



EB 2024/058

Resolución 174/2024, de 26 de septiembre, 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 DEXTRO MEDICA, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material fungible para oxigenoterapia, aerosol terapia y espirometrías para la OSI Araba (Lote 9)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de abril de 2024 ha tenido entrada 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 DEXTRO MEDICA, S.L., (en lo sucesivo, DEXTRO) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material fungible para oxigenoterapia, aerosol terapia y espirometrías para la OSI Araba (Lote 9)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo 9 de abril 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 9 y 18 de abril de 2024.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 12 de abril, el 17 del mismo mes se han presentado alegaciones por OIZ MEDICAL, S.L. (en adelante, OIZ), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de F.R.M., que actúa en nombre y representación de DEXTRO.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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 podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) La oferta de OIZ debió ser excluida por incumplir varios requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); concretamente:

- Toda la documentación aportada por OIZ era de su propia elaboración no del fabricante del producto a suministrar y de la comparación entre la documentación aportada por la adjudicataria y el manual del fabricante se observan discrepancias, como que OIZ indica que se trata de un “Nebulizador de malla vibratoria”, tal y como exige el Pliego, mientras que el manual dice que es un “nebulizador de malla portátil” y en el marcado CE se dice que es un “Nebulizador ultrasónico”.
- Otro requisito que OIZ incumple es el relativo a que el dispositivo “No ha de precisar limpieza entre usos”, ya que el manual de usuario establece que el dispositivo debe limpiarse tras cada uso.
- El siguiente requisito que se incumple es el relativo a que el dispositivo tenga una durabilidad de hasta 28 días intermitentes o días en nebulización continua, pues no se especifica en la documentación aportada dato alguno al respecto.
- El siguiente requisito incumplido es el que hace referencia a que el tamaño de la partícula oscile entre 1-5 μm , ya que mientras que en la memoria se afirma que las partículas se encuentran en ese rango, el manual de usuario señala que el Diámetro aerodinámico mediana de la masa (MMAD) es $<5 \mu\text{m}$.

b) Por otro lado, ha existido un error en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, en particular, en el relativo a la “compatibilidad y uso con cualquier ventilador”. Al respecto, ha de señalarse que la UCI del Hospital de Txagorritxu

dispone de ventiladores Hamilton que no son compatibles con el producto ofertado por la adjudicataria.

c) Finalmente, se solicita:

- Declarar la nulidad del acuerdo de adjudicación.
- La exclusión de la oferta de OIZ y retroacción de las actuaciones para que el órgano de contratación adjudique el contrato a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de OIZ

La adjudicataria impugnada alega, en resumen, lo siguiente:

a) OIZ puso a disposición del órgano de contratación una suerte de muestras del producto ofertado, todo ello con el objeto de que los técnicos del órgano de contratación las utilizaran y las probaran en su entorno de trabajo al objeto de que pudieran valorarlas y comprobar que lo ofertado cumple con lo establecido en los pliegos, así como en la documentación aportada por OIZ en la licitación.

b) En relación con lo manifestado por la recurrente sobre la documentación técnica presentada, se aporta como Documento nº 1 del presente escrito de oposición Declaración de Autenticidad firmada por Doña Yedda Zeng, Directora de Feellife Health Inc., empresa fabricante del Nebulizador “AirICU” mediante la que se certifica que todos los documentos incorporados en dicha certificación y que han sido aportados por OIZ MEDICAL al expediente, son auténticos y han sido aprobados por Feellife Health Inc.

c) No ha existido error alguno en la valoración de la oferta de OIZ. Así:

- Sobre el supuesto incumplimiento de la nebulización de malla vibratoria, el órgano de contratación lo ha podido constar en las pruebas realizadas al efecto. Asimismo, si se realiza una búsqueda en Google puede observarse en la primera página que es un producto “nebulizador de malla vibrante”. Por otro lado, la recurrente hace referencias a descripciones comerciales y no a las técnicas para su alegación.

- En lo que al requisito de no precisar la limpieza entre usos, el manual utilizado por la recurrente de manera sesgada para su alegación únicamente recomienda la limpieza del líquido sobrante tras una nebulización, es decir, no se trata de un requisito obligatorio.
- Respecto del requisito de durabilidad de hasta 28 días intermitente o 7 días en nebulización continua requerido por los pliegos, OIZ ya manifestó en su memoria técnica que el tiempo de uso es superior a los 30 días o 200 dosis, superando la duración exigida por el PPT.
- En cuanto al tamaño de las partículas, nuevamente hay que indicar que oscilan entre el rango exigido, como lo certifica la declaración del fabricante que se aporta junto con el escrito de alegaciones.

d) En lo referente a la existencia de error en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor achacada por la recurrente, concretamente en el referido al comportamiento y manejo en el uso, ha de manifestarse que (i) no se exigía ni se valoraba la compatibilidad y uso con cualquier ventilador y mucho menos con marcas concretas como la referenciada por la recurrente (HAMILTON); y (ii) las muestras entregadas y la pruebas con ellas realizadas han acreditado la compatibilidad con los respiradores de la UCI. Hay que tener en cuenta que el dispositivo de OIZ es compatible con cualquier respirador ya que depende de conexiones en vía aérea y no del cable de conexión del respirador, sea este de la marca que sea.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

a) En lo que respecta a los presuntos incumplimientos de las prescripciones técnicas, se indica que están basados en el “Manual de Usuario del fabricante FEELLIFE”, documentación no solicitada por los pliegos. Sin embargo, los

informes médicos han sido realizados en base a la documentación técnica exigida y presentada por las empresas licitadoras, así como las muestras que de forma obligatoria había que aportar.

b) Así, (i) tras el análisis de la documentación aportada por OIZ y las pruebas clínicas efectuadas con las muestras aportadas ha quedado acreditado que el producto ofertado es un nebulizador de malla vibratoria; (ii) se limpia el líquido sobrante, no el dispositivo y la limpieza tras cada uso se trata de una recomendación del fabricante que ha de hacerse una vez a la semana, lo que es habitual y aconsejable en todo equipo en relación a las normas de higiene; (iii) en lo que a la durabilidad respecta, ha quedado acreditada la misma; y (iv) en cuanto al tamaño de la partícula, el MMAD del dispositivo ofertado por OIZ es prácticamente el mismo que el de la recurrente y ambas se encuentran en el rango $^{\circ}1-5\text{ }\mu\text{m}$.

c) En cuanto a la incorrecta valoración del criterio Compatibilidad y uso con cualquier ventilador, en el pliego no se exige conexión ni sincronización del nebulizador con marcas concretas de ventiladores. Tras el análisis de la documentación y las pruebas clínicas efectuadas con las muestras aportadas se ha comprobado que el dispositivo de OIZ es compatible con cualquier respirador, ya que depende de las conexiones en vía aérea y no del cable de conexión de cada respirador.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS

(...)

Nº LOTE	DENOMINACIÓN	
9	MATERIAL NEBULIZACIÓN MALLA VIBRATORIA PARA VENTILACIÓN MECÁNICA	
	1	NEBULIZADOR MALLA VIBRATORIA PARA VENTILACIÓN MECÁNICA - Dispositivo de malla perforada con orificios calibrados que permita la nebulización del fármaco por vibración, creando partículas de un tamaño de 1-5 µm. - Para el uso con distintas terapias ventilatorias: ventilación mecánica invasiva y no invasiva, alto flujo y sin soporte ventilatorio. - La malla no debe calentar ni degradar la medicación, siendo apta para cualquier medicación aprobada para nebulización. - Uso para un solo paciente. - Durabilidad de, al menos, hasta 28 días de forma intermitente o 7 días en nebulización continua. - No ha de precisar limpieza entre usos. - Nivel de ruido inferior a 40dB medidos a 1 m de distancia. - Libre de látex.
	2	ADAPTADOR EN T 22MM PARA MALLA VIBRATORIA - Adaptador en T para conectar el nebulizador de malla vibratoria en circuitos para ventilación mecánica de 22mm, tanto secos como de humidificación activa. - Uso para un solo paciente. - No ha de precisar limpieza entre usos. - Libre de látex.
	3	ADAPTADOR EN T 15MM PARA MALLA VIBRATORIA - Adaptador en T para conectar el nebulizador de malla vibratoria en circuitos para ventilación mecánica de 15mm, tanto secos como de humidificación activa. - Uso para un solo paciente. - No ha de precisar limpieza entre usos. - Libre de látex.

PCAP:

(...)

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

1- CRITERIOS TÉCNICOS: máximo 50 puntos

La valoración técnica se realizará comparativamente sobre la documentación técnica y/o muestras correspondientes a los artículos objeto de licitación. Se valorarán también aquellas características técnicas innovadoras no previstas en el PPT y que sean de interés, de acuerdo con las siguientes puntuaciones:

ASPECTOS A VALORAR	PUNTUACIÓN
❖ Comportamiento y manejo en el uso: - Funcionalidad y manejabilidad de los materiales. - Facilidad de manipulación - Ergonomía. - Confortabilidad para el paciente.	24 puntos
❖ Calidad de los materiales y seguridad del paciente y profesional - Seguridad del paciente: beneficio y/o riesgo potencial para los pacientes (seguridad en su uso, correcta identificación del producto, composición...) - Seguridad del profesional: beneficio y/o riesgo potencial para los profesionales	24 puntos
❖ Servicio postventa - Formación y adiestramiento - Capacidad de respuesta ante incidencias con el material	2 puntos

Sólo continuarán en el proceso de adjudicación aquellas propuestas que alcancen en esta fase al menos 25 PUNTOS, límite mínimo establecido como UMBRAL, siendo eliminadas las que no superen esta cifra.

En síntesis, el recurso se fundamenta, por un lado, en el incumplimiento de una serie de prescripciones técnicas y, por otro, en la existencia de errores y arbitrariedad en la valoración de las ofertas. A continuación, se exponen las consideraciones del OARC/KEAO al respecto:

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas por OIZ

La recurrente alega que la oferta de OIZ incumple las prescripciones establecidas en el PPT relativas a (i) que el nebulizador sea de malla vibratoria, (ii) que el dispositivo no ha de precisar de limpieza entre usos, (iii) que el dispositivo tenga una durabilidad de hasta 28 días de forma intermitente o 7 días en nebulización continua, y (iv) que el tamaño de la partícula nebulizada oscile entre 1-5 μm . No obstante, este OARC / KEAO no advierte dichos incumplimientos en la oferta recurrida por las siguientes razones:

- 1) La forma de acreditación de la conformidad del producto ofertado con el PPT establecida en el PCAP (cláusula específica 24.3) consiste en toda aquella documentación relativa al cumplimiento de prescripciones técnicas y toda aquella acreditativa para la valoración de los criterios basados en juicios de valor; en particular y en lo que a este recurso interesa: • Ficha descriptiva con indicación de las características técnicas, composición, diseño, estructura y elementos constituyentes de cada uno de los lotes ofertados. • Catálogos y folletos en cualquiera de los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma, o en su defecto con traducción del contenido. • Necesidades y condiciones de almacenajes, caducidades, etc... Este Órgano ha contrastado en el expediente remitido por el poder adjudicador que la adjudicataria adjuntó con su oferta técnica la documentación que prueba dicha conformidad en los términos exigidos por los pliegos, incluyendo catálogo, ficha técnica, certificados del fabricante, declaración de conformidad CE y compromisos medioambientales (archivo 10.Juicios de valor OIZ 7z). Asimismo, consta que toda la documentación presentada por la adjudicataria se encuentra validada por la fabricante del producto.
- 2) Además, los pliegos exigen la presentación indispensable de las muestras necesarias para la valoración de los productos a ofertar. A juicio de este

Órgano, en el presente procedimiento se ha realizado un examen de la documentación técnica aportada y posteriormente se han realizado las demostraciones que preveía en el apartado 7 PPT para observar el cumplimiento de las características técnicas y proceder a su valoración. Es decir, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación se basa en la información contenida en la documentación de las proposiciones y también en la aplicación real de los productos en las pruebas realizadas al efecto por los profesionales de Osakidetza, tal y como exige la literalidad del Criterio 1 que consta en la cláusula específica 22.2.1 del PCAP. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la condición general 12.2.1 en relación con la cláusula específica 20.5 del PCAP dispone que la presentación de ofertas se realizará por medios electrónicos a través de la plataforma KONTRATAZIO PUBLIKOA EUSKADIN / CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUSKADI, por lo que sólo los documentos que se han aportado de dicha forma constituyen parte de la oferta.

- 3) A la vista de lo manifestado en los apartados 1) y 2) anteriores, examinada la documentación que forma parte de la propuesta y las alegaciones del recurso, se observa que no existen los incumplimientos denunciados, más allá de una diferencia en la descripción del producto, que no desdice que la técnica ofertada sea la misma que la exigida en el PPT. En concreto, el tamaño de la partícula está en el rango exigido en el PPT (página 2 del catálogo incluido en la oferta), el tiempo de duración del dispositivo es superior al exigido en el PPT y no precisa de limpieza entre usos (página 4 de la Memoria Técnica).
- 4) Por otro lado, la recurrente pretende desvirtuar la presunción de veracidad o acierto del que goza el informe técnico emitido por la Comisión Técnica -que considera que el nebulizador ofertado por la adjudicataria cumple con las características exigidas- con un documento denominado “Manual de usuario del fabricante Feellife”, que no forma parte de la oferta. Este Órgano ya ha manifestado con anterioridad (ver, la resolución 45/2020) que es irrelevante lo que pueda deducirse de catálogos públicos o páginas web a los que haya accedido el recurrente, y ello por dos razones: la primera,

porque la forma de acreditación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigida por los pliegos es la documentación técnica aportada con la proposición y no ninguna otra (ver, por ejemplo, la Resolución 195/2019 del OARC / KEAO), y la segunda, que no puede considerarse como parte de la oferta el contenido de documentos que no se han incluidos en ella, que no están protegidos por el secreto exigido en la LCSP hasta su apertura y que, además, pueden ser objeto de modificación 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)

- 5) Finalmente, debe recordarse que este Órgano ha señalado que una decisión tan grave como la exclusión de una proposición debe fundarse en una causa clara y atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad y transparencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 67/2014 y 183/2019 del OARC / KEAO), lo que no puede decirse que suceda en este caso, en el que el recurrente pretende excluir la oferta del adjudicatario sustituyendo el juicio del órgano de contratación por el suyo propio, necesariamente parcial e interesado, lo que no es aceptable.

b) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

La recurrente plantea una indebida aplicación por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de varios de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor; concretamente, la relativa a la compatibilidad y uso con cualquier ventilador.

b.1) Doctrina general sobre la discrecionalidad técnica

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 092/2021) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí

debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

b.2) Aplicación al presente supuesto

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad, con un informe técnico conocido por el recurrente que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado. Frente a ello, no se ha acreditado que se haya incurrido en infracción de ningún principio básico de la

LCSP, lo que conduce a la desestimación de este motivo impugnatorio. En especial, se observa lo siguiente:

- 1) Constan los aspectos de las ofertas que se han tomado en consideración para efectuar la evaluación respecto de cada uno de los parámetros. Así, se han analizado las fichas técnicas y las muestras aportadas por cada una de las ofertas con relación a los parámetros que se tienen en cuenta a la hora de valorar.
- 2) Sobre dichos aspectos se han emitido juicios de valor, vinculando los materiales analizados y las puntuaciones otorgadas a cada una de las proposiciones. En este sentido, se observan en dichos apartados expresiones o locuciones como (Uso sencillo, se complica el montaje, fácil manejo, etc.) que se consideran determinantes a la hora de justificar las diferencias de puntuación entre las ofertas de las licitadoras.
- 3) La alegación de la recurrente acerca de que la incompatibilidad del nebulizador de OIZ con los respiradores de la marca HAMILTON que se encuentran en el hospital de Txagorritxu debe conllevar la exclusión de la oferta de aquélla no puede aceptarse, ya que, en primer lugar, en ningún apartado de los pliegos se requiere la citada compatibilidad y en segundo lugar y en todo caso, debe recordarse la doctrina de este Órgano según la cual la falta de cumplimiento (o de acreditación documental) de un criterio de adjudicación solo puede llevar consigo, en su caso, la obtención de una menor puntuación en el mismo, pero no la exclusión de la oferta, como pretende la recurrente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 116/2022 y las que en ella se citan).

c) Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe ser íntegramente 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 interpuesto por la empresa DEXTRO MEDICA, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material fungible para oxigenoterapia, aerosol terapia y espirometrías para la OSI Araba (Lote 9)”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 esta (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, 2024ko irailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de septiembre de 2024