



EB 2022/035

Resolución 85/2022, de 20 de mayo, 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 IGROBE RODAR 2001, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de bolsas sanitarias para la OSI Ezkerraldea-Enkarterri Cruces (Lotes 5 y 15)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de febrero de 2022 se ha presentado 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 IGROBE RODAR 2001, S.L.U. (en adelante IGROBE) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de bolsas sanitarias para la OSI Ezkerraldea-Enkarterri Cruces (Lotes 5 y 15)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 17, se recibió, el día 23 de febrero, 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 24 de febrero, se han recibido el día 3 de marzo las alegaciones de CONVATEC, S.L. (en adelante, CONVATEC), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de F.J.N.L. 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.

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



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) En lo que respecta al sublote 5.1, las características técnicas establecidas en el PPT no pueden tener la condición de excluyentes, ya que únicamente el producto de una de las licitadoras puede cumplirlas. El artículo ofertado por IGROBE cumple las funcionalidades exigidas por las siguientes características técnicas: Señal indicadora de correcto inflado de balón y Sistema que permita la monitorización de la presión; por otro lado, sí contiene el resto de las características requeridas por el PPT.
- b) Por lo que al sublote 5.2 se refiere, el producto ofertado sí que es opaco. Además, la oferta económica de la recurrente para el lote 5 es más económica que la de la adjudicataria.
- c) Con respecto al lote 15, debe indicarse que el órgano de contratación no ha otorgado el máximo de puntos a la oferta más económica, en este caso, a la de la recurrente, tal y como exigen el PCAP y el PPT.
- d) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad del acto impugnado en lo referido a los lotes 5 y 15.

SÉPTIMO: Alegaciones de CONVATEC

La adjudicataria impugnada en el lote 5 se opone a la estimación del recurso, resumidamente, por lo siguiente:

- a) El recurso interpuesto resulta del todo improcedente, ya que se fundamenta en la supuesta inadecuación de los pliegos del expediente de licitación que han devenido firmes y han sido aceptadas por la recurrente. En efecto, si IGROBE consideraba que las configuraciones de las características técnicas de los



productos eran inadecuadas debió recurrirlos en su momento y en los plazos establecidos por la LCSP. Sin embargo, dicha impugnación no se produjo y la recurrente presentó su oferta, lo que supone el acatamiento de los pliegos que ahora pretende que no se apliquen en su integridad.

b) Por otro lado, la resolución de adjudicación a favor de CONVATEC del lote 5 es perfectamente ajustada a derecho, toda vez que la oferta cumple con todos los requisitos técnicos exigidos.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por lo siguiente:

a) Respecto al lote 5, la oferta de la recurrente ha sido excluida por no cumplir con varias de las características técnicas exigidas. IGROBE no puede pretender en este momento que dichas condiciones técnicas no sean aplicadas conforme a su propia naturaleza, por lo que si no estaba de acuerdo con ellas debió haberlas recurrido en el momento oportuno.

b) En lo que al lote 15 se refiere, el órgano de contratación reconoce que ha cometido un error a la hora de consignar la oferta de la recurrente, pues se indicó que la cantidad era de 202,5 € cuando en realidad el importe era de 2,02€. De este modo, procede la estimación del recurso en lo que a este lote 15 afecta.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente pretende, por un lado, que se considere válida su oferta al lote 5 porque cumple con las funcionalidades requeridas por el PPT y, por otro, alega una incorrecta valoración del criterio precio en el lote 15. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión.



a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

De acuerdo con una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 210/2019 del OARC / KEAO y las que cita), el PPT describe el objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador. En suma, como se indica en la Resolución 089/2019 de este OARC / KEAO, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desean obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no las satisfaga. En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes a las obras, bienes o servicios que se pretenden adquirir corresponde determinarlas al órgano de contratación, quien goza de un gran margen de apreciación para formularlas (dentro de los límites del artículo 126.1 de la LCSP), ya que es quien mejor conoce lo que necesita y quien mejor puede determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados y, a tal efecto, habrán de formularse de alguna de las maneras especificadas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En cuanto al incumplimiento por la oferta de las prescripciones establecidas, este OARC /KEAO ha manifestado con anterioridad que no cabe adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 144/2019 del OARC / KEAO) ya que se vulnerarían los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 132 de la LCSP) (ver, Resolución 121/2019 del OARC / KEAO). Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés



general perseguido (ver, en este sentido, la Resolución 146/2019 del OARC / KEAO).

b) Sobre el incumplimiento por la oferta de las prescripciones técnicas mínimas obligatorias

La recurrente considera que las prescripciones técnicas del lote 5 no tienen que tener un carácter excluyente, pues solo un producto de los ofertados podría cumplirlas. Por otro lado, el artículo ofertado por IGROBE cumple con las funcionalidades requeridas por dichas especificaciones por lo que no cabe su exclusión. El análisis de la viabilidad de dicha alegación se efectuará contrastando la oferta con las prescripciones técnicas referidas.

PPT

(...)

Lote 5

		urostomía
	SISTEMA CONTROL INCONTINENCIA FECAL CON PUERTO IRRIGACIÓN SILICONA	
5.1	Sistema cerrado de control fecal, para la contención y derivación fecal, protección de las heridas del paciente frente a la contaminación fecal y disminución del riesgo de lesiones cutáneas y de diseminación de infecciones. En kit compuesto por un catéter de silicona blando (con balón de retención de baja presión blando y flexible, en un lado y acople a bolsa colectora a la otra), una jeringa y una bolsa colectora. Con señal indicadora de correcto inflado de balón, con coloración que señale presión óptima, hendidura digital, con marca coloreada, en extremo distal para comprobar correcto posicionamiento del balón en ampolla rectal del paciente. Con sistema de irrigación y administración de medicación con pinza de clampaje, puerto de toma de muestras con tapón color diferente al sistema, tira que se pueda limpiar para ajuste a la cama. Con sistema de control de olor. En envase unitario.	Para pacientes incontinentes encamados o inmovilizados con heces líquidas o semilíquidas.
	BOLSA COLECTORA OPACA PARA SISTEMA DE CONTROL FECAL	
5.2	Bolsas colectoras graduadas para recogida de contenido del sistema de control fecal. Capacidad de ± 1 litro aprox., filtro de carbón anti-olor, opacas con ventana transparente.	Complemento de sistema de control fecal

(...)

En cuanto al sublote 5.1 se refiere, la exclusión de la oferta de la recurrente viene motivada por no cumplir con dos de las características exigidas, a saber, no contar



con señal indicadora de correcto inflado de balón y no contar con un sistema que permita la monitorización de la presión. Y en el caso del sublote 5.2 por no ser opaca la bolsa presentada por el recurrente a la licitación. Ante ello, IGROBE alega en lo que al sublote 5.1 atañe, que, aunque su producto no cumple con ambas características, las funcionalidades pretendidas quedan perfectamente cubiertas por otros mecanismos. Este argumento debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) El órgano de contratación ha optado por formular las características del producto a suministrar mediante la exigencia de unas concretas características Señal indicadora de presión y sistema de monitorización de la misma. Sin embargo, el adjudicatario impugnado, aun conociendo y consintiendo los pliegos, ha presentado una oferta que no la satisface.
- 2) La alegante reconoce que su producto no tiene señal indicadora ni monitorización, tal y como lo exigen por los pliegos, pero trata de relativizar dicho incumplimiento porque el artículo ofertado sí cumpliría con la finalidad de las prescripciones. Esta alegación no puede aceptarse, pues no se trata de una prescripción definida en términos de rendimientos o exigencias funcionales que permita su cumplimiento mediante la aportación de cualquier solución técnica que la satisfaga, como se pretende (ver el artículo 126.5 a) de la LCSP). En este sentido, este Órgano tiene indicado en su Resolución 23/2020 (confirmada por la Sentencia número 30/2022 del TSJPV, ECLI:ES:TSJPV:2022:69) que cuando la prescripción incumplida ha sido redactada de una manera específica y concreta difícilmente se puede hablar de un cumplimiento por equivalencia. En cualquier caso, la prescripción incumplida no viene acompañada de la mención «o equivalente», por lo que no puede ser de aplicación al supuesto que nos ocupa.
- 3) Por otro lado, si la recurrente consideraba que dichas prescripciones expresas limitaban la concurrencia o solo podían ser cumplidas por un producto, como afirma, pero no acredita, debió recurrirlas en su momento,



esto es, tras la publicación de los pliegos. Por ello, no puede pretender la recurrente que el poder adjudicador rebaje a la hora de la valoración de los productos a suministrar la importancia y la necesidad de los requisitos técnicos (por muy exigentes que sean) que se entiende que no son caprichosos, sino que tienen que obedecer a la necesidad de dar respuesta a unas necesidades particulares de servicio público (ver, Resolución 42/2019 del OARC/KEAO). Téngase en cuenta que dicha actuación sería contraria al principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permitiría al poder adjudicador disponer de un margen de tolerancia para decidir en qué es válido no ajustarse fielmente al PPT, lo que le podría permitir actuar de forma arbitraria. En definitiva, el recurrente debe conocer que el poder adjudicador no puede adjudicar el contrato a una oferta que incumple las prescripciones técnicas o que no garantiza su respeto.

- 4) La falta de cumplimiento de las determinaciones del PPT en lo antedicho, es motivo suficiente para confirmar que la exclusión de la oferta de la recurrente en el lote 5 se encuentra ajustada a derecho. Dado que la adjudicación debe efectuarse a lote completo (Cláusula 3ª del PPT), esto es, deben presentarse ofertas válidas a todos los artículos de cada lote, no se hace necesario analizar el motivo de recurso relativo al sublote 5.2, pues una hipotética estimación del mismo no permitiría la obtención del contrato ni tampoco evitaría la exclusión de la oferta del recurrente en el lote 5.

c) Sobre la incorrecta aplicación del criterio de adjudicación precio

La recurrente considera que en el lote 15 no se ha aplicado correctamente el criterio económico/precio, pues no se han asignado la totalidad de los puntos, tal y como lo exigen los pliegos, a la mejor oferta económica que es la suya (2,02 €). Por su parte, el poder adjudicador reconoce que se cometió un error a la hora de otorgar dicha puntuación, por lo que considera que el motivo impugnatorio debe estimarse. En este sentido, este Órgano ha señalado reiteradamente (ver,



por todas, su Resolución 103/2021) que la simple aceptación por el poder adjudicador de la pretensión del recurso no significa un allanamiento que obligue a declarar la estimación del recurso cuando no constan los requisitos propios de esta figura (órgano competente, procedimiento, etc.). Consecuentemente, deben considerarse los argumentos del informe de respuesta al recurso como una alegación más de las que deben tenerse en cuenta por el OARC / KEAO para la resolución de la impugnación.

En este caso, la afirmación de la Administración es especialmente relevante pues no hay controversia jurídica alguna y el informe viene a confirmar los hechos que basan la impugnación. De hecho, analizado el expediente, este Órgano constata que la oferta de la recurrente fue de 2,03 € (sin IVA) como importe total para el lote 15, mientras que la Mesa consignó en el informe de valoración un importe de 202,5 € (sin IVA). Dicha circunstancia privó a IGROBE de obtener la mejor de las puntuaciones, es decir, los 50 puntos que el criterio atribuía a la oferta más económica, por lo que ahora debe ser corregida para que se otorguen los puntos de acuerdo con la oferta realizada. Consecuentemente, el motivo impugnatorio debe ser estimado.

d) Conclusión

Como consecuencia de todo lo anteriormente expresado, procede la estimación parcial del recurso. Esta estimación conlleva la anulación del acto impugnado, únicamente en cuanto al lote 15 se refiere, y la retroacción de actuaciones para que se rectifique la puntuación obtenida por la recurrente en este concreto lote, y se continúe con la tramitación del procedimiento.

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: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la empresa IGROBE RODAR 2001, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de bolsas sanitarias para la OSI Ezkerraldea-Enkarterri Cruces (Lotes 5 y 15)”, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado únicamente en lo que al lote 15 se refiere, y retrotrayendo las actuaciones para continuar el procedimiento licitatorio de acuerdo con lo señalado en la letra d) del Fundamento jurídico noveno.

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

Vitoria-Gasteiz, 2022ko maiatzaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de mayo de 2022