



EB 2018/072

Resolución 102/2018, de 22 de agosto de 2018, 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 LABORATORIOS URGO, S.L. contra la adjudicación del Lote nº 71 del acuerdo marco “Suministro de apósitos y productos de cura para el tratamiento de heridas y cuidado de la piel para las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de junio de 2018, LABORATORIOS URGO, S.L. (en adelante, URGO) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del Lote nº 71 del acuerdo marco “Suministro de apósitos y productos de cura para el tratamiento de heridas y cuidado de la piel para las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador con fecha 13 de junio de 2018, este OARC/KEAO ha recibido la copia del expediente de contratación junto con 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, el 5 de julio de 2018.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de junio de 2017, se han recibido las alegaciones de B.BRAUN MEDICAL, S.A. (en adelante, BRAUN) con fecha 25 de junio.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

1) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 23 de noviembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

2) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 22 de mayo de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de don J.C.H-P, para actuar en su nombre.



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

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los acuerdo marco que tienen por objeto la celebración de contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación. En el recurso que nos ocupa se impugna la Resolución de 22 de mayo de 2018, de la Directora General de Osakidetza, de adjudicación del contrato.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

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

a) El Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) exige como condición mínima que deben cumplir las dos formas de presentación exigidas de “ácidos grasos hiperoxigenados” que contengan, como mínimo y con mayor o menor concentración “ácidos grasos esenciales (oleico, linoleico, linolénico,



palmítico y esteárico)” y, a los efectos de admisión y valoración, se debe incluir en la oferta como documentación esencial aquella que acredite tal extremo.

b) Entre la documentación aportada por BRAUN no se encuentra declaración o documento alguno que permita constatar que el producto “Linovera Emulsión 100 ml” esté compuesto por los cinco ácidos grasos esenciales exigidos por el PPT ya que el producto ofertado tampoco se refiere a la proporción de los ácidos grasos esenciales sobre el total del producto, haciendo imposible la valoración de la oferta en el criterio “Concentración de ácidos grasos esenciales”.

c) El documento que indica la composición y el porcentaje de cada uno de los ácidos grasos esenciales, se refiere al producto “Linovera Aceite 50 ml”, la segunda variedad exigida en el PPT, sin embargo, éste no sirve para certificar la composición y proporción de ácidos grasos esenciales en el segundo de los productos, “Linovera Emulsión 100 ml”, ya que estos extremos varían según se trate de un aceite o una emulsión.

d) La pretensión del recurso consiste en la anulación del acuerdo de adjudicación en lo relativo al Lote 71 y que se ordene la exclusión de la oferta de B. BRAUN MEDICAL, S.A. del procedimiento de licitación

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Osakidetza se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) De la documentación técnica aportada por BRAUN se desprende que LINOVERA® es un único producto con dos presentaciones diferentes: solución y emulsión. En el apartado 5 Dossier Científico LINOVERA® en las características técnicas del producto se señalan los distintos ácidos grasos con su correspondiente concentración.



b) URGO ha optado por presentar dos certificados, uno por cada variedad, pero ello no invalida la acreditación realizada por BRAUN ni le obliga a justificarlo de la misma forma.

c) El recurrente alega que la composición y la concentración de ácidos grasos esenciales difiere necesariamente en función de si se trata de un aceite o una emulsión, sin embargo, su propia oferta contradice esta afirmación ya que de los certificados aportados por ella se concluye que la solución y emulsiones ofertadas contienen la misma composición y concentración.

NOVENO: Alegaciones de los interesados

BRAUN se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) En la ficha técnica del producto “Linovera Emulsión 100 ml” se indica que aporta valor adicional al de 50 ml no en cuanto a su formulación sino por su forma de presentación y un nuevo componente, el extracto vegetal Ginkgo Biloba.

b) El recurso se presenta con temeridad, abuso del derecho y con total falta de fundamentación por lo que se solicita, además de la desestimación, la imposición de una multa.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

a) El Pliego de prescripciones técnicas y cláusulas que se consideran incumplidas

La cláusula T- ÁCIDOS GRASOS HIPEROXIGENADOS del PPT (página 41 de 69), en el que figura la descripción de las especificaciones técnicas de los productos que componen el lote nº 71, dice así:



71. ÁCIDOS GRASOS HIPEROXIGENADOS

DESCRIPCIÓN:

Ácidos grasos hiperoxigenados en solución/aceite o emulsión/leche.

CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS:

a. Composición

Ácidos grasos esenciales (oleico, linoléico, linolénico, palmítico y esteárico).

b. Propiedades

- Mejoran la hidratación de la piel y evitan la sequedad cutánea, aumentando su resistencia al rozamiento.
- Mantienen el nivel de oxigenación de los tejidos de apoyo, aumentando la microcirculación sanguínea y evitando la isquemia tisular.
- Impulsan la renovación celular epidérmica.

c. Variedades y presentaciones

71. ÁCIDOS GRASOS HIPEROXIGENADOS

Formato de presentación: podrá realizarse en mililitros (ml) ó gramos (g)

Solución 20-50 ml

Emulsión 40-100 ml/g

e. Características evaluables mediante juicios de valor

LOTE71	Puntos 50
Concentración de ácidos grasos esenciales	
Tiempo de absorción	
Capacidad hidratante	
Formato de presentación	
Efectividad prevención UPP/lesiones EEII	
Efectividad tratamiento UPP/lesiones EEII	
Bibliografía y estudios científicos	

Por su parte, la cláusula 15 del PPT (página 54 de 69) establece la documentación que han de presentar los licitadores en cada uno de los sobres que componen la oferta contractual, especificando en relación con aquel que ha de contener la documentación valorable conforme a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor y en lo que a la cuestión planteada en el recurso interesa, lo siguiente:

15.1. EN EL SOBRE C (CRITERIOS BASADOS EN JUICIOS DE VALOR)

(...)

En la documentación técnica los licitadores incluirán de forma expresa y en el siguiente orden:



(...)

- Ficha técnica actualizada.
- Descripción detallada de las características de los productos objeto de la licitación. Por cada elemento se incluirá descripción técnica, necesidades y condiciones de almacenaje, caducidades, etc. *Este documento no será necesario en el caso de que toda esta información figure en la ficha técnica.*

(...)

Las fichas técnicas y la documentación con la descripción de las características del producto deberán estar redactadas en uno de los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma (euskera o castellano).

El recurrente plantea que BRAUN omite en el sobre “C” la Descripción detallada de las características de los productos objeto de la licitación que se han de ofertar en el Lote 71, en concreto, el referido a “Linovera Emulsión 100ml”, por lo que solicita que su oferta sea excluida del procedimiento de adjudicación.

b) Contenido de la oferta de BRAUN

BRAUN presenta una ficha técnica referida a LINOVERA® y otra ficha técnica referida a LINOVERA® EMULSIÓN y en ambas se describe la composición de cada uno de los productos, con expresión del porcentaje de ácidos grasos hiperoxigenados, las indicaciones y posología de los productos y, en el caso de LINOVERA® EMULSIÓN, sus propiedades. Del contenido de dichas fichas técnicas y del folleto y documento denominado “Dossier Calidad” (página 5) incluidos en su sobre “C”, se deduce que LINOVERA® es un único producto que admite dos modos de empleo, solución o emulsión. En concreto, en el documento que consta en la sección 4 de la oferta de BRAUN, se realiza la siguiente descripción:

DESCRIPCIÓN

La gama de productos Linovera® ha sido especialmente desarrollada para su aplicación sobre pieles frágiles y dañadas, con el riesgo de ulcerarse debido a los efectos de la presión, fricción o por causas subyacentes como alteraciones vasculares.



De la misma manera, en el apartado 2 “Características técnicas del producto” del Dossier de calidad, que figura en la sección 6 de su oferta, se especifica que:

2.- Características Técnicas del Producto.

2.1.- Materias Primas

Los productos de la gama LINOVERA® fruto de la investigación llevada a cabo por B|BRAUN Medical, en colaboración con la Universidad de Jaén y otros profesionales de la salud, incorporan en su composición elementos fundamentales e indispensables para la prevención eficaz de úlceras por presión (UPP), úlceras Vasculares y pie diabético así como las alteraciones cutáneas propias del envejecimiento.

A continuación, en el apartado 2.2.1 se describen las características de calidad del modo de empleo de solución y en el apartado 2.2.2 las de la emulsión.

Por su parte, el apartado 2.1 del “Dossier científico” (página 9), que figura en la sección 5 de la oferta, especifica el porcentaje de concentración de cada uno de los ácidos grasos esenciales que contiene el producto:

Principalmente: (1)

- **Ácido Linoléico (omcga-6): 60-70 %**
- Ácido Linolénico (Omega-3): < 0.2 %
- Ácido Oléico (Omega-9) 14-40%
- Ácido Palmítico 4-9%
- Ácido Esteárico 1-7%
- Ácido Palmitoléico: < 0.2 %
- Ácido Araquidónico: < 0.6%
- Ácido Mirístico: < 0.1%
- Ácido Gadolcico: < 0.3%

La conclusión de todo ello no puede ser otra que LINOVERA® EMULSIÓN cumple con las prescripciones técnicas exigidas. El PPT no establece la obligación de aportar la información solicitada conforme a un esquema formal concreto; lo relevante es que se tenga constancia de que los productos



ofertados no incumplen las prescripciones establecidas. En este sentido, lleva razón el poder adjudicador al afirmar que cada licitador podía optar por aportar la información solicitada de la forma que estimara conveniente.

La exclusión del adjudicatario del procedimiento de adjudicación referido al lote impugnado, pretensión del recurrente, únicamente podría efectuarse de constatarse que los productos ofertados incumplen las prescripciones técnicas mínimas establecidas en el PPT pues este documento realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que la Administración desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato (ver, por todas, la Resolución 126/2017),. No obstante, en el supuesto que nos ocupa no concurre esta circunstancia, pues de los datos que obran en la oferta del adjudicatario no se deduce su inadecuación a los requerimientos del PPT.

En todo caso, la omisión de la información referida a la Concentración de ácidos grasos esenciales no daría lugar a la exclusión del procedimiento sino a la no valoración de este criterio de adjudicación.

c) Imposición de multas por el OARC/KEAO

BRAUN solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y



el segundo, porque no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

d) Conclusión

La pretensión de anulación de la adjudicación y exclusión de la oferta de B. BRAUN MEDICAL, S.A. del procedimiento de adjudicación del lote 71 del Acuerdo Marco de referencia debe ser desestimada, pues de la información facilitada por el adjudicatario en su oferta no se deduce su inadecuación a los requerimientos del PPT.

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 LABORATORIOS URGO, S.L. contra la adjudicación del Lote nº 71 del acuerdo marco “Suministro de apósitos y productos de cura para el tratamiento de heridas y cuidado de la piel para las organizaciones de servicios de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.



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, 2018ko abuztuaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de agosto de 2018