



EB 2021/011

Resolución 048/2021, de 15 de marzo, 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 SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A., contra la adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de gases medicinales en botella con destino a la OSI Bidasoa”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de enero de 2021, 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 SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A., (en adelante, SECSA) contra la adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de gases medicinales en botella con destino a la OSI Bidasoa”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 18 de enero, se recibió, el día 20 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una 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 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 el día 27 de enero, no se han recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de F.J.G.P. 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 acuerdos marco que tienen por objeto los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP 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: Alegaciones de la recurrente

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



a) La recurrente alega que la comercialización de los gases que sean considerados medicamentos requiere que las licitadoras dispongan y presenten la autorización de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) de la industria suministradora (consideración como laboratorio farmacéutico). Dado que la mezcla de óxido nitroso y oxígeno que se incluye en el objeto del contrato es un gas medicinal, la oferta debía contar con la preceptiva autorización.

b) La adjudicataria (MESSER IBÉRICA DE GASES, S.A.U., en adelante MESSER) no cumple con el requisito expuesto por no ser ni laboratorio farmacéutico autorizado para la producción de la mezcla de gases señalada ni tener la condición de distribuidor legalmente autorizado para distribuir el medicamento de otro laboratorio, según se deduce de la consulta a la información pública disponible en el Centro de Información de Medicamentos Autorizados (CIMA).

c) Finalmente, se solicita que se anule y se deje sin efecto el acto impugnado y que se ordene la retroacción de actuaciones para que se excluya la oferta de la adjudicataria y se adjudique el contrato a la mejor oferta válida de las presentadas, que es la del recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando que la adjudicataria impugnada sí cumple lo establecido en los pliegos, que es asegurar el suministro de los gases objeto del contrato. Aunque la adjudicataria no aparece ni como distribuidora ni como productora de los gases, incluyó en la documentación técnica de la oferta un certificado de la empresa OXIGEN SALUD, S.A. que garantiza dicho suministro y aportó, a petición de Osakidetza, la correspondiente autorización de AEMPS para su almacén.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente solicita la exclusión de la proposición de la adjudicataria porque MESSER no está autorizada para el suministro de la mezcla de óxido nitroso y oxígeno ni como laboratorio farmacéutico productor ni como distribuidor de otro laboratorio. La viabilidad de la pretensión debe analizarse partiendo del contenido relevante de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

(...)

2- ASPECTOS LEGALES

Los licitadores acreditarán, mediante la oportuna documentación, que el material ofertado cumple la legislación vigente aplicable a los gases medicinales, así como la que pudiera producirse durante el periodo de vigencia de la garantía, siendo por cuenta del adjudicatario cualquier gasto que se derive de su aplicación. Así mismo, deberán acompañar a la ficha técnica de los productos la copia de los certificados de marcado CE de los mismos.

Los productos y accesorios deberán estar conformes en el momento en que se realice su suministro, con las condiciones que les sean de aplicación, constando la declaración conforme del fabricante que acredite el cumplimiento de las normas técnicas de aplicación obligadas para cada uno de los equipos que oferten.

Así mismo, cuando corresponda, se acreditarán las certificaciones que se precisen derivadas de cualquier otra normativa que sea de aplicación.

(...)

4- DESARROLLO DEL OBJETO DEL CONTRATO

(...)

4.2. Desarrollo operativo del servicio

(...)

4.2.1. Inicio del suministro

La empresa adjudicataria, siempre antes de la primera entrega, realizará un informe de supervisión del recinto destinado al almacenamiento de gases comprimidos, incidiendo el estudio en el cumplimiento de la normativa vigente que le sea de aplicación. El adjudicatario efectuará su reposición de forma programada de acuerdo con el centro, o a su demanda cuando se den circunstancias extraordinarias.

El adjudicatario deberá aportar, en el momento del suministro, albarán numerado donde se reseñen: descripción de artículos y código, cantidades de cada artículo y certificados de calidad. Todas las entregas y recogidas de envases vacíos se efectuarán en la OSI Bidasoa, en los días



y horas determinados. La conformidad en almacén no supone la aceptación integra de la mercancía suministrada, entendiéndose que, en dicho acto, sólo se conforma el número de envases entregado. La OSI Bidasoa se reserva la verificación de lo suministrado en todo momento. Las devoluciones que por cualquier causa justificada se produzcan serán por cuenta del adjudicatario.

A la vista de lo anterior y de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

- 1) El apartado 2 del PPT “Aspectos legales” es el único punto de los pliegos en el que se recoge la documentación que deben presentar los licitadores para acreditar el acomodo de su oferta a la legislación sanitaria. Con independencia de que la ubicación sistemática en el PPT sea inadecuada, como revela el mismo título del epígrafe (ver también los artículos 140.2 de la LCSP y 67.2 h) y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por todas, la Resolución 52/2017 del OARC / KEAO), su contenido es importante para el análisis del caso. En primer lugar, se señala que los licitadores acreditarán documentalmente que el material ofertado cumple la legislación aplicable a los gases medicinales, pero no hay concreción de las normas o los documentos a los que se refiere, más allá de la mención de la ficha técnica y los certificados de marcado CE. Por otro lado, el apartado se refiere expresamente al “material ofertado”, y debe recordarse que el supuesto incumplimiento que fundamenta el recurso consiste en la falta de una autorización que permita a MESSER suministrar los gases, sea como productor o como distribuidor; es decir, no es un requisito del “material” objeto del contrato, sino una condición del suministro.
- 2) El apartado 4.2.1 del PPT “Inicio del suministro” establece que “la empresa adjudicataria”, antes de la primera entrega, realizará un informe de supervisión del almacén de gases comprimidos que incidirá en el cumplimiento de la normativa aplicable. Entre esta normativa figura la mencionada por el recurrente, por lo que en ese momento puede el poder



adjudicador verificar, por ejemplo, si MESSER dispone o no de la condición de distribuidor legalmente autorizado.

- 3) Dado que los pliegos no exigen que entre la documentación incluida en la oferta figure la acreditación de la condición del licitador de fabricante o distribuidor de los productos, sino que permiten que dicha condición se verifique durante la ejecución del contrato, no cabe acceder a la exclusión de la proposición solicitada por el recurso.

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 Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso presentado por la empresa SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A., contra la adjudicación del “Acuerdo marco para el suministro de gases medicinales en botella con destino a la OSI Bidasoa”, 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, 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko martxoaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de marzo de 2021