

Recurso 192/2019

Resolución 377/2019

**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 **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de material sanitario fungible específico de esterilización, bolsas y controles para los centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud” respecto a los lotes 26, 31, 33, 34, 35 y 38, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 448/2018), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 31 de agosto 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.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 2.668.769,97 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. La mesa de contratación, en sesión de 30 de abril de 2019, eleva al órgano de contratación propuesta de adjudicación de las diversas agrupaciones y lotes del contrato. En el acta de la mesa consta que la oferta de la entidad JOHNSON & JOHNSON, S.A. no supera el umbral mínimo de puntuación en los criterios sujetos a juicio de valor (criterios no automáticos en terminología del pliego de cláusulas administrativas particulares) respecto a los lotes 31, 33, 34 y 35 y no cumple el pliego de prescripciones técnicas en los lotes 26 y 38. La citada acta se publicó en el perfil de contratante el 3 de mayo de 2019.

CUARTO. El 22 de mayo de 2019, JOHNSON & JOHNSON, S.A. (JOHNSON, en adelante) presentó en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación señalado en el antecedente previo.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 23 de mayo de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 4 de junio de 2019.

SEXTO. El 4 de junio de 2019, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación respecto a los lotes objeto de impugnación.



SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 19 de junio de 2019, dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado las entidades STERIS IBERIA, S.A.U. y 3M ESPAÑA, S.L.

OCTAVO. 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 entidad 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.

Es objeto de recurso la exclusión de la oferta de la recurrente en diversos lotes de un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 2.668.769,97 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

El órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso por entender que el acto impugnado es la propuesta de adjudicación realizada por la mesa, acto que no crea derecho alguno a favor del licitador



propuesto. Considera que el acto recurrido no tiene la naturaleza de acto de trámite cualificado, sin perjuicio del eventual recurso posterior contra la adjudicación.

No procede atender este alegato de inadmisión. Aun cuando el acuerdo impugnado se refiere expresamente a la propuesta de adjudicación de las distintas agrupaciones y lotes del contrato, implícitamente encierra una exclusión para la entidad recurrente en los lotes impugnados. Así, el incumplimiento del PPT en los lotes 26 y 38 y la no superación del umbral mínimo de puntuación en los lotes 31, 33, 34 y 35 suponen la exclusión de la oferta: en el primer caso porque la proposición ya no es valorada y en el segundo porque deja de serlo al constatarse que no alcanza la puntuación mínima en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

Por tanto, el acto sustantivamente impugnado es la exclusión de la proposición de la entidad recurrente, que sí es susceptible de recurso especial conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado c) del artículo 50.1 de la LCSP dispone 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 o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

En el supuesto examinado, el acuerdo de exclusión es de 30 de abril de 2019 y se publicó el 3 de mayo en el perfil de contratante. No hay notificación expresa a la entidad recurrente del citado acuerdo, por lo que hay que estar a la fecha en que haya tenido conocimiento de la infracción para iniciar el cómputo del plazo. En el supuesto examinado, aun computando el plazo de interposición desde la fecha del propio acuerdo impugnado, el recurso se habría formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. JOHNSON solicita la anulación de la exclusión de su proposición en los lotes 26, 31, 33, 34, 35 y 38, así como que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas. Funda su pretensión en varios motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.



En un primer motivo la recurrente alega la incorrecta valoración de su oferta en los criterios sujetos a juicio de valor respecto a los lotes 31, 33, 34 y 35.

El Anexo I al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) configura un solo criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado “oferta técnica”, ponderado con un máximo de 20 puntos, respecto del que se establece un umbral mínimo de 5 puntos. El criterio se desglosa en los siguiente subcriterios:

- Calidad, seguridad y confort de los productos ofertados: 0 a 12 puntos. *“En este subcriterio se valorará la calidad de los productos ofertados considerando las características de los materiales, su composición, la seguridad asociada a los productos en todas sus dimensiones (usuarios y profesionales), así como el confort ligado al funcionamiento de los productos”.*
- Facilidad de manejo, ergonomía y diseño de los productos ofertados: 0 a 5 puntos. *“En este subcriterio se valora la comodidad, sencillez, simplicidad y diseño de los productos ofertados que optimice la adaptación para uso”.*
- Envasado y etiquetado de los productos ofertados: 0 a 3 puntos. *“En este subcriterio se valora la calidad del envasado y del etiquetado de los productos ofertados, considerando la utilidad de los mismos para el uso previsto, así como las implicaciones en el uso seguro de los productos ofertados.”*

El objeto de los cuatro lotes afectados por el recurso es “bolsa mixta para H₂O₂”, variando tan solo las medidas en cada uno de ellos. Asimismo, la proposición de JOHNSON recibe 4 puntos en cada uno de los lotes, distribuidos a razón de 0, 2 y 2 puntos en cada uno de los subcriterios antes expuestos. No supera por tanto el umbral mínimo de 5 puntos establecido para el conjunto de subcriterios sujetos a juicio de valor, centrando solamente su impugnación en la valoración con 0 puntos de su oferta en el subcriterio “calidad, seguridad y confort de los productos ofertados”, donde el informe técnico justifica dicha puntuación del mismo modo en los cuatro lotes, señalando lo siguiente: *“Artículo inadecuado: según la información aportada por la empresa, estos artículos solo son compatibles con el uso de sus máquinas esterilizadoras. Por tanto, no ofrecen fiabilidad ni seguridad de uso con otras esterilizadoras.”*

Pues bien, la recurrente alega que el órgano de contratación ha realizado una incorrecta valoración de su oferta a los referidos lotes, porque en ningún extremo de la misma se determina que las soluciones propuestas solo sean compatibles con sus propias máquinas esterilizadoras, sino que únicamente se recomienda el uso en máquinas del propio fabricante. Es decir, ASP -fabricante de máquinas



esterilizadoras- no ha validado el uso de las soluciones de los competidores en sus máquinas, lo que no determina la incompatibilidad de estas.

Considera que si fuese determinante la validación de las soluciones ofertadas *con las máquinas de la competencia*”, todas las proposiciones habrían sido excluidas por no superar el umbral mínimo y concluye que este Tribunal, pese al principio de discrecionalidad técnica que rige en esta materia, puede y debe entrar a valorar cuestiones tales como el respeto a las dicciones del pliego y la no apreciación de arbitrariedad en las evaluaciones.

En su informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que la propia recurrente declara expresamente que la empresa fabricante de las bolsas no se responsabiliza de la garantía de la esterilización en otro esterilizador que no sea el suyo; por ello la comisión técnica ha estimado que, aun cuando las bolsas ofertadas puedan ser compatibles con otros equipos, no consiguen la seguridad del proceso y ciclo de esterilización, evaluando con 0 puntos la calidad y seguridad del producto. A juicio del órgano de contratación, esta motivación es adecuada máxime cuando la propia entidad licitadora declina la responsabilidad y la traslada al centro sanitario que use la bolsa en un equipo de esterilización diferente al del propio fabricante. Asimismo, señala que en las fichas técnicas del resto de licitadores no se recogen las especificaciones del fabricante respecto a la falta de responsabilidad y seguridad del ciclo de esterilización.

Por su parte, las entidades interesadas en el procedimiento se oponen a este motivo del recurso en sus respectivos escritos de alegaciones en términos parecidos a los del órgano de contratación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen que ha de circunscribirse a si es o no adecuada la valoración con 0 puntos recibida por la oferta de JOHNSON en el subcriterio “calidad, seguridad y confort de los productos ofertados”, puntuación que le ha impedido superar el umbral mínimo de 5 puntos establecido en el PCAP para los criterios sujetos a juicio de valor.

En este subcriterio se valora la calidad de los productos ofertados considerando las características de los materiales, su composición, la seguridad asociada a los productos en todas sus dimensiones (usuarios y profesionales), así como el confort ligado al funcionamiento de los productos.



La propia recurrente en su escrito de impugnación señala:

1º) que los artículos ofertados han sido validados para el uso en STERRAD®; es decir, únicamente los accesorios y fungibles ofertados (fabricados por ASP) han sido evaluados en el interior de los esterilizadores STERRAD®, de acuerdo con los parámetros de cada uno de los ciclos de esterilización disponibles, garantizando y optimizando la precisión y el rendimiento en todos los sistemas STERRAD®, al tratarse del mismo fabricante y distribuidor.

2º) Que *“De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (...) es importante que los sistemas de envasado y empaquetado de esterilización utilizados en las instalaciones se usen de acuerdo con las recomendaciones del fabricante. Los sistemas de envasado deben utilizarse de acuerdo con las instrucciones del fabricante”*.

3º) Que ASP, como fabricante de estos artículos, recomienda la validación de los consumibles con independencia de los sistemas de esterilización, ya que ello reduce el riesgo para el paciente y aumenta la seguridad. No obstante, al tratarse únicamente de una recomendación por parte de fabricante (ASP), ello no incompatibiliza técnicamente su utilización en otros esterilizadores y que, en caso de ser utilizados en sistemas de otros fabricantes, la responsabilidad será asumida por el propio centro.

En definitiva, JOHNSON está reconociendo que los productos ofertados solo han sido evaluados en esterilizadores del fabricante y que en caso de ser utilizados en otros sistemas es recomendable su previa validación para mayor seguridad y menor riesgo para el paciente, asumiendo en tal caso la responsabilidad el propio centro sanitario.

Ante tales afirmaciones, parece razonable la motivación del informe técnico al señalar, en un subcriterio que precisamente valora la seguridad, que el producto no ofrece fiabilidad ni seguridad en otras esterilizadoras. El hecho de que técnicamente no sea incompatible la utilización del producto ofertado en otros sistemas de esterilización diferentes a los del fabricante no desvirtúa la apreciación del informe técnico, puesto que ello obliga a una actuación adicional de previa validación de los artículos y traslada al centro sanitario la responsabilidad última de esta decisión y de los riesgos que pudieran derivarse para los pacientes.

Así las cosas, el criterio técnico del órgano evaluador, al asignar cero puntos con la justificación expuesta a la oferta de la recurrente, no supera los límites de su discrecionalidad técnica, sin que pueda apreciarse error, arbitrariedad o falta de motivación en el juicio de valor emitido. Antes al contrario, la seguridad del



paciente y la responsabilidad que se traslada al centro sanitario en caso de uso de otro esterilizador distinto se muestran como elementos suficientes, a juicio de este Tribunal, para motivar una valoración técnica como la aquí discutida.

A mayor abundamiento, la recurrente no aporta prueba alguna de que sus productos se estén utilizando en otros centros con sistemas de esterilización distintos a los del fabricante y tampoco fundamenta la quiebra alegada en cuanto al principio de igualdad de trato, señalando, en cambio, el informe al recurso que las fichas técnicas de los restantes licitadores no recogen especificaciones del fabricante como las que aparecen en la oferta de JOHNSON.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

SEXTO. En un segundo motivo, JOHNSON combate la exclusión de su oferta en los lotes 26 y 38 por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (PPT). Siguiendo el orden de exposición de los motivos que efectúa el escrito de recurso, comenzamos por el examen de la controversia respecto al lote 38.

La descripción del lote 38 es “cartucho peróxido de hidrógeno-esterilizadora” y respecto a la oferta de la recurrente al citado lote, el informe técnico señala que *“No cumple el PPT referente a las características solicitadas de la máquina esterilizadora: *no aporta especificación de la capacidad útil de la Cámara con un volumen mínimo de 130 litros útiles. *No aporta documentación de validación de fabricantes para la validez de esterilización de dispositivos de oftalmología y baterías de motores. *No aporta información del consumo de agente esterilizante en caso de aborto de ciclo durante la fase de acondicionamiento del mismo.”*

Así pues, son tres los incumplimientos señalados en el informe técnico y combatidos en el recurso. Respecto al primer incumplimiento (no aportar especificación de la capacidad útil de la cámara con un volumen mínimo de 130 litros útiles), JOHNSON aduce que el requisito del PPT *“capacidad útil de la cámara con un volumen como mínimo de 130 litros útiles”* fue objeto de rectificación posterior publicada en el perfil en la que se eliminó el término *“útiles”*. Por tanto, considera que su equipo, al tener una cámara con una capacidad de 152 litros, cumple con las exigencias del pliego.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, muestra su conformidad con lo argumentado por JOHNSON. En este sentido, manifiesta que el primer incumplimiento del PPT que combate la recurrente se



basó en la capacidad útil de la cámara cuando, tras la rectificación del PPT, tal requisito de la utilidad se había eliminado.

En efecto, una vez constatada por este Tribunal la rectificación del PPT en los términos expuestos, procede acoger la alegación de JOHNSON, toda vez que el primer incumplimiento del PPT señalado en el informe técnico y acogido posteriormente por la mesa de contratación se basaba en una exigencia que había sido eliminada de los pliegos.

En cuanto al segundo incumplimiento del PPT *“No aporta documentación de validación de fabricantes para la validez de esterilización de dispositivos de oftalmología y baterías de motores”*, JOHNSON alega que incluyó ficha técnica donde se determinaba por el fabricante que los equipos llevan a cabo la esterilización general de instrumentos quirúrgicos. Asimismo, señala que aportó información acerca de la base de datos y la guía de esterilización de STERRAD® para obtener las actualizaciones sobre la validación de los instrumentos y la compatibilidad de ciclos y sistemas. Por tanto, concluye que dio cumplimiento a las exigencias de los pliegos sobre este particular.

En su informe al recurso, el órgano de contratación señala que el apartado 7.2.1 del PPT prevé, entre las características de los equipos a instalar para la realización de la esterilización del producto descrito en el lote 38 *“Equipo validado para dispositivos de oftalmología y baterías de motores (aportar documentación de validación de fabricantes)”*, siendo así que la recurrente no aportó la documentación acreditativa de que los equipos eran validados para los dispositivos requeridos, ni la acreditativa de la validación del fabricante para su uso con el equipo. Manifiesta que la remisión realizada por JOHNSON a la guía de esterilización de STERRAD® no facilita la acreditación documental que requería el PPT.

En términos parecidos a los expuestos por el órgano de contratación, se pronuncia la entidad STERIS IBERIA, S.A.U. en sus alegaciones al recurso.

Procede examinar, pues, este segundo incumplimiento del PPT de la oferta de JOHNSON al lote 38. Al respecto, el apartado 4 del PPT, bajo el título “Documentación técnica”, señala que *“En la documentación técnica deberán incluir justificación del cumplimiento de los requisitos adicionales solicitados para el material objeto de la licitación y que se han detallado en el Anexo I a este Pliego. Además, las empresas podrán presentar cuanta información consideren conveniente de cara a acreditar la calidad de productos y las mejores condiciones de su oferta. Esta documentación debe incluirse en el sobre 2, “Documentación Técnica”*. Asimismo, el apartado 7.2 1 del citado



pliego prevé específicamente para el lote 38 *“Equipo validado para dispositivos de oftalmología y baterías de motores (aportar documentación de validación de fabricantes)”*.

Resulta, pues, clara la exigencia del PPT en cuanto a la obligación de aportar la documentación de validación del fabricante para los dispositivos requeridos. La recurrente alega que incluyó ficha técnica del fabricante donde se indica que los equipos llevan a cabo la esterilización general de instrumentos quirúrgicos, pero lo que exige el PPT es la documentación de validación del fabricante que, como manifiesta el órgano de contratación, no se ha aportado. Además, el requisito no puede entenderse cumplido con la remisión a una Guía de esterilización del fabricante, puesto que el pliego exigía la acreditación documental y sus términos son claros y no admiten interpretación. De este modo, admitir la remisión a una guía publicada en la página web del fabricante, supondría por parte del órgano de contratación apartarse del contenido de los pliegos que él mismo aprobó, en claro beneficio de la recurrente y en perjuicio del resto de licitadores que hubiesen acreditado documentalmente el requisito del PPT.

Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. citamos la Resolución 172/2017, de 11 de septiembre por la similitud del supuesto allí planteado con el aquí examinado) que el pliego es “lex inter partes” o “lex contractus” que vincula no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, sino también a la Administración o entidad contratante autora del mismo.

Asimismo, el Tribunal General de la Unión Europea, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que *“(…) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores”*.

No procede, pues, acoger los alegatos de JOHNSON respecto a este segundo incumplimiento del PPT detectado en su oferta al lote 38.



El tercer incumplimiento del PPT señalado en el informe técnico a la oferta de la recurrente en el lote 38 consiste en que *“No aporta información del consumo de agente esterilizante en caso de aborto de ciclo durante la fase de acondicionamiento del mismo”*, previéndose en el apartado 7.2.1 del PPT como una de las características de los equipos *“Sin consumo de agente esterilizante en caso de aborto de ciclo durante la fase de acondicionamiento del mismo”*.

JOHNSON alega que incluyó en su oferta descripción y especificaciones del “preciclo automático” concluyendo que *“si el sistema cuenta con un preciclo automático de diagnóstico y acondicionamiento de la carga en 5 minutos o menos ¿cómo va a existir consumo de agente esterilizante si el mismo se está acondicionando?”*. Por su parte, el órgano de contratación esgrime que en la documentación aportada por la recurrente no aparece declaración de que no se consuma agente esterilizante en el caso de aborto de ciclo, como se requería. Es más, alega que, según consta en la oferta técnica y se confirma en el escrito de recurso, el equipamiento consta de un programa de diagnóstico del sistema ALLClear™ que consigue minimizar el riesgo de cancelación del ciclo, pero que no garantiza totalmente que, en los casos de producirse este aborto por algún motivo (exceso de humedad o que el material toque la cámara o las paredes), pueda comprobarse si ha habido consumo de agente esterilizante.

En términos parecidos a los del órgano de contratación se pronuncia STERIS IBERIA, S.A.U en sus alegaciones al recurso.

Pues bien, el PPT también resulta claro y preciso al fijar la característica de los equipos aquí cuestionada: *“Sin consumo de agente esterilizante en caso de aborto de ciclo durante la fase de acondicionamiento del mismo”*, lo que en conexión con lo previsto en el apartado 4 del citado pliego sobre la obligación de incluir la justificación documental de los requisitos exigidos para el material objeto de la licitación, nos lleva a concluir que la oferta de JOHNSON debía justificar de un modo claro que el equipamiento aportado no consume agente esterilizante en el caso de aborto del ciclo durante la fase de acondicionamiento, justificación que no consta en tales términos en la proposición de la recurrente.

En tal sentido, ella misma viene a reconocer que el cumplimiento del requisito examinado se desprende de la documentación aportada, cuando lo que exige el PPT es una justificación documental sin necesidad de



llevar a cabo labor interpretativa alguna. Es más, como señala el informe al recurso, el equipamiento de la recurrente consta de un programa de diagnóstico del sistema ALLClear™ que minimiza el riesgo de cancelación del ciclo, pero que no supone garantía total de que, en caso de aborto del ciclo por algún motivo, pueda comprobarse si ha habido consumo de agente esterilizante.

No procede, pues, acoger el alegato de la recurrente respecto a este tercer incumplimiento del PPT. Asimismo, hemos de entender ajustada a derecho la exclusión de la oferta de la recurrente al lote 38 con base en los dos últimos incumplimientos analizados, pues el hecho de que el primer incumplimiento detectado por la comisión técnica -y posteriormente acogido por la mesa de contratación- se haya revelado incorrecto tras la rectificación operada en el PPT, no altera la consecuencia que deriva de los otros dos y que se residencia en la exclusión de la proposición respecto al lote 38.

SÉPTIMO. Por último, JOHNSON esgrime la incorrecta exclusión de su oferta en el lote 26 “Control químico en cinta adhesiva para peróxido hidrógeno”, con base en el informe técnico emitido en el que se señala que *“El artículo no cumple con las prescripciones técnicas adicionales, ya que se solicita que sea compatible con cualquier sistema mediante plasma, sin embargo la empresa en la información aportada hace referencia que solo son compatibles con sus máquinas”*.

La recurrente alega, en síntesis, que tal apreciación es incorrecta ya que en ningún extremo de la documentación aportada se dice que la solución ofertada solo sea compatible con sus propias máquinas esterilizadoras y únicamente se recomienda que su utilización se haga en las máquinas del propio fabricante. En definitiva, concluye que ASP (fabricante de máquinas esterilizadoras) no ha validado el uso de las soluciones de los competidores en sus máquinas, lo que no determina la incompatibilidad de las mismas.

Por su parte, el informe al recurso reproduce parcialmente la oferta de la recurrente donde se indica que, para asegurar una garantía de esterilidad adecuada, *“las bolsas y los rollos ASP TYVEK 4057B”* deben utilizarse con los sistemas STERRAD y que ASP no ha validado otras bolsas y rollos disponibles en el mercado etiquetados como compatibles con plasma. Tal declaración determinó, según manifiesta el órgano de contratación, que la comisión técnica considerase que el artículo ofertado no era compatible con cualquier sistema mediante plasma.



En términos parecidos al órgano de contratación formulan alegaciones a este motivo de exclusión las dos interesadas en el procedimiento.

Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. El Anexo I del PPT establece como prescripciones técnicas adicionales para el lote 26 *“Cinta adhesiva con indicador químico impreso, para control externo del material esterilizado, compatible con cualquier sistema mediante gas plasma (...)”*

Con el informe al recurso, el órgano de contratación adjunta documentación técnica de la recurrente en la que se hace constar literalmente que *“Para seguir cumpliendo las normas internacionales en ISO 14937 y para asegurar una garantía de esterilidad adecuada, las bolsas y los rollos ASP TYVK 4057B deben utilizarse con los sistemas STERRAD. ASP no ha validado otras bolsas y rollos disponibles en el mercado etiquetados como compatibles con plasma. Por consiguiente, ASP no garantiza el rendimiento de bolsas, rollos o indicadores químicos que no hayan sido validados por ASP”*.

Al respecto, ya hemos indicado en el fundamento anterior que el apartado 4 del PPT establece la necesidad de incluir en la documentación técnica justificación que acredite el cumplimiento de los requisitos adicionales, en este caso, la compatibilidad del artículo descrito en el lote 26 con cualquier sistema mediante gas plasma.

Los términos transcritos de la oferta de JOHNSON no permiten adverar que dicha compatibilidad quede justificada, pues no hay certeza de que el artículo ofertado sea compatible con cualquier sistema, sino solo con los sistemas STERRAD. Debe pues desestimarse este motivo del recurso y considerar adecuada la exclusión de la proposición de la recurrente en el lote 26 por incumplimiento del PPT.

Finalmente, respecto a la exclusión en los lotes 26 y 38, JOHNSON invoca alguna resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se señala que solo procede la exclusión cuando el incumplimiento sea expreso y no quepa duda alguna de que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego. Este criterio, también sostenido por este Órgano en algunas de sus resoluciones, no resulta de aplicación al presente supuesto donde el PPT exigía clara y expresamente justificación documental de las prescripciones técnicas establecidas, extremo que incumple la recurrente como se desprende del tenor de su oferta. Una interpretación más favorable para JOHNSON que atenuase las exigencias del PPT supondría vulnerar el principio de igualdad de trato en



perjuicio del resto de licitadores cumplidores e iría contra el principio *lex contractus* predicable de los pliegos que rigen la licitación y a los que se encuentra vinculado el órgano de contratación redactor de sus cláusulas.

Con base en las consideraciones realizadas en los fundamentos de esta resolución el recurso debe ser desestimado.

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 **JOHNSON & JOHNSON, S.A.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “suministro de material sanitario fungible específico de esterilización, bolsas y controles para los centros sanitarios dela provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud” respecto a los lotes 26, 31, 33, 34, 35 y 38, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 448/2018).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto a los lotes objeto de impugnación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 4 de junio de 2019,.

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.

