

**ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI**  
**RESOLUCIÓN 39/2016**

**EB 2016/017**

Resolución 039/2016, de 29 de marzo de 2016, del 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 Baxter, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación del “Suministro de gel sellador hemostático para el servicio de neurocirugía-Organización Sanitaria integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Con fecha 1 de febrero 2016 tuvo 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 Baxter, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación del “Suministro de gel sellador hemostático para el servicio de neurocirugía-Organización Sanitaria integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

SEGUNDO: En el recurso se interesó como medida provisional la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del recurso. Mediante Resolución B-BN 003/2016, de 8 de febrero, el OARC / KEAO estimó la petición.

TERCERO: No constan en el expediente más interesados que el poder adjudicador y el propio recurrente.

**II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don P. A.E. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada. En el presente caso se trata de un contrato de suministro con un valor estimado de 275.500 €, por lo que el contrato se halla en el ámbito de competencia de este OARC/KEAO.

TERCERO: El artículo 40.2. a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en debida forma y dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En síntesis, el recurso se basa en los siguientes motivos:

a) Incorrecta configuración del criterio de adjudicación referido al precio por vulnerar el principio de compra pública pues la cláusula 5 del PPT establece que la forma de determinación del precio será el mililitro de producto ofertado, pero el producto a comprar se comercializa, independientemente del laboratorio, en envases de un solo uso que, por lo tanto, deben ser consumidos por unidades completas dando lugar a la ecuación (1 envase/producto= 1 paciente). Esta equivalencia responde a razones de eficacia en el uso de los productos (capacidad selladora) y de seguridad sanitaria pues una mayor concentración de trombina es capaz de disminuir el tiempo a la hemostasia (capacidad sellante y no productos eventos adversos). Un dato de la relevancia del envase es que el poder adjudicador lo configura tanto como una prescripción técnica como criterio de adjudicación pues no se venden “a granel”

b) Criterios de evaluación “no” automática (calidad técnica) insuficientemente definido en los pliegos al no fijarse el pertinente recorrido en la ponderación pues únicamente establecen la puntuación máxima y mínima sin establecer la forma en la que se otorgarán las puntuaciones relativas o intermedias.

c) Concurrencia de las causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores, en concreto, la del art. 32.a) del TRLCSP en relación con la del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por vulnerar el criterio de valoración subjetivo las normas esenciales de selección de proveedores y el criterio de precio por no perseguir la finalidad de una compra pública eficiente.

SEXTO: Por su parte, el poder adjudicador, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El procedimiento hoy impugnado es fruto de la Resolución del OARC / KEAO 116/2014, que estimó el recurso de Baxter, anulando unas características concretas del volumen de presentación y el origen porcino de la gelatina. En este recurso Baxter comparaba los dos productos más habituales en el mercado, el Floseal, que se presenta en envases de 5 ml. con una concentración de trombina de 400 U.I. por ml., comercializado por Baxter, y Surgiflo que se presenta en envases de 8 ml. con una concentración de trombina de 250 U.I. por ml. Ambos tienen en el mercado un precio similar (en torno a los 250 €). Lo que realmente impugna la recurrente no es el criterio de adjudicación sino la elección del mililitro como unidad de medida, cuando esta elección se ha realizado con el objeto de una compra pública más eficiente pues el problema de la recurrente es que su producto es más caro que otros.

b) El recurrente afirma que la unidad de medida debe ser el “envase del producto” pues el producto se utiliza en envases de un solo uso pero esto no significa que se utilice una sola vez pues en las intervenciones quirúrgicas de neurología lo más frecuente es que para un paciente o en una sola sesión se requiera más de un envase de gel sellador y, por ello, no es indiferente el volumen de cada envase y la experiencia acumulada confirma que la presentación que permite una utilización más eficiente del producto sería la de 7,5 ml. En cuanto al nivel de concentración de trombina por ml., el poder adjudicador aporta el estudio «The safety and biocompatibility of gelatin hemostatic matrix in neurosurgical procedures» que concluye que a partir de cierta cantidad de unidades de trombina por unidad de medida, el efecto de la hemostasia es el mismo y no por tener más trombina ejerce una hemostasia más rápida.

c) En el criterio “calidad técnica”, evaluable mediante un juicio de valor, se indican los aspectos que se van a tener en cuenta en la valoración y, para cada uno de ellos, se indica el rango de puntuación.

SÉPTIMO: Los pliegos del anterior contrato de suministro de gel sellador hemostático promovido por el Hospital Universitario de cruces fueron recurridos por Baxter por entender que la exigencia del envase de 8 ml. limitaba la participación en el procedimiento a otros geles con presentación en volúmenes diferentes y por exigir una especificación técnica de gelatina de origen porcino. El recurso fue estimado por la Resolución 116/2014, de este OARC/KEAO y el apartado primero de su parte dispositiva señalaba lo siguiente:

«PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Baxter, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación del suministro de material para el servicio de neurocirugía del Hospital Universitario de Cruces, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza, y anular las prescripciones técnicas del lote 10.»

En relación con la impugnación de los pliegos dictados en ejecución de una resolución previa de este OARC / KEAO, en la Resolución 26/2015 se manifestaba lo siguiente:

«El recurso especial persigue un efecto útil, que consiste en la posibilidad de que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros). No obstante, este principio ha de conjugarse con el de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665, en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (STJUE asunto C-470/1999, párr. 75).

La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita.

Este es el supuesto que concurre en el motivo impugnatorio tercero referido a la experiencia de los profesionales vinculados al contrato y del motivo impugnatorio quinto, referido a varias cláusulas del PPT; todas ellas cláusulas que figuraban en el pliego inicial y que no fueron recurridas en su momento, razón por la cual estos motivos han de ser desestimados.»

Consecuentemente, si las cláusulas que ahora se impugnan se hallaban en el los pliegos de la licitación anteriormente impugnada y que se resolvió en la Resolución 116/2014, se debe considerar que el plazo de presentación del recurso ha precluido y, por consiguiente, el recurso se halla fuera de plazo. Por el contrario, si se trata de una cláusula nueva, bien porque se haya dictado en ejecución de la mencionada Resolución 116/2014, bien porque se haya modificado la cláusula original, se entrará a analizar el recurso.

OCTAVO: El recurrente considera que el criterio de adjudicación evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas “Valoración económica”, está incorrectamente configurado pues la valoración se realiza sobre el precio ofertado por mililitro de producto y no sobre envase de presentación. En realidad, el recurrente no está impugnado el criterio de adjudicación sino la forma de determinar el precio del contrato. Precisamente, esta es una de las cláusulas que se ha modificado como consecuencia de la ejecución de la Resolución 116/2014 por lo que, al ser una cláusula nueva, procede entrar a examinar el recurso en este punto.

El artículo 87.2 del TRLCSP, establece varias posibilidades conforme a las cuales determinar el precio del contrato dejando al órgano de contratación libertad para decidir por cuál de ellas decantarse. Así, el precio podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. La elección por una forma u otra la deberá realizar el órgano de contratación atendiendo al objetivo de estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiente utilización de los fondos consagrado en el art. 1 del TRLCSP.

En el contrato que nos ocupa, en la base 2.A del Pliego de bases técnicas se señala que «los precios máximos se entienden unitarios para la unidad de medida solicitada», siendo ésta la del mililitro según la cláusula 5 del PBT que dispone que «la unidad de medida de contratación será el mililitro. Los licitadores tendrán que ofertar un precio por ml. de producto independientemente de su forma o envase de presentación.»

El sistema de determinación del pliego referido a unidades en mililitros y no en envases no resulta incompatible con la prestación ni tampoco obedece a una decisión arbitraria del órgano de contratación, toda vez que ésta se halla justificada en la necesidad de obtener el mayor ahorro económico posible.

Por otra parte, los argumentos aportados por el recurrente son convincentemente desmontados por el poder adjudicador en su informe, en cuanto que explica por qué la valoración del envase es relevante al afirmar que en una intervención se requiere de más de un envase de gel sellador y, por la experiencia acumulada, el más eficiente resulta el de 7,5 ml. y, por otra, aportando un informe científico que concluye que a partir de una cierta cantidad de unidades de trombina por unidad de medida, el efecto de la hemostasia es el mismo.

Finalmente, procede señalar que la configuración del contrato es una competencia del órgano de contratación cuyo ejercicio, una vez que se ha comprobado que tal configuración no es arbitraria, no puede verse impedido por las exigencias de las empresas interesadas, que no tienen un derecho absoluto a que la documentación contractual les sea favorable.

Todo ello lleva a desestimar este motivo de impugnación.

NOVENO: Se recurre, asimismo, el criterio de adjudicación "Calidad técnica". Este criterio de adjudicación figuraba en el PCAP anteriormente impugnado con la igual ponderación y no fue debidamente recurrido en su momento. Consecuentemente, de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución, se ha de considerar que es una impugnación extemporánea, por haber recluso el plazo de presentación del recurso, por lo que debe ser desestimada.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

### **III.- RESUELVE**

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Baxter, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación del “Suministro de gel sellador hemostático para el servicio de neurocirugía-Organización Sanitaria integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada mediante Resolución B-BN 003/2016, de 8 de febrero, el OARC / KEAO estimó la petición.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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.