

Recurso 372/2018**Resolución 60/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 7 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.** contra la Resolución, de 28 de septiembre de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de apósitos para los centros sanitarios adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería” (Expte. 0000026/2018), respecto a la **agrupación núm. 3 (lotes 15 y 16)**, promovido por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 27 de febrero de 2018 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. El 9 de marzo de 2018 el citado anuncio también fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 60.

El valor estimado del contrato asciende a 871.440,05 euros.



SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Asimismo, en cuanto al procedimiento de recurso habrá de estarse a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello en virtud de lo dispuesto en su disposición transitoria primera de la citada Ley.

TERCERO. Con fecha 25 de julio de 2018, la entidad COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. (en adelante, COLOPLAST), presentó escrito en el Registro del órgano de contratación solicitando la exclusión de la oferta presentada por la empresa BSN MEDICAL, S.L.U. Tal petición fue desestimada por el órgano de contratación mediante escrito de fecha 6 de agosto de 2018.

CUARTO. Tras la subsiguiente tramitación del procedimiento, el 28 de septiembre de 2018 se dictó resolución por la que se adjudicaron los dos lotes que integran la agrupación núm. 3 del contrato a la entidad BSN MEDICAL, S.L.U. (en adelante, BSN). El 8 de octubre de 2018 la citada resolución fue publicada en el perfil de contratante, siendo notificada a la entidad COLOPLAST, mediante correo electrónico, el 17 de octubre de 2018.

QUINTO. El 16 de octubre de 2018, COLOPLAST presenta nuevamente escrito en el Registro del órgano de contratación solicitando acceso al expediente de contratación; en concreto, a la documentación técnica y muestra de productos aportados por BSN para la licitación de los lotes de la agrupación núm. 3, efectuándose dicho trámite el día 22 de octubre de 2018.

SEXTO. Con fecha 30 de octubre de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por COLOPLAST contra la citada resolución de adjudicación, respecto a la agrupación de



lotes núm. 3.

SÉPTIMO. Por la Secretaría de este Órgano, el 31 de octubre de 2018, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado el 7 de noviembre de 2018.

OCTAVO. Mediante escrito de 9 de noviembre de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la otra entidad licitadora, BSN, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Dicha entidad, que resultó adjudicataria de la mencionada agrupación núm. 3 (lotes 15 y 16) del contrato, presentó alegaciones dentro del plazo otorgado el 16 de noviembre de 2018.

NOVENO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.



TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 871.440,05 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1a) y 2c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

Por su parte, la disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 dispone que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 8 de octubre de 2018, pero no fue notificada a la empresa recurrente mediante correo electrónico hasta el 17 de octubre, por lo que el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 30 de octubre de 2018 se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente considera que la resolución de adjudicación se halla incurso en causa de nulidad y, en consecuencia, solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la admisión de ofertas, al objeto de que pueda ser apreciado en la proposición presentada por BSN el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (PPT), que debe conllevar la exclusión de dicha oferta con respecto a los lotes que componen la agrupación núm. 3.

Funda su pretensión en una supuesta contravención o inobservancia de uno de los requerimientos técnicos exigidos a las ofertas en el PPT. Para ello, alega que el producto ofertado por la empresa adjudicataria para los lotes 15 y 16, “Cutimed Siltec Border”, no se corresponde con el artículo referenciado con el Código del Catálogo SAS SU.PC.SANI.01.00.01.200052, exigido en los pliegos rectores de la licitación y que identifica al producto apósito de espuma de poliuretano y poliacrilato con silicona, sino con el relativo al código SU.PC.SANI.01.00.01.200038 -apósito de espuma de poliuretano con silicona-. Y este hecho -la oferta de productos con “Código SAS” diferente al exigido- es el que provoca, a la postre, el incumplimiento de prescripciones técnicas, pues supone que los bienes ofertados por la adjudicataria no posean ninguna capa de poliacrilato 100%, componente a juicio de COLOPLAST esencial y que determina la selección del código expresado en los pliegos, por lo que estima que se ha producido una vulneración de un requisito mínimo de obligado cumplimiento que debe llevar aparejada la exclusión de la proposición de la entidad que ha resultado adjudicataria.

Manifiesta la recurrente que ha podido llegar a la anterior conclusión tras el examen, tanto de la documentación técnica de la oferta como de la muestra de producto aportada por BSM, en el acto de vista de expediente llevado a cabo en la sede del órgano de contratación el 22 de octubre de 2018, así como gracias a la información que sobre el producto “Cutimed Siltec Border” consta en la página web de la adjudicataria. A tal efecto acompaña como anexo al recurso supuestamente la ficha



técnica de aquel artículo -reproduciendo un extracto de la misma en el propio escrito de recurso-, en la que se puede comprobar que adolece del componente poliacrilato.

En base a todo lo anterior, sostiene COLOPLAST que, atendiendo a la consideración de los pliegos como ley entre las partes conforme a lo dispuesto en los artículos 115 y 116 del TRLCSP, la no exclusión de la proposición de la adjudicataria por incumplimiento de prescripciones técnicas supone para el órgano de contratación haber ido contra sus propios actos. Y dado que los pliegos no fueron impugnados por ninguna entidad en el momento procedimental oportuno, la admisión de una oferta y posterior adjudicación del contrato, con clara infracción de aquellos, provoca al mismo tiempo haber conculcado los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

En este sentido, fundamenta este último alegato sobre vulneración de principios básicos de la contratación pública con la regulación contenida en los artículos 1 y 139 del TRLCSP y con doctrina de otros órganos de resolución de recursos, precisando, con respecto a la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación, que su oferta ha debido competir en el procedimiento de adjudicación con la de otro licitador que no ajustó su proposición a las especificaciones técnicas definidas con carácter previo por el órgano de contratación en el PPT.

Finaliza, pues, sus argumentos considerando que la resolución de adjudicación, en lo relativo a la agrupación de lotes núm. 3, deviene nula de pleno de derecho al haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, incurriendo, por tanto, en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por su parte, en el informe al recurso el órgano de contratación rebate los alegatos de la recurrente y manifiesta, en síntesis, que el extracto reproducido en el escrito de recurso corresponde a la ficha técnica de un producto que no coincide con el ofertado por BSN para los lotes 15 y 16. Al mismo tiempo señala con respecto a la alegada



ausencia en el bien ofertado de una capa de partículas 100% de poliacrilato, que se trata de un porcentaje definido de manera unilateral por la recurrente, no exigido en el Banco de Bienes y Productos del Servicio Andaluz de Salud (SAS) ni en los pliegos.

En definitiva, plantea el órgano de contratación que, dado que la controversia se suscita en torno a la valoración de un criterio sujeto a juicio de valor nos hallamos ante una cuestión que afecta a la discrecionalidad técnica, pues en tal informe se ha basado el órgano de contratación para adjudicar los lotes que integran el contrato, con el objetivo de seleccionar las ofertas económicamente más ventajosas. Por todo ello solicita la desestimación del recurso, al entender que su actuación ha sido conforme a lo estipulado en los pliegos y respetuosa con los mencionados principios que rigen la contratación pública, así como la imposición de multa a la recurrente por temeridad y mala fe.

Por último, BSN en su escrito de alegaciones aduce al igual que el órgano de contratación -junto con otras alegaciones que constando en las actuaciones del procedimiento de recurso aquí se dan por reproducidas- que la ficha técnica incluida en el recurso no coincide con la del producto que presentó con su oferta.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar la cuestión suscitada en el recurso que afecta, como ya se ha indicado, a la adjudicación de la agrupación núm. 3 del contrato (lotes 15 y 16).

Estos lotes se describen en el Anexo I al PPT del modo siguiente: *“APÓSITO DE ESPUMA DE POLIURETANO Y POLIACRILATO CON SILICONA (...)”*

A la vista de esta descripción se observa que es un requisito técnico del producto que este contenga entre sus componentes la sustancia “poliacrilato”. A juicio de la recurrente, el artículo ofertado por la adjudicataria carece de dicho componente, extremo este que niegan tanto el órgano de contratación como la empresa adjudicataria.



Asimismo, en el informe técnico de la comisión de valoración de los criterios “no automáticos”, de 17 de mayo de 2018, puesto de manifiesto en el recurso y adjuntado a la resolución de adjudicación, se recoge, para la oferta de BSN respecto a los lotes 15 y 16 de la agrupación núm. 3, *“El producto cumple las prescripciones técnicas del pliego y aporta alguna mejora respecto a la calidad. Borde adhesivo para buena adaptación y retirada.”*

Por todo ello, pese a lo manifestado por el órgano de contratación en su informe relativo a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica, el análisis del recurso debe centrarse en verificar si se ha producido el incumplimiento alegado, una cuestión objetiva y carente, en principio, de cualquier juicio valorativo de carácter técnico.

En este sentido COLOPLAST, aparte de afirmar el citado incumplimiento del PPT por parte de la oferta de BSN, no fundamenta ni acredita debidamente tal alegato, como debería haber hecho según las reglas generales de carga de la prueba. Al respecto, se limita a presentar junto con su recurso, una ficha técnica que afirma corresponde al producto que oferta la adjudicataria para los lotes impugnados, “Cutimed Siltec Border”, y en la que efectivamente no figura el poliacrilato como uno de los componentes, pero en ningún momento especifica la procedencia de esta ficha o a través de qué medio la obtuvo.

Frente a ello, tanto el órgano de contratación como la adjudicataria declaran que la ficha técnica aportada por la recurrente corresponde a otro producto. En tal sentido, según obra en el expediente que ha sido remitido a este Tribunal, consta en la ficha técnica del producto “Cutimed Siltec Border” incluida por BSN en el denominado sobre 2 -documentación técnica- la siguiente composición:

“El producto se estructura en cuatro capas laminadas: (...)

2-Capa de tiras superabsorbentes de poliacrilato que incrementan la capacidad de absorción y bloquean el exudado (...)”

Por tanto, el órgano de contratación sí fundamenta su tesis, es decir, la composición del producto “Cutimed Siltec Border” cumpliendo las prescripciones técnicas exigidas



en el pliego. Debemos entender por ello que la ficha técnica aportada por la recurrente no desvirtúa la que obra en el expediente de contratación y que ha podido ser examinada por este Tribunal, lo que ha permitido contrastar el hecho de que el poliacrilato sí figura entre los componentes de aquel producto.

Lo cierto es que la recurrente funda su argumento en una ficha técnica -cuyo origen desconocemos- que no es la aportada en la licitación por BSN. La ficha técnica incluida en el expediente de contratación es la ofertada por la entidad adjudicataria y sí tiene la composición exigida en el PPT. No combate COLOPLAST la veracidad de esta última -a la que tuvo acceso, como indicamos en los antecedentes, en el acto de vista de expediente-, sino que se limita a presentar otra diferente sin probar, ni tan siquiera alegar que sea la válida frente a aquella. Y respecto al mencionado porcentaje de la capa de poliacrilato, efectivamente tal y como señala el órgano de contratación, el PPT no exige 100% de dicha sustancia en la capa correspondiente, por lo que vista la descripción de la ficha técnica aportada debe concluirse, sin necesidad de juicio valorativo de carácter técnico, que el producto “Cutimed Siltec Border” cumple con este requerimiento del pliego.

Por consiguiente, hemos de concluir que el producto ofertado cumple las prescripciones del PPT, debiendo desestimarse este motivo del recurso.

SÉPTIMO. En los restantes alegatos del recurso, COLOPLAST intenta sustentar su pretensión de exclusión de la oferta de BSN por incumplimiento del PPT, con los siguiente argumentos:

1. Los pliegos son la ley del contrato.
2. Se han vulnerado los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas, y en particular, el principio de igualdad de trato y no discriminación, toda vez que la recurrente se ha visto forzada a competir con la oferta de un licitador que no se ha ajustado a las especificaciones técnicas del pliego.
3. Concurrencia de causa de nulidad en el procedimiento de adjudicación.



Pues bien, una vez determinado en el anterior fundamento de derecho que la oferta de BSN cumple el PPT, decaen por sí solos los argumentos que se acaban de exponer que, además, son solo consideraciones jurídicas genéricas que no inciden ni acreditan el incumplimiento alegado.

Por lo expuesto, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el segundo alegato y con él el recurso interpuesto.

OCTAVO. Por último, debe abordarse si procede imponer multa a la recurrente por temeridad o mala fe.

Al respecto, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

Pues bien, en el supuesto examinado el órgano de contratación solicita que se aprecie temeridad y mala fe en la interposición del recurso alegando que fue presentado *“basándose en un dato a sabiendas que no es cierto, efectuando un extenso alegato sobre la base de un incumplimiento del PPT, cuando ha accedido previamente al expediente y evidenciado que no existe tal incumplimiento, intentando confundir al Tribunal con la inclusión intencionada de las características técnicas [de] una ficha de producto que no se corresponde con el que se ha presentado en esta licitación (...)”* y añade que la recurrente es reincidente en este modo de actuar, citando a estos efectos la Resolución de este Tribunal 136/2016, de 17 de junio, en la que, ante un supuesto similar, se acordaba la



imposición de multa a COLOPLAST por temeridad en la interposición del recurso.

Asimismo, BSN, en su escrito de alegaciones, declara que de la simple lectura de la ficha técnica que obra en el expediente de contratación *“se puede comprobar que la recurrente ha omitido de forma deliberada parte del contenido de la ficha técnica de CUTIMED SILTEC BORDER, de forma a crear la convicción de un incumplimiento, que en realidad no existe como tal (...)”*, concluyendo que *“la compañía COLOPLAST de forma deliberada omite información en su recurso, de forma torticera e interesada.”*

Como ha quedado expuesto en los antecedentes tercero y quinto de esta resolución, con carácter previo a la interposición del recurso COLOPLAST ya solicitó la exclusión de la oferta de BSN y asimismo accedió en el trámite de vista de expediente a la documentación técnica presentada por la adjudicataria. En este sentido, en el escrito de 6 de agosto de 2018 mediante el cual fue desestimada la petición de exclusión de la oferta de BSN, el órgano de contratación ya puso de manifiesto a la recurrente que, consultada la ficha técnica del producto “Cutimed Siltec Border”, dicho artículo sí contaba con una capa de tiras superabsorbentes de poliacrilato. Posteriormente, en el acto de vista de expediente celebrado el 22 de octubre de 2018 -como decimos, previo a la interposición del recurso el 30 de octubre- la recurrente tuvo acceso a la mencionada ficha técnica aportada por BSN en la que como se ha acreditado en los fundamentos de esta resolución sí constaba como uno de los componentes del producto la sustancia poliacrilato. Por tanto, estos hechos permiten constatar que no cabe, en el momento de interponer el recurso, alegar desconocimiento por parte de COLOPLAST del cumplimiento del requisito técnico que denuncia con respecto a la oferta de BSN.

Y como alega el órgano de contratación, la recurrente reincide con este recurso en una pretensión carente de fundamento. Efectivamente, en nuestra Resolución 136/2016 ya fue analizado un supuesto prácticamente idéntico al ahora enjuiciado. En aquella ocasión COLOPLAST interponía recurso alegando también que la oferta de la empresa adjudicataria debía ser excluida por incumplimiento de prescripciones técnicas; en concreto, denunciaba -sin acompañar prueba que lo acreditara- que un



componente del producto ofertado por la adjudicataria, en contra de las exigencias del pliego, estaba confeccionado con material conductor de energía eléctrica. De esta forma, este Tribunal declaró, en términos que resultan de plena aplicación al presente recurso que, *“sorprende, no solo que COLOPLAST interponga un recurso basándose en un dato que no acredita mínimamente, sino que, además, efectúe todo un extenso alegato sobre la base de un incumplimiento del PPT, cuando ha accedido al expediente y del mismo se evidencia que no existe tal incumplimiento.”*

Así pues, lo anterior denota temeridad en la interposición del recurso, que además ha determinado la suspensión automática del procedimiento con el consecuente perjuicio para la satisfacción de la necesidad pública que se pretende cubrir con el contrato. Este proceder de la recurrente evidencia deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, por lo que este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía mínima de 1.000 euros, toda vez que no se ha cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación o a la entidad adjudicataria, por lo que este Tribunal no dispone de datos objetivos para elevar aquel importe.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.** contra la Resolución, de 28 de septiembre de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de apósitos para los centros sanitarios adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería” (Expte. 0000026/2018), respecto a la **agrupación núm. 3 (lotes 15 y 16)**, promovido por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de la agrupación núm. 3 (lotes 15 y 16).

TERCERO. Imponer a la entidad COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A. una multa de mil (1.000) euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

