

Recurso 199/2019

Resolución 374/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 7 de noviembre de 2019.

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TELEFLEX MEDICAL, S.A.U.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 6 de mayo de 2019, por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Contratación del suministro de material sanitario de grapadoras y cargas tisulares para cirugía abierta y aplicadores y clips para vasos y conductos para los centros sanitarios de la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga” (expediente 0000373/2018 CCA. 6XGUMER), -agrupación 4 (lotes 15, 16 y 17)- promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de septiembre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 187-421997 así como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del acuerdo marco asciende a 4.586.294,70 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el director gerente del Hospital Universitario Regional de Málaga, dictó resolución, de 6 de mayo de 2019, por el que se adjudicó el acuerdo marco, respecto a la agrupación 4 (lotes 15, 16 y 17) a favor de la entidad DEXTROMEDICA, S.L.. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente el 7 de mayo de 2019.

Según consta en la mencionada resolución la oferta que quedó en segundo lugar en el orden de puntuaciones fue la presentada por la entidad SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S.A. (en adelante SISTEMAS INTEGRALES) y en tercer lugar queda la presentada por la entidad ahora recurrente.

CUARTO. El 24 de mayo de 2019, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación presentado por la entidad TELEFLEX MEDICAL, S.A.U. (en adelante TELEFLEX), contra la citada resolución de adjudicación del acuerdo marco.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 27 de mayo de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso especial interpuesto y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación se recibió en este Órgano el 4 de junio de 2019.

SEXTO. Con fecha 12 de junio 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 considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad DEXTROMEDICA, S.L. (en adelante DEXTROMEDICA).



SÉPTIMO. 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 adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado asciende a 4.586.294,70 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 1 b) y 2 c) 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.»



La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece 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.»

Como se ha señalado en los antecedentes de esta resolución, el acto de adjudicación fue publicado en el perfil de contratante y remitido a la entidad recurrente, el 7 de mayo de 2019. Por tanto, de la aplicación al presente supuesto de la regulación contenida en la disposición adicional citada resulta que el recurso presentado por TELEFLEX en el Registro electrónico de este Tribunal el 24 de mayo de 2019, se interpuso dentro del plazo legal previsto para ello.

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 cuya oferta quedó clasificada en tercer lugar, considera que las proposiciones presentadas por las empresas DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES, no cumplen las prescripciones técnicas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) con relación a la agrupación número 4 (lotes 15-16-17) en lo relativo a las características exigidas para determinados bienes señalados como accesorios en su cláusula 7.1. por lo que -a su juicio- la mesa de contratación debió excluirlas.

La recurrente considera que la valoración de estas ofertas que incumplen las prescripciones del PPT supone una vulneración por parte del órgano de contratación de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de contratación, debiendo tenerse en cuenta que los pliegos son ley entre las partes. Además de lo anterior, entiende que el incumplimiento del PPT por parte de las ofertas mencionadas es de carácter objetivo y por tanto fuera del ámbito de la discrecional técnica de la Administración.

Por ello, la recurrente solicita a este Tribunal que anule la resolución impugnada y que retrotraiga las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas para que se excluyan las propuestas



anteriormente mencionadas respecto de la agrupación 4 (lotes 15, 16 y 17) y que se adjudique la misma a su favor.

Por razones metodológicas, procede ahora reproducir aquellas partes del expediente necesarias para centrar el objeto del debate y a continuación se analizará el núcleo de la controversia.

El objeto de la presente licitación lo constituye el suministro de grapadoras y cargas tisulares para cirugía abierta, aplicadores y clips para vasos y conductos, cuya adquisición viene detallada en el anexo I del PPT, en síntesis y en lo que aquí interesa, con los siguientes datos:

AG.	LOTES	CLASIFICACIÓN UNIVERSAL SAS	GC	DENOMINACIÓN G.C.
4	15	SU.PC.SANI.01.12.22.200001	C28280	CLIP HEMOSTATICO MANUAL IRREABSORBIBLE -Nº de clip:[6-6];Longitud aplicador:[29.5-29.5];Talla:grande;
4	16	SU.PC.SANI.01.12.22.200001	C28410	CLIP HEMOSTATICO MANUAL IRREABSORBIBLE -Nº de clip:[6-6];Longitud aplicador:[29.5-29.5];Talla:intermedio;
4	17	SU.PC.SANI.01.12.22.200001	C30843	CLIP HEMOSTATICO MANUAL IRREABSORBIBLE-Nº de clip:[6-6];Longitud aplicador:[29.5-29.5];Talla:mediano;

Sobre lo anterior, la cláusula 2 del PPT denominada «*características técnicas específicas y adicionales*» especifica que: «*para cada artículo objeto de licitación, será necesario que los productos ofertados reúnan las prescripciones técnicas adicionales que se especifican en el Anexo I de este Pliego*».

Consta en el expediente remitido por el órgano de contratación informe de la comisión técnica designada para la valoración de ofertas, de 25 de febrero de 2019, respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, en el que se indica que fue comprobado el cumplimiento de las características técnicas establecidas en el PPT de forma previa a la valoración de las ofertas. En este sentido, está recogido el cumplimiento del PPT por parte de las propuestas presentadas por DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES. Este informe fue aprobado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 2 de abril de 2019.



Sin embargo y como anteriormente se ha señalado, la recurrente manifiesta que las ofertas presentadas por DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES incumplen las características técnicas de los artículos que componen el material accesorio recogido en la cláusula 7 del PPT.

En este sentido, la cláusula 7 del PPT establece las características del material accesorio que puede ser ofertado por los licitadores para su valoración conforme a los criterios de adjudicación de aplicación automática, estableciendo la siguiente obligación: *«La empresa licitadora deberá especificar en la oferta referencia, marca, modelo e identidad del fabricante del artículo ofertado, según Agrupaciones de lotes y lotes individuales»*.

El material accesorio que se valora es el siguiente: *«Nº Orden 1.2.3.1 Agrupación 4ª (lotes 15 al 17). APLICADORES AUTOMÁTICOS DE CLIPS p/ Cirugía Laparoscópica.*

*- Pinza para ligadura de vasos sanguíneos en cirugía laparoscópica, compuesta de mango, vástago y punta desmontable, para introducción por trocar. Mandíbula recta o curvada en tres tamaños:
o Grande XL
o Mediana L
o Intermedia ML»*.

Sobre la valoración de este material accesorio, en el anexo del PCAP denominado *«criterios de adjudicación»* se configura el criterio *«1.2.3.1. Entrega de material accesorio»* donde se evalúa en la agrupación 4 lo siguiente: *«se asignará 10 puntos a la empresa que presente el compromiso de suministrar todos los aplicadores automáticos de clips (porta-clips y pinzas quita clips) que se consuman en la PLS de Málaga durante la vigencia del contrato»*.

Con relación a la evaluación por la mesa de contratación de las ofertas, consta en el acta de la mesa de contratación, de 2 de abril de 2019 -anteriormente mencionado-, que las tres ofertas obtienen la máxima valoración -10 puntos- respecto al criterio de adjudicación *«1.2.3.1. Entrega de material accesorio»* y las siguientes puntuaciones totales:

EMPRESA	TOTAL PUNTOS
DEXTROMEDICA	92,17
SISTEMAS INTEGRALES	85
TELEFLEX	76,26



Sobre lo anterior, TELEFLEX argumenta en su recurso que tras el trámite de vista de expediente ha podido comprobar que ninguna de las dos propuestas que obtienen mayor puntuación que la suya contienen documentación técnica sobre el material adicional ofertado, pero que, según ha podido consultar en la página web de los fabricantes de estos suministros, los mismos incumplen la característica exigida relativa a que estos sean «*desmontables*», bien porque en la web se constata que no lo son -en el caso de la oferta de DEXTROMEDICA- o bien, porque de la información disponible no se puede asegurar que así sea -en el caso de la oferta de SISTEMAS INTEGRALES-. Es por ello, que la recurrente solicita a este Tribunal que anule la resolución de adjudicación y que se retrotraigan las actuaciones para que se excluyan las ofertas de ambas entidades.

Por otro lado, el órgano de contratación se opone en el informe al recurso a las pretensiones de TELEFLEX argumentando que la recurrente afirma que las ofertas de las licitadoras que han obtenido mejor puntuación que la suya deben ser excluidas del procedimiento de licitación por incumplir las prescripciones técnicas del PPT pero que, en realidad, se refiere a unas características que debe tener el material accesorio que de forma voluntaria pueden estos ofertar no siendo, por tanto, prescripciones técnicas del suministro. Sobre lo anterior, el órgano de contratación manifiesta que se exige en el PPT la presentación de un compromiso sobre la aportación de los aplicadores y que su incumplimiento sería causa, en fase de ejecución, del inicio de un procedimiento de resolución contractual.

SEXTO. Visto lo anterior, procede ahora entrar a analizar el núcleo de la controversia que consiste en discernir si -como indica la recurrente- las ofertas de DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES debieron ser excluidas del procedimiento de licitación por incumplir las prescripciones técnicas del PPT, o si -como indica el órgano de contratación- nos encontramos con un compromiso relativo a un equipamiento accesorio que puede presentar un licitador para que su oferta sea valorada respecto a un determinado criterio de adjudicación y cuyo incumplimiento podría conllevar la exigencia de responsabilidades legales y económicas al adjudicatario por incumplimiento de las obligaciones contractuales, pero nunca la exclusión de una oferta por incumplimiento del PPT.

Pues bien, TELEFLEX al hacer referencia a los incumplimientos de las ofertas de DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES menciona en su recurso la cláusula 7 del PPT -que ha sido anteriormente reproducida- y que se refiere a un determinado material accesorio «*aplicadores automáticos de clips (porta*



clips y pinzas quita clips)» que los licitadores pueden incluir en su oferta para que la misma sea valorada respecto del criterio de adjudicación de aplicación automática *«1.2.3.1. agrupación 4º (lotes 15 a 17)»*.

La recurrente argumenta que en la vista del expediente detectó que en las ofertas de ambas entidades no se incluyó información técnica sobre sus aplicadores. Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta que en la cláusula 7 del PPT únicamente se exige que la entidad licitadora especifique *«marca, modelo e identidad del fabricante del artículo ofertado»* información que se complementa con la establecida en el anexo *«criterios de adjudicación»* del PCAP donde se especifica que se tiene que incluir en la oferta un compromiso de suministrar todo el material accesorio que se consuma por el órgano de contratación durante la vigencia del contrato. De lo anterior, este Tribunal concluye que en los pliegos no se exige la aportación de la documentación técnica a la que se refiere la recurrente, de lo que se desprende que no existe tal incumplimiento en las ofertas de DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES.

La recurrente alega que las ofertas de DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES debieron ser excluidas por incumplir el PPT, sin embargo, el supuesto incumplimiento no se refiere al objeto mismo del suministro sino, como indicamos, a un material complementario que, si es ofertado, debe ser acompañado de un compromiso.

De lo anterior, se ha de tener en cuenta que, en cualquier caso, los defectos en la oferta asociados a las características respecto a este material -los aplicadores- habrían podido conllevar la falta de valoración de la misma respecto al criterio de adjudicación de aplicación automática *«1.2.3.1. Entrega de material accesorio»* y por tanto la pérdida de los 10 puntos con los que el mismo está ponderado, pero nunca la exclusión de la propuesta por este motivo puesto que no existe un incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas.

En este sentido, hay que tener en cuenta que aunque este Tribunal aceptara -a meros efectos dialécticos- que el material accesorio que se comprometen a aportar en su oferta -si resultan adjudicatarios- DEXTROMEDICA y SISTEMAS INTEGRALES incumple con la característica relativa a que los aplicadores sean desmontables, ello tendría como consecuencia que la evaluación de sus ofertas se redujera en 10 puntos -como anteriormente se ha argumentado-. Aun así, la puntuación de TELEFLEX -76,26- sería insuficiente para rebasar la nueva puntuación de DEXTROMEDICA -82,17- requisito para poder optar a la adjudicación de acuerdo marco y con ello obtener un beneficio de la interposición del recurso.



Al respecto, se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio, 79/2019, de 21 de marzo y 232/2019, de 11 de julio, en las que se indicaba que una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la recurrente, pues no podría optar a alzarse con el acuerdo marco, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio.

Finalmente y a mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que la aportación de este material accesorio es una obligación que asume la adjudicataria, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. En efecto, la aportación de los aplicadores automáticos de clips es una exigencia que debe verificarse en la fase de ejecución del contrato, como recoge el propio PPT en el sentido expuesto, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la adjudicataria, que ha asumido el compromiso de suministrar los aplicadores con arreglo a lo dispuesto en los pliegos, vaya a incumplirlo, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos, circunstancia que no concurre en el supuesto analizado (v.g. entre otras Resoluciones 164/2018, de 1 de junio, 254/2018, de 14 de septiembre, 292/2018, de 16 de octubre y 342/2019, de 18 de octubre, de este Tribunal y 898/2015, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

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 **TELEFLEX MEDICAL, S.A.U.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 6 de mayo de 2019, por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Contratación del suministro de material sanitario de grapadoras y cargas tisulares para cirugía abierta y aplicadores y clips para vasos y conductos para los centros sanitarios de la Plataforma logística sanitaria de Málaga” (expediente 0000373/2018 CCA. 6XGUMER), -agrupación 4 (lotes 15, 16 y 17)- promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, 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 del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. 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.

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.

