

Recurso 166/2018**Resolución 338/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PROTESIS HOSPITALARIAS, S.A.** contra el Acuerdo de la mesa de contratación, de 17 de abril de 2019, por el que se realiza la propuesta de adjudicación y se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario de video cirugías, suturas mecánicas, mallas quirúrgicas y suturas manuales. Lotes 35 y 36” (Expte. PA 3/18), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente, ente dependiente de la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 13 de marzo 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 de

suministros indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 3.150.000 euros euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) 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, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada LCSP.

TERCERO. Por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 1 de febrero de 2019, se acuerda elevar propuesta de adjudicación de los lotes 35 y 36 a favor de la empresa hoy recurrente. Mediante acuerdo de 17 de abril de 2019, la mesa propone la adjudicación de ambos lotes a las empresas que quedaron clasificadas en segundo lugar.

La entidad PROTESIS HOSPITALARIAS, S.A. (en adelante PROHOSA) el 3 de mayo de 2019 presenta en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de la mesa de contratación de 17 de abril.

CUARTO. Por la Secretaría de este Órgano, el 6 de mayo de 2019, 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 14 de mayo de 2019.

QUINTO. El 27 de mayo de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se hayan presentado ninguna.

SEXTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general 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 y 4 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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de suministros cuyo valor estimado asciende a 3.150.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de

Administración Pública y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la oferta adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. a) y 2. b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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: c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

En el supuesto analizado, la propuesta de adjudicación que contendría el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación fue publicado en el perfil de contratante el 17 de abril de 2019, sin que conste en dicho perfil y en el expediente de contratación que el mismo haya sido efectivamente notificado; no obstante, la entidad ahora recurrente manifiesta en su escrito de recurso que en dicha fecha es cuando ha conocido su exclusión, por lo que aun cuando se tome como fecha en la que ha tenido conocimiento de la posible infracción la de 17 de abril, el recurso especial presentado el 3 de mayo de 2019 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 17 de abril de 2019, de exclusión de su oferta, solicitando que, con estimación del mismo, se anule dicho acto conforme a lo alegado en el cuerpo del recurso, y se le adjudiquen los lotes 35 y 36.

Funda la recurrente su pretensión principal en una serie de alegatos que serán analizados en los siguientes fundamentos de derecho.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, se opone a los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede el examen de los motivos del recurso. La entidad recurrente alega que los lotes 35 y 36 del contrato les fueron “preadjudicados” el día 1 de febrero, habiéndole solicitado la documentación previa a la adjudicación, que fue entregada. No obstante, posteriormente le comunicaron que se iba a volver a evaluar su oferta en ambos lotes. De esta forma, se elaboró un informe final de reevaluación de fecha 1 de abril de 2019, en el cual PROHOSA es excluida de la adjudicación de ambos lotes. Alega la imposibilidad de que su oferta se valore de nuevo, que le provoca indefensión ya que el resto de licitadores conocen la propuestas económicas, y la nueva valoración se hizo conociendo la valoración económica. En definitiva, añade, el principio de competencia se ve afectado, y el de legalidad, al haberse realizado una nueva valoración técnica cuando las ofertas económicas ya se han abierto. Asimismo, con cita del artículo 35.1 y 88 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, denuncia la falta de motivación.

El órgano de contratación en su informe al recurso señala que éste tiene por objeto la decisión de excluir la oferta de la entidad recurrente por no cumplir las características técnicas obligatorias. Añade el margen de discrecionalidad técnica que la Administración tiene para valorar la proposición más ventajosa, citando tanto la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2012 como diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 408/2015, 257/2015), que reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento de acomodación de las propuestas de los licitadores a los criterios de adjudicación, sólo refutable por arbitrariedad, ausencia de toda justificación, patente error o vulneración del procedimiento, que han de ser acreditados por quien lo alegue, lo que no se da en el presente supuesto.

Alega que en este sentido, el órgano de contratación autorizó una nueva evaluación de los productos sanitarios cuestionados ante el informe elevado por la Comisión técnica evaluadora de la mesa de contratación, señalando los aspectos que fueron reconsiderados para cada uno de los lotes. Alega finalmente que en la propuesta de adjudicación comunicada en su día a la recurrente se le indicaba que ésta no le generaba ningún derecho, como ocurre en

el presente supuesto, máxime teniendo en cuenta la motivación del órgano de contratación para llevar a cabo una nueva evaluación. Por todo ello solicita la desestimación del recurso.

Expuestas las alegaciones de las partes conviene exponer los hechos más relevantes que figuran en el expediente de contratación previos a la nueva propuesta de adjudicación por la que se excluyó a la entidad recurrente.

Con fecha 1 de febrero de 2019 se eleva por la mesa de contratación propuesta de adjudicación en la que la entidad recurrente resultaba adjudicataria, entre otros, de los lotes 35, sistema obturador para incontinencia urinaria, y lote 36, sistemas de corrección de prolapsos.

Mediante escrito de 8 de febrero se requiere a la entidad que aporte la documentación previa a la adjudicación.

Mediante escrito de 20 de febrero de 2019, la comisión técnica comunica a la mesa de contratación, que los profesionales del área de urología y ginecología de la agencia pública sanitaria, dedicadas a la aplicación de las técnicas de incontinencia urinaria y suelo pélvico, les han hecho llegar una serie de cuestiones y consideraciones correspondientes a las características de los materiales correspondientes, entre otros, a los lotes 35 y 36, así como a la evaluación de los mismos que hizo la comisión técnica. Estos profesionales transmiten que las características técnicas, definidas para los lotes en cuestión, presentan falta de concreción de algunos aspectos que dificultan

la posibilidad de discriminación de los materiales más adecuados técnicamente para la práctica clínica, y que proponen sean considerados a efectos de valoración de los materiales, adjuntándose copia de los informes remitidos. Añade que según los profesionales, la evaluación técnica de los materiales de esos lotes no se realizó conforme a las especificaciones requeridas, concretando a continuación una serie de aspectos para cada lote. Finalmente solicita que se tengan en consideración estas cuestiones antes de realizar la adjudicación de ambos lotes.

El 21 de febrero de 2019 se dicta por el Director Gerente de la Agencia Pública empresarial resolución de adjudicación parcial, en la que respecto de los lotes en cuestión se señala:

“En relación a estos los lotes (Lote 35, SISTEMA OBTURADOR PARA INCONTINENCIA URINARIA y 36 SISTEMAS DE CORRECCIÓN DE PROLAPSOS) han quedado en suspenso hasta la valoración final que debe llevar a cabo de nuevo la Comisión Técnica”.

Mediante escrito de 22 de febrero de 2019 la mesa propone al órgano de contratación, a la vista de la comunicación de la comisión técnica, que se proceda a volver a evaluar la oferta de la recurrente en los lotes 35 y 36, el cual la aprueba mediante resolución de 25 de marzo de 2019, que ordena retrotraer las actuaciones al momento del informe de la comisión técnica. De conformidad con lo expuesto, se elabora un nuevo informe de evaluación de fecha 1 de abril de 2019, dictándose una nueva propuesta de adjudicación por la mesa de fecha 17 de abril en favor de las dos empresas que quedaron clasificadas a continuación de la recurrente, que es el acto recurrido

Pues bien, para dar respuesta al recurso es preciso exponer el contenido de los pliegos en aquellos aspectos que resultan relevantes. El pliego de prescripciones técnicas, en su cláusula 4, “*Características técnicas de los materiales*”, contiene tres apartados: 4.1.” *Características técnicas obligatorias*”; 4.2. “*Características técnicas evaluables*” y 4.3 “*Características técnicas adicionales*”.

El apartado 4.1, “características técnicas obligatorias”, establece:

“Los materiales ofertados por los licitadores deberán cumplir con las características técnicas obligatorias que se establecen para cada uno de los materiales que integran cada lote.

La valoración de las características técnicas obligatorias se realizará con los criterios establecidos al efecto en el apartado Criterios de adjudicación y baremo de valoración del pliego de cláusulas administrativas particulares.

El cumplimiento de las características técnicas obligatorias no supondrá la obtención de ninguna puntuación para la ofertas presentadas, salvo que tan sólo se hubieran considerado características técnicas de este tipo para los materiales, en cuyo caso todas las ofertas que cumplan íntegramente con las mismas obtendrán la máxima puntuación otorgada a este apartado.

El incumplimiento de las características técnicas obligatorias supondrá la eliminación directa de la oferta del licitador del procedimiento de licitación, y por tanto no se considerarán ni evaluarán las características técnicas evaluables y las características técnicas adicionales de estas ofertas.”

En el apartado correspondiente al lote 35, sistema obturador para incontinencia urinaria, se establece:

“CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS OBLIGATORIAS

TODOS LOS MATERIALES DEBERÁN CUMPLIR LA NORMATIVA NACIONAL Y COMUNITARIA

código 11478

-Malla polipropileno monofilamento.

-Pasador con aguja halo: consistente en un par de instrumentos de un sólo uso, uno para cada lado.

-Funda protectora de la malla con indicación del punto central y fácil retirada.”

En el segundo informe de evaluación, en el apartado relativo a las características técnicas obligatorias se indica que el producto ofertado no cumple con los dos últimos requisitos.

En cuanto al lote 36, sistema de corrección de prolapsos, el PPT establece:

“CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS OBLIGATORIAS

TODOS LOS MATERIALES DEBERÁN CUMPLIR LA NORMATIVA NACIONAL Y COMUNITARIA

códigos 35543 y 35544

- *Sistema de reparación del suelo pelviano que consta de malla de propileno, monofilamento, macro poroso, flexible, no absorbible y un juego de instrumental para facilitar la fijación tanto a la cara posterior como a la anterior.*
- *La ficha técnica del producto indicará las propiedades del producto según la normativa vigente.”*

En el segundo informe de evaluación, en el apartado relativo a las características técnicas obligatorias, se indica que “*El producto ofertado no cumple con el último de los requisitos, añadiendo que la ficha técnica que acompaña el producto no indica las propiedades del producto y no viene en castellano (según se recoge en el apartado 5 ofertas técnicas, del pliego técnico). Además de no ser flexible (exigencia como requisito obligatorio)*”.

En consecuencia, la exclusión de las ofertas de la recurrente se basa en el incumplimiento de las denominadas prescripciones técnicas obligatorias, que, conforme establece el PPT no son objeto de valoración, y que determinan en todo caso la exclusión.

Hay que partir de que el recurso no cuestiona en sí la nueva valoración de los

productos ofertados desde el punto de vista de sostener que cumplen con las prescripciones técnicas obligatorias, cuestión que en consecuencia, no es objeto de debate. El recurso se centra en que no se puede volver a evaluar la oferta sujeta a juicio de valor después de conocerse el contenido de la oferta sujeta a valoración automática.

Pues bien, desde este punto de vista ha de señalarse que no es aplicable la doctrina invocada por la recurrente al presente supuesto porque, como hemos señalado, nos encontramos ante requisitos técnicos obligatorios, como los califica el PPT, que habrían de reunir los productos ofertados, de forma que no eran objeto de valoración a los efectos de asignarles una determinada puntuación, y cuyo incumplimiento determina la exclusión. Es decir, no nos encontramos ante el supuesto de aplicación de criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, sino ante el cumplimiento de prescripciones técnicas, de forma tal que no estamos ante una valoración de ofertas.

Por otro lado, y como señala el artículo 157.6 de la LCSP, la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

En cuanto a la denuncia de la falta de motivación, que se contiene en la alegación quinta, el recurso se limita a reproducir determinados preceptos legales y jurisprudencia, a las que añade el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, sin concretar en cuáles de los motivos de nulidad de pleno derecho nos encontraríamos. No existe en esta alegación ninguna línea argumentativa en relación con el acto recurrido sobre las razones por las que denuncia la infracción de los preceptos que reproduce.

Como tiene señalado este Tribunal, el artículo 51 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifique el motivo que fundamenta el recurso.

Pues bien, en el presente caso si bien la recurrente aduce vulneración de preceptos,

no argumenta en qué modo el órgano de contratación ha infringido las normas que rigen el procedimiento de contratación. En definitiva, el escrito resulta carente de argumentación o motivación alguna en orden a la infracción cometida por el órgano de contratación, no pudiendo este Tribunal sustituir a la recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquel. Ello impide que este Órgano pueda pronunciarse sobre el contenido del recurso en este extremo.

Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en supuestos similares al presente, valgan como ejemplo, las Resoluciones 64/2014, de 25 de marzo, 35/2016, de 11 de febrero, 124/2016, de 3 de junio, 136/2016, de 17 de junio, 178/2017, de 15 de septiembre, 226/2018, de 20 de julio.

No obstante, y a mayor abundamiento, debe indicarse que tal como consta en la documentación, el 12 de marzo se remitió escrito a la recurrente en el que se indicaba que *“No obstante la propuesta de adjudicación de los lotes señalados, y con anterioridad a las Resolución de Adjudicación por parte del órgano de contratación de la Agencia Pública Sanitaria Poniente, la comisión de facultativos expertos de urología y ginecología en suelo pélvico elevó solicitud de revisión a la Dirección Asistencial, para la comprobación de la idoneidad de las características técnicas correspondientes a los materiales licitados en los lotes 35 y 36, dada su especificidad para utilización en implantes a pacientes.*

A resultas de esta solicitud se estableció un nuevo plazo para el estudio de la adecuación de las características de los materiales de los lotes referenciados a las necesidades de la práctica clínica, con objeto de emitir informe detallado al respecto, todo ello en base a la utilidad pública de los materiales fungibles que deberán ser empleados para su objeto asistencial”

Asimismo, en la resolución recurrida, la propuesta de adjudicación relativa a los lotes 35 y 36 de 17 de abril de 2019, en los antecedentes cuarto y quinto se exponen los motivos que han llevado a una nueva valoración de los productos ofertados, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

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 **PROTESIS HOSPITALARIAS, S.A.** contra el Acuerdo de la mesa de contratación, de 17 de abril de 2019, por el que se realiza la propuesta de adjudicación y se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de material fungible sanitario de video cirugías, suturas mecánicas, mallas quirúrgicas y suturas manuales. Lotes 35 y 36” (Expte. PA 3/18), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente, ente adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. 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.