



EB 2021/014

Resolución 055/2021, de 25 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 LABORATORIOS HARTMANN, S.A. contra la adjudicación del “Suministro de equipos de cobertura quirúrgica para las intervenciones a realizar en la Organización Sanitaria Integrada Debagoiena”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de febrero 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 LABORATORIOS HARTMANN, S.A. (en adelante, HARTMANN) contra la adjudicación del “Suministro de equipos de cobertura quirúrgica para las intervenciones a realizar en la Organización Sanitaria Integrada Debagoiena”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 2 de febrero, se recibió, el día 3 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 4 de febrero, se han recibido las alegaciones de MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. (en adelante, MEDLINE), adjudicataria impugnada, el día 10 del mismo mes.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.R.C., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 b) 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, conforme al apartado a) del referido artículo 44.1 de la LCSP.

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

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

- a) La oferta de la adjudicataria debió ser excluida por presentar una variante, lo que está prohibido por los pliegos de la licitación. En concreto, la proposición de MEDLINE ofrece, como parte del “sistema de gestión” una “estantería de varillas”, y como alternativa “estantería volumétrica”.
- b) Uno de los subcriterios de adjudicación (“Sistema de gestión ofertado”, dentro del criterio “Servicio post – venta”) ha sido incorrectamente aplicado porque ha atribuido una puntuación a la proposición del recurrente a pesar de no cumplir el requisito en él exigido de no ser necesaria la intervención del personal para la asignación de consumos; concretamente, dicho sistema requiere la intervención del personal de enfermería o quirófano para leer los códigos de barra.
- c) Finalmente, se solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria y la retroacción de actuaciones para la adjudicación del contrato a la recurrente y, subsidiariamente, la retroacción de actuaciones para que se corrija la valoración de la proposición de HARTMANN.

SÉPTIMO: Alegaciones de MEDLINE

Por su parte, MEDLINE alega lo siguiente en oposición al recurso:

- a) MEDLINE no ha presentado variantes o alternativas, se ha limitado a describir detalladamente su “proyecto logístico” para la adecuada aplicación de los criterios de adjudicación. Lo mismo se deduce de la oferta económica, en la que se proponen los productos requeridos sin dichas variantes o alternativas.
- b) No cabe impugnar la oferta de MEDLINE en virtud de contenidos no incluidos en ella, como un video de la plataforma Youtube.



- c) El software de gestión propuesto por la adjudicataria no precisa de ninguna intervención humana de personal del hospital o externo a él.
- d) Las valoraciones del órgano de contratación están amparadas por la discrecionalidad técnica, sin que se hayan acreditado errores que invaliden su ejercicio.
- e) El alegante considera que el recurso se interpone con el único objetivo de dilatar el procedimiento, por lo que procede la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) MEDLINE no presenta variantes al objeto principal del expediente, tan solo presenta una alternativa a un criterio a valorar; por otro lado, siguiendo el criterio del recurrente, su propia oferta debiera ser también excluida.
- b) Analizando los sistemas de gestión presentados por la recurrente y la adjudicataria impugnada, se puede observar que ambas tienen un funcionamiento semejante, pues en ambos casos la asignación de consumos a pacientes exige que el personal de quirófano lea con lectores tanto la identificación del paciente como el material utilizado para realizar la asociación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso alega que la oferta de la adjudicataria debe ser excluida por contener variantes prohibidas y que un subcriterio de adjudicación ha sido incorrectamente aplicado porque la oferta no incluye la característica evaluada. Los apartados de los pliegos relevantes para determinar la viabilidad de la impugnación, los cuales rigen el procedimiento de adjudicación por no haber sido



impugnados en tiempo y forma y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores son los siguientes:

Cláusulas específicas del contrato

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor

(...)

SERVICIO POST VENTA: 20 PUNTOS

Se valorará:

(...)

- Sistema de gestión ofertado para el control por parte del centro de los stocks a tiempo real, cantidades consumidas, trazabilidad a paciente. Se valorarán aquellos sistemas automatizados que no requieran la intervención de personal para la asignación de consumos y por lo tanto para la determinación de materiales a reponer y la obtención automatizada para la realización del pedido. Así mismo se valorará la manejabilidad de la aplicación informática para la gestión de la información (agilidad, sencillez, versatilidad, rapidez, trazabilidad de paciente). Se deberá facilitar acceso a dicho software para poder hacer la valoración. (16 puntos)

24.4.- Se admiten variantes: no

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

a) Sobre la presentación de una variante prohibida

El recurrente alega que la oferta del adjudicatario debió ser excluida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LCSP, por incluir una variante prohibida por los pliegos que rigen la licitación. A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Como ha señalado este OARC / KEAO (ver, por todas, sus Resoluciones 142/2017 y 22/2018), la variante se caracteriza porque el mismo licitador proporciona al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que el poder adjudicador puede elegir una de ellas



descartando el resto (de hecho, la aceptación de variantes es una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas, establecida en el artículo 145.3 del TRLCSP). Asimismo, también entra en este concepto la proposición que ofrece una solución técnica diferente a la descrita en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) aunque no se presenten varias alternativas al poder adjudicador (ver, “sensu contrario”, el artículo 45.2 de la Directiva 2014/24/UE, así como la Resolución 682/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Consecuentemente, es necesario, en cualquiera de los dos casos, que los pliegos definan una prescripción que sirva como “base” sobre la que el poder adjudicador decide permitir las variantes en los términos y requisitos expresados en los artículos 142 de la LCSP, bien sea en forma de elección alternativa para el poder adjudicador o simplemente sustituyendo a dicha “base” por una única solución técnica distinta de ella.

- 2) En el caso analizado, se observa que objeto del contrato es el suministro de ciertos productos quirúrgicos, y que el PPT recoge ampliamente la descripción de sus características (forma, composición, dimensiones, etc.). Por lo que se refiere a la “Asistencia post venta”, aunque el apartado 5 del PPT incluye una referencia a que el adjudicatario (no el licitador) deberá presentar un “proyecto técnico de asistencia post venta” que recoja aspectos como el control físico de los productos suministrados o la gestión de los depósitos, lo cierto es que no establece ninguna prescripción técnica que detalle el modelo o sistema de estantería, que es la cuestión a la que afecta la supuesta variante. Por ello, debe entenderse que dicha cuestión es, desde el punto de vista de las prescripciones mínimas, indiferente para el poder adjudicador, igual que lo es, por ejemplo, el color de los bisturís eléctricos, de modo que el contratista podría proponerlos de varios colores distintos sin incurrir en ofrecimiento de variantes prohibidas porque el PPT no establece nada respecto de esta característica; en cambio, proponer, por ejemplo, toallitas de algodón sería una variante no permitida porque el PPT especifica que deben ser



de celulosa. Como bien alega el órgano de contratación, no es lo mismo presentar una alternativa en un criterio de adjudicación que para una prescripción establecida como mínima en el PPT; téngase en cuenta que este documento representa las condiciones técnicas mínimas bajo las que el poder adjudicador desea obligarse, siendo contrario al interés general aceptar ofertas que no las satisfagan (ver, por todas, la Resolución 31/2021 del OARC / KEAO).

- 3) A la vista de los puntos 1) y 2) anteriores, debe concluirse que la mención de la oferta del adjudicatario a una “alternativa” basada en estanterías volumétricas no puede considerarse una variante en el sentido del artículo 142 de la LCSP, por lo que no se ha infringido la prohibición de la cláusula específica 24.4.

b) Sobre la aplicación del subcriterio relativo al sistema de gestión de los “stocks”

Según HARTMANN, la atribución a MEDLINE de 16 puntos en el subcriterio relativo al sistema de gestión, incluido en el criterio de adjudicación “Servicio post venta” es incorrecta porque su oferta no propone uno de los “sistemas automatizados que no requieran la intervención de personal para la asignación de consumos y por lo tanto para la determinación de materiales a reponer y la obtención automatizada para la realización del pedido” que merecen una consideración favorable en este epígrafe valorativo. El argumento principal del recurso es que en un video descriptivo del funcionamiento del software de gestión ofertado (Medstock), disponible en la plataforma Youtube, se puede comprobar que el citado sistema no es automatizado porque requiere la intervención del personal de enfermería o quirófano para la lectura de los códigos de barra. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El motivo de impugnación planteado por HARTMANN debe analizarse contrastando la proposición de MEDLINE con la descripción del criterio de adjudicación que considera infringido la recurrente; en concreto, se debate el alcance de la expresión “...sistemas automatizados que no requieran la



intervención de personal para la asignación de consumos y por lo tanto para la determinación de materiales a reponer y la obtención automatizada para la realización del pedido”. A juicio de este Órgano, dicha expresión no puede entenderse en el sentido de exigir que no haya absolutamente ninguna intervención humana en ningún momento del proceso de gestión de los “stocks”; por el contrario, parece referirse a que, una vez adoptada por el personal del poder adjudicador la decisión de poner en marcha un pedido, el sistema automatice otros pasos que se derivan indefectiblemente de tal decisión y que, de otro modo, deberían ser cumplimentados por dicho personal (reposición y obtención automatizada). A la vista del informe técnico que sustenta la adjudicación, este requisito se cumple tanto para la proposición del recurrente como para la del adjudicatario.

- 2) Adicionalmente a lo señalado en el apartado 1) anterior, debe indicarse que este Órgano ha establecido (ver sus Resoluciones 45 y 93/2020) que no pueden entenderse comprendidos en la oferta datos extraídos de documentos que el licitador no ha decidido incluir en ella, como son catálogos públicos, páginas web de la empresa o, como en este caso, videos expuestos en plataformas accesibles desde Internet, y ello por dos razones. La primera es que el propio pliego establece que la evaluación relativa al cumplimiento de las prescripciones técnicas o acreditativa para la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se efectúa mediante la presentación de la documentación correspondiente en el sobre “C” (cláusula específica 24.3), y no de cualquier otra forma. La segunda, es que no puede considerarse como parte de la oferta el contenido de documentos que no figuran en ella, que no están protegidos por el secreto hasta su apertura que exige la LCSP y que son modificables sin control alguno, en contra de la prohibición legal de negociar las ofertas o de alterarlas después de su presentación en el procedimiento abierto (artículo 156.1 de la LCSP).

c) Conclusión



A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 especial en materia de contratación interpuesto por la empresa LABORATORIOS HARTMANN, S.A. contra la adjudicación del “Suministro de equipos de cobertura quirúrgica para las intervenciones a realizar en la Organización Sanitaria Integrada Debagoiena”, 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 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de marzo de 2021