



EB 2020/160

Resolución 003/2021, de 11 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa VYGON, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material para administración de nutrición enteral y equipamiento necesario y bolsas de nutrición parenteral para la OSI Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de noviembre de 2020 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 VYGON, S.A.U. (en adelante, VYGON) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material para administración de nutrición enteral y equipamiento necesario y bolsas de nutrición parenteral para la OSI Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por OSAKIDETZA.

SEGUNDO: El mismo día 6 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 entre los días 11 y 12 de noviembre.





TERCERO: Con fecha 12 de noviembre se solicitaron alegaciones a los interesados, recibéndose el 19 del mismo mes las de la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, FRESENIUS), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora y la representación de F.J.A., que actúan 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 y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) Durante el procedimiento de adjudicación se ha producido un cambio injustificado en la interpretación de la valoración técnica. Así, en un primer informe técnico la oferta de la recurrente fue la mejor valorada, para después, y ante las alegaciones efectuadas por otro licitador (FRESENIUS), proceder a realizar un nuevo informe por el que se excluía a la hoy recurrente y a otros licitadores por el incumplimiento de determinadas características técnicas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los aspectos relacionados en el apartado de *Características* de la Cláusula 2 del PPT no están contempladas en los pliegos como requisitos técnicos que deben cumplir los productos a suministrar.
- b) En cualquier caso, el cambio de criterio efectuado por el poder adjudicador deja de manifiesto que la cláusula segunda del PPT resulta oscura o ambigua, que en ningún caso puede conllevar la exclusión de la oferta de la recurrente.
- c) Por ello, se solicita se acuerde la nulidad de la resolución de adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento de realizar una nueva valoración técnica.

SÉPTIMO: Alegaciones de la adjudicataria impugnada

FRESENIUS se opone al recurso con los siguientes argumentos expuestos resumidamente:



- a) Una vez se publicó la comparativa de las ofertas técnicas, la alegante advirtió que varios de los productos ofertados por otras licitadoras no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas por el PPT. Por ello, requirió al órgano de contratación que revisase dichos extremos, circunstancia que se produjo y dio como resultado la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplimiento de dos de las características técnicas contenidas en el PPT.
- b) La distinción realizada por la recurrente entre *requisitos* de obligado cumplimiento y *características* que han de valorarse como criterio no es más que una construcción terminológica artificiosa, pues en todo caso ambas son especificaciones técnicas de obligado cumplimiento para continuar en la licitación.
- c) No proceden aceptar las alegaciones relativas a la oscuridad de las cláusulas, pues de ellas se desprenden con claridad el carácter obligatorio de las características técnicas, así como tampoco cabe admitir la existencia de arbitrariedad por parte del órgano de contratación, pues lo que hace es, una vez detectados los incumplimientos técnicos existentes, corregir el error anterior y actuar de igual forma con todos los licitadores.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso por los siguientes motivos:

- a) Más allá de las denominaciones como requisitos o características, lo cierto es que ambos apartados hacen referencia a aspectos, cualidades y funcionalidades que de forma obligatoria deben reunir los productos demandados. En definitiva, tanto los requisitos como las características son especificaciones técnicas que deben ser cumplidas para seguir en la licitación.
- b) Es cierto que en un primer informe técnico no se advirtieron ciertos incumplimientos de las prescripciones técnicas, pues se pasó directamente a



su valoración. Una vez advertido el error, se procedió a una nueva valoración técnica que concluyó con la exclusión de cuatro de los licitadores (entre ellos la recurrente) por no cumplir con las prescripciones técnicas exigidas. Y ello, no supone que haya habido un cambio de criterio en cuanto a la interpretación de los pliegos a lo largo del procedimiento, sino la corrección de un error que de no haber sido efectuada hubiera supuesto la adquisición de productos que no cumplieran con las condiciones mínimas incluso de seguridad para un producto que se utiliza en unidades críticas.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente defiende que solo las indicaciones enumeradas en el apartado *Requisitos* deben ser consideradas como condiciones obligatorias y, por lo tanto, excluyentes, mientras que las relacionadas en el apartado *Características* deben ser consideradas como aspectos a valorar en el criterio sujeto a juicio de valor “Valoración técnica”, de forma que su ausencia no conlleva la exclusión de la oferta sino una menor puntuación (ambos apartados figuran en la Cláusula 2 del PPT). Por tanto, la segunda valoración efectuada por el órgano de contratación por la que se excluye a la recurrente ha supuesto un cambio de criterio en la interpretación de los pliegos arbitraria y no ajustada a derecho. 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 cumplimiento por la oferta de las prescripciones técnicas mínimas obligatorias

La recurrente entiende que el producto ofertado cumple con los requisitos mínimos exigidos. El análisis de la viabilidad de dicha alegación se efectuará



contrastando la oferta con lo exigido por la cláusula 2 del PPT cuyo contenido es el siguiente:

2.- CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS POR LOTE-ARTÍCULO:

Nº LOTE	DENOMINACIÓN
1	SISTEMA NUTRICION ENTERAL CON SEGURIDAD PARA BOMBA CONECTOR ENFIT
Usos	- Administración de nutrición enteral, líquidos o medicación, compatible con el uso de bomba.
Requisitos	<ul style="list-style-type: none">- Envase individual y estéril.- De un solo uso.- Ubre de látex y DEHP.- Color de seguridad, no compatible con dispositivos de administración IV.
Características	<ul style="list-style-type: none">- Cabezal universal giratorio, compatible con diversos envases de nutrición enteral, con filtro de aire.- Cámara de goteo transparente y flexible.- Tubo o línea para administración compatible con bomba.- Sistema de seguridad anti-caída libre.- Conector distal de seguridad (ENFIT).- Longitud del equipo ± 200 a 250 cm.- Puerto de medicación 3 vías y seguridad (ENFIT).- Bolsa plástico para colgar frascos.- Clamp para pinzamiento.
Aspectos a valorar	<ul style="list-style-type: none">- Fácil de purgar.- Facilidad de manejo.

A juicio de este Órgano, los argumentos de la recurrente deben ser desestimados por las siguientes razones:

- 1) Si bien es cierto que en el procedimiento de adjudicación se procedió a valorar las ofertas sin comprobar si los bienes ofertados cumplían las prescripciones técnicas mínimas, no es menos cierto que la rectificación del informe técnico una vez advertido el error cometido, independientemente de que sea a instancia de parte o de oficio, no supone vulneración de norma o principio alguno que conlleve su invalidez, debido a que no existe en la normativa contractual plazo preclusivo alguno que delimite el momento a partir del cual los errores no puedan ser corregidos, ni el informe técnico de valoración constituye un acto declarativo de derechos (ver, por ejemplo, el artículo 157.6 de la LCSP) que requiera de un procedimiento específico de revisión como los establecidos en los artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015, del



procedimiento administrativo común. Por tanto, no puede aceptarse la alegación de la recurrente de que el cambio del informe de valoración haya supuesto un cambio arbitrario de criterio a la hora de interpretar los pliegos porque, además, consta en el expediente el Acta de la Mesa de 30 de julio de 2020, en el que se motiva y justifica la revisión de las puntuaciones técnicas.

- 2) Por otro lado, tampoco puede aceptarse la interpretación que de las prescripciones técnicas exigidas en la cláusula 2 del PPT transcrito realiza la recurrente. A juicio de este OARC/KEAO, independientemente de su encuadre en el apartado de requisitos o de características, todas ellas constituyen prescripciones técnicas, por cuanto que (i) son conformes con la definición que el artículo 125.1 de la LCSP realiza de las prescripciones o especificaciones técnicas, como confirma, además, la acepción más común del significado de ambos términos, habitualmente empleados en el ámbito de la contratación pública (y en la propia LCSP) como equivalentes a “prescripción” o “especificación” y (ii) optar por la interpretación de la recurrente de que el apartado relativo a las *características* ha de ser entendido como relativo a los criterios de adjudicación provocaría dudas sobre el alcance que debiera darse entonces al apartado *Aspectos a valorar*, cuyo sentido parece sistemáticamente claro si se sigue la interpretación contraria. En conclusión, este Órgano considera que la ausencia de cualquier requisito o característica relacionada en la cláusula 2 del PPT conlleva la exclusión de la oferta por no cumplir las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato, más aún si se tiene en cuenta que algunas de ellas afectan a la seguridad de los pacientes, pues se usan en unidades críticas.
- 3) Por último, debe descartarse la alegación relativa a la posible oscuridad de la cláusula que pudiera dar lugar a la confusión de los licitadores. Como se ha dicho en el apartado anterior, el alcance de las



prescripciones es claro y unívoco en sus propios términos para los operadores del ámbito empresarial al que van dirigidos, sin que la clasificación en dos apartados diferentes pueda ser causa suficiente para poder incurrir en error a la hora de formular la proposición (ver, por ejemplo, el artículo 1281 del Código Civil y la Resolución 146/2018 del OARC / KEAO). Téngase en cuenta que en el propio título del lote se hace referencia al sistema de seguridad ENFIT y en dos de las prescripciones ubicadas en el apartado características se solicita dicho sistema (ENFIT).

c) Conclusión

Consecuentemente y dado que el producto ofertado por la recurrente carece del puerto de medicación de tres vías con seguridad ENFIT y tampoco cumple con los requisitos referentes a la cámara de goteo, la exclusión de la oferta es correcta y el recurso debe ser desestimado.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa VYGON, S.A.U. (en adelante, VYGON) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material para administración de nutrición enteral y equipamiento necesario y bolsas de nutrición parenteral para la OSI Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por OSAKIDETZA.



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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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 urtarrilaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de enero de 2021