificado de cumplimiento de la norma UNE EN ISO 15223-1:2013.

b) NACATUR (i) acredita el cumplimiento de la cláusula 3.1 del PPT pues dispone de Marcado CE y acredita a través de la “Declaración de conformidad”, medio probatorio solicitado en los pliegos, el cumplimiento del RD 1591/2009, (ii) acredita el cumplimiento de la cláusula 3.9 del PPT pues presenta un documento donde se certifica que cumple con la norma UNE EN ISO 15223-1:2013. La recurrente en ningún momento ha solicitado la revisión de la declaración de confidencialidad efectuada por NACATUR.

c) EL CORTE INGLÉS i) acredita el cumplimiento de la cláusula 3.1 del PPT pues dispone de Marcado CE y acredita a través de la “Declaración de conformidad”, medio probatorio solicitado en los pliegos, el cumplimiento del RD 1591/2009 (ii) aporta declaración jurada ante notario del cumplimiento del certificado de conformidad con la normativa UNE EN ISO 15223-1:2013..

d) El recurrente no explica con razonamiento alguno por qué la largura de los dedos no puede afectar a dos criterios diferentes como son “Sensibilidad táctil” y el de “Adaptabilidad”. Téngase en cuenta que el propio PPT establece la “Venopunción de vías periféricas” como uno de los usos de los guantes objeto de la licitación del Lote 1. El informe técnico aplica, dentro de los límites de la discrecionalidad técnica, los criterios de adjudicación descritos en los pliegos y no se han utilizado requerimientos, condiciones ni criterios diferentes a los previstos en los pliegos.



DÉCIMO: De forma previa al examen de los motivos de fondo del recurso, se hace necesario realizar algunas precisiones sobre la pretensión referida a que, de considerarse necesario, se requiera al órgano de contratación para que se determine el alcance concreto de la consideración de confidencialidad de la empresa NACATUR 2. Este OARC / KEAO no puede acoger tal pretensión porque el recurrente no ha agotado las vías procesales que ofrece el procedimiento para la resolución del recurso especial en materia de contratación en lo referente al acceso al expediente de contratación pues, si bien hizo uso de esta facultad (prevista en el art. 16 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre) solicitando el acceso al expediente al órgano de contratación, no estando de acuerdo con el alcance limitado ofrecido por éste, no ha solicitado a este OARC / KEAO en el recurso especial que nos ocupa el acceso a aquellas partes cuyo visionado le fue impedido, tal y como previene el art. 29.3 del citado Real Decreto 814/2015, quien, tras su ponderación y de considerarlo necesario, podría aceptar su pretensión y ampliar el plazo para completar el recurso en cinco días. El no haber ejercido esta posibilidad que le otorga el procedimiento impide que este OARC / KEAO pueda satisfacer su pretensión de requerir del órgano de contratación que determine el alcance de la confidencialidad pues, si bien no especifica el recurso los efectos de esta petición, únicamente podría serlo al objeto de completar el recurso especial, lo cual es del todo inaceptable, pues ello supondría abrir de manera injustificada un nuevo plazo de interposición del recurso, lo cual vulneraría el principio de igualdad contemplado en el artículo 1 del TRLCSP (ver, en este sentido, la Resolución 096/2016).

UNDÉCIMO: El recurrente considera que ninguna de las ofertas presentadas por las tres empresas que le preceden en el orden de clasificación cumple con todas las prescripciones técnicas exigidas en el PPT. Se comenzará el análisis del recurso por el examen de la oferta de la empresa adjudicataria, CELULOSAS VASCAS. El recurrente considera que incumple las siguientes prescripciones:

.- La contenida en la cláusula 3.1.1 del PPT, la cual dispone:



«1. Cumplimiento RD 1591/2009 de regulación de productos sanitarios directiva 93/42 CEE como producto sanitario.

Se acreditará:

- a. Marcado CE como producto sanitario
- b. Declaración de conformidad del producto.
- c. Certificado de organismo notificado.

Producto sanitario **Clase I** para los lotes:

LOTE 1. GUANTE NITRILO NO ESTÉRIL SIN POLVO»

El recurrente argumenta el incumplimiento de esta prescripción en que en el etiquetado del producto no se incluye la mención a la condición de fabricante o comercializador del licitador. La cláusula 3.1 del PPT únicamente exige como medios probatorios del cumplimiento del Real Decreto 1591/2009 los relacionados en las letras “a. Marcado CE como producto sanitario, b. Certificado de organismo notificado y c. Certificado de organismo notificado”, sin necesidad de que se especifique que quien acude a la licitación es fabricante o comercializador del producto ofertado.

Tal y como puso de manifiesto el poder adjudicador en la respuesta dada en relación con una pregunta sobre esta misma cláusula efectuada por CELULOSAS VASCAS, que constituye a todos los efectos pliego del contrato (ver, en este sentido la Resolución 130/2016), «Según el punto 3.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en primer lugar se menciona la reglamentación de forma general del sin categorizar las clases incluidas en dicho Real Decreto. Con respecto a dicha reglamentación, el licitador deberá aportar las acreditaciones correspondientes según la clase de producto ofertado. Para ello, a continuación y en segundo lugar, se facilita la correspondencia de los lotes a licitar con cada una de las clases del Real Decreto.» Es decir, la documentación que se aportará dependerá de la clase de producto ofertado. En este supuesto, la adjudicataria impugnada cumple con esta prescripción pues en su oferta constan tanto el Marcado CE como producto sanitario como la declaración de conformidad del producto efectuada por el fabricante sin necesidad de que aporte el “Certificado de organismo



notificado” pues el guante solicitado en el Lote 1, por ser “no estéril”, se clasifica como producto sanitario Clase I, que no exige dicha acreditación.

.- La prescripción contenida en la cláusula 3.13 del PPT, la cual dispone:

«13. **Certificado** del cumplimiento resistencia a la penetración viral según norma ISO 16604:2004 o ASTM 1671-07»

La alegación efectuada por el recurrente de que no se presenta ningún certificado relativo a las normas ISO 16604:2004 o ASTM 1671-07 no es cierta pues en la documentación aportada por la adjudicataria en su oferta consta el certificado relativo al cumplimiento de la norma ASTM 1671-07, y no la ASTM 1670 como erróneamente sostiene el recurrente.

.- Incumplimiento de la prescripción contenida en la cláusula 3.9 del PPT, la cual dispone:

«9. **Certificado** de conformidad con la normativa **UNE EN ISO 15223-1:2013**, asegurando un etiquetado correcto y sistemático de los equipos técnicos.»

El medio de prueba exigido es el certificado de conformidad con la normativa referida y la adjudicataria incluye dicho documento en su oferta.

Consecuentemente, los motivos de impugnación aducidos contra la oferta de la adjudicataria deben ser desestimados, pues el producto ofertado cumple con las prescripciones solicitadas en el PPT.

DUODÉCIMO: El recurso aduce un segundo motivo de impugnación, el de la incoherencia en la valoración de los criterios de adjudicación secundarios evaluables mediante juicios de valor referidos a “Sensibilidad táctil” y “Adaptabilidad”, ponderado cada uno de ellos con 8 puntos, en lo concerniente únicamente a los guantes por ella propuestos, sin discutir la valoración de los ofertados por la adjudicataria impugnada. La recurrente, clasificada en cuarto



lugar en el orden de clasificación con 65,64 puntos, no podría obtener ningún beneficio derivado de la estimación de este motivo pues la ponderación de su oferta se vería incrementada, a lo sumo, en 16 puntos, insuficientes para superar la valoración de 97 puntos que ha merecido la oferta de la adjudicataria, razón que justifica que no proceda entrar en el análisis de si cabe motivar de igual forma dos subcriterios de adjudicación o si la largura de los dedos de los guantes no es un criterio de adjudicación establecido en los pliegos de la licitación y, por consiguiente, no susceptible de valoración en estos dos criterios secundarios.

Tampoco puede ser aceptado el argumento de que la oferta de los mismos guantes en un procedimiento de adjudicación del año 2011 fue valorada por el mismo poder adjudicador en 47 puntos sobre 48, pues la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los informes técnicos impone respetar su parecer mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurren en error técnico o que no han respetado los elementos reglados (los criterios de adjudicación) en que se ha de basar la decisión (ver, en este sentido, entre otras, la Resolución 33/2016), cuestiones que no han sido alegadas por el recurrente, limitándose a poner de manifiesto de forma interesada el dato que más le beneficia, el de la divergencia de puntos.

La desestimación del recurso en lo que a estos motivos se refiere hace innecesario el examen de las ofertas del resto de empresas que preceden a la recurrente en el orden de clasificación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoren titularra:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BARNA IMPORT MEDICA, S.A. frente a la adjudicación del Lote 1 “Guante Nitrilo no estéril sin polvo” del “Acuerdo marco para guantes”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko martxoaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de marzo de 2017