

Recurso 212/2019

Resolución 404/2019

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

Sevilla, 28 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TELEFLEX MEDICAL, S.A.** contra la resolución, de 6 de mayo de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Suministro de material específico de quirófano, artículos para corte e incisión y coagulación mecánica para los centros sanitarios que integran la plataforma logística sanitaria de Jaén» (Expte. A.M. 571/2018), respecto de la agrupación 2 (lotes 17 a 19), convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, 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 1 de diciembre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 232-529641 y el 3 de diciembre de 2019 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. Asimismo, fueron publicadas en el perfil de contratante, el 19 de diciembre de 2019, aclaraciones sobre determinados códigos genéricos de centros.



El valor estimado del contrato asciende a 1.946.610,20 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, respecto de la agrupación 2 (lotes 17 a 19), según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación recibido.

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. Mediante resolución, de 6 de mayo de 2019, del órgano de contratación se adjudica el citado contrato, respecto de la agrupación 2 (lotes 17 a 19), a la entidad DEXTRO MÉDICA, S.L. (en adelante DEXTRO MÉDICA) .

CUARTO. El 7 de junio de 2019, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TELEFLEX MEDICAL, S.A. (en adelante TELEFLEX) contra la citada resolución de adjudicación, respecto de la agrupación 2 (lotes 17 a 19).

QUINTO. Mediante comunicación de 10 de junio de 2019, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal el 19 de junio de 2019.

SEXTO. Con fecha, 19 de julio de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de 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, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad DEXTRO MÉDICA.



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 apartado 1 del artículo 46 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 calificado por el pliego de cláusulas administrativas particulares como acuerdo marco con una única empresa cuyo valor estimado asciende a 1.946.610,20 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1 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.»



Por su parte, la citada 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.»

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación le fue efectivamente notificada a la entidad ahora recurrente el 17 de mayo de 2019, por lo que el escrito de recurso presentado el 7 de junio de 2019 en el registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 6 de mayo de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, respecto de la agrupación 2 (lotes 17 a 19), solicitando que, con estimación del mismo, *“sea ordenada la retroacción de actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que sea revisada y corregida la valoración otorgada a los distintos licitadores por no ajustarse su individualización a las previsiones del Pliego de Contratación a fin de que, la misma, sea adecuada a estas”*.

En este sentido, aun cuando la recurrente no solicita expresamente la nulidad de la resolución de adjudicación, respecto de la agrupación 2, ésta ha de entenderse subsumida en la petición de retroacción de actuaciones pues en el supuesto examinado la misma no es posible si previamente no se anula el acto de adjudicación que se recurre.

La recurrente centra su pretensión en que a su juicio se ha producido un error en la valoración de su oferta conforme a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, con vulneración según manifiesta de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración Pública.



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

Por último, la entidad DEXTRO MÉDICA, actual entidad adjudicataria de la agrupación 2 (lotes 17 a 19), como interesada en el procedimiento se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Como se ha expuesto, la recurrente denuncia un error en la valoración de su oferta conforme a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor.

En este sentido, la recurrente transcribe las características requeridas por el pliego de prescripciones técnicas (PPT) para la agrupación 2, los criterios de adjudicación y su ponderación recogidos en el apartado 13 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), la obligatoriedad de aportar muestras prevista en el apartado 14 del citado cuadro resumen y el elenco de entidades licitadores a dicha agrupación 2, para afirmar que, conforme a lo expuesto, aun cuando a la oferta de la adjudicataria se le otorga la misma puntuación que a la suya, su proposición presenta unas características técnicas que por su incidencia en la prestación tendrían que haber sido valoradas por el órgano de contratación.

Manifiesta la recurrente que formuló su oferta acorde a los pliegos, presentando para ello la documentación técnica y las muestras físicas tanto de los clips como de los aplicadores ya que el uno requiere del otro para su uso. En este sentido, la recurrente afirma que sus clips y aplicadores tienen diferencias objetivas y sustanciales, con respecto a los ofertados por la adjudicataria, que lo hacen merecedores de la calificación de “muy bueno” y por tanto corresponderle 50 puntos y no 25, basándose para ello, por un lado en que los clips ofertados por la adjudicataria no pueden ser utilizados en grandes vasos sanguíneos, mientras que los ofrecidos por ella sí, y por otro lado, que le resulta incomprensible que el órgano de contratación valorara y adjudicara la agrupación 2 a DEXTRO MÉDICA cuando no aportó ni muestras ni documentación técnica de los aplicadores necesarios para el uso de los clips objeto de contrato, y ello a pesar de lo imprescindible que son tal y como se recoge en la cláusula 2.4.3 del PPT -que transcribe- en la que a pesar de no ser el objeto del contrato se prevé la cesión de dichos aplicadores.



1. Pues bien, en cuanto al alegato relativo a los clips, la recurrente manifiesta que los que oferta son de la clase III, mientras que los ofrecidos por DEXTRO MÉDICA son de la clase IIb, que según la regla 8 de la normativa 93/42 de Dispositivos Médicos se utilizan para todos los implantes quirúrgicos, excepto si son utilizados en sistemas circulatorio central, grandes vasos, sistema nervioso central y cerca del corazón que tendrán que ser de la clase III. En este sentido, afirma que estos clips vasculares de polímero no reabsorbible (implante terapéutico) se utilizan para el sellado de grandes vasos como arteria y vena renal, arteria esplénica, arteria mesentérica inferior y arterias gástricas y pulmonares, entre otras, por lo que el clips ofrecido por DEXTRO MÉDICA (Unimax) al tener clasificación IIb no puede ser utilizado en dichos grandes vasos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que en la clase IIb se incluyen algunos productos implantables (aunque se clasifican muchos de ellos como clase III), productos que pueden influenciar los procesos fisiológicos o que administran sustancias o energía de forma potencialmente peligrosa y los que se destinan al diagnóstico de funciones vitales, por ejemplo, lentes intraoculares, implantes de relleno tisular, suturas quirúrgicas no absorbibles, apósitos para heridas que cicatrizan por segunda intención, bolsas de sangre, hemodializadores, plumas de insulina, desfibriladores externos, equipos de rayos X para diagnóstico, láseres quirúrgicos, equipos para terapia por radiaciones, sistemas de vigilancia para cuidados intensivos y máquinas de anestesia.

En este sentido, afirma el órgano de contratación que el producto licitado se correspondería con una clase IIb, como es el caso de la oferta presentada por DEXTRO MÉDICA, pues se trata de suturas quirúrgicas no absorbibles, conforme a la citada regla 8 de la normativa 93/42 de Dispositivos Médicos que dispone que *«todos los productos implantables y los productos invasivos de uso prolongado de tipo quirúrgico se incluirán en la clase IIb salvo que se destinen: —a colocarse dentro de los dientes, en cuyo caso se incluirán en la clase IIa; —a utilizarse en contacto directo con el corazón, el sistema circulatorio central o el sistema nervioso central, en cuyo caso se incluirán en la clase III; —a ejercer un efecto biológico o ser absorbidos totalmente o en gran parte, en cuyo caso se incluirán en la clase III; —a sufrir modificaciones químicas en el organismo, salvo si los productos se colocan dentro de los dientes, o a la administración de medicamentos en cuyo caso se incluirán en la clase III»*.



Por último, DEXTRO MÉDICA en sus alegaciones al recurso, y de forma similar al órgano de contratación, señala que la recurrente presupone que en la presente licitación los clips se utilizarán para el sistema circulatorio central, grandes vasos y cerca del corazón, sin que los pliegos exijan la clase a la que deben pertenecer los productos objeto de licitación, tratando de dirigir el actuar del órgano de contratación en cuanto a la aplicación de los clips hemostáticos, lo que a su juicio excede de lo requerido en el presente expediente de contratación.

Así las cosas, la controversia radica en síntesis en que a juicio de la recurrente se ha producido un error en la valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, pues los clips que son objeto del contrato se utilizan para el sellado de grandes vasos por lo que han de ser de la clase III, mientras que según el órgano de contratación su uso es para suturas quirúrgicas no absorbibles y por tanto de la clase IIb.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP, de tal suerte que la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la misma pretende con él (v.g. Resoluciones 207/2015, de 2 de junio, entre otras muchas, y 346/2019, de 24 de octubre, entre las más recientes).

En el supuesto examinado, la voluntad de la recurrente de que los clips se utilicen para el sellado de grandes vasos en general no puede sustituir la de órgano de contratación de que aquellos se usen para suturas quirúrgicas no absorbibles y así poder alcanzar la satisfacción de los fines que persigue con la licitación.

Procede, pues, desestimar el presente alegato.

2. Corresponde a continuación analizar el alegato de la recurrente en el que manifiesta que le resulta incomprensible que el órgano de contratación valorara y adjudicara la agrupación 2 a DEXTRO MÉDICA



cuando no aportó ni muestras ni documentación técnica de los aplicadores necesarios para el uso de los clips objeto de contrato, y ello a pesar de lo imprescindible que son tal y como se recoge en la cláusula 2.4.3 del PPT -que transcribe- en la que a pesar de no ser el objeto del contrato se prevé la cesión de dichos aplicadores.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que los aplicadores, conforme a la mencionada cláusula 2.4.3 del PPT, deben ser cedidos por la empresa adjudicataria durante toda la vigencia del contrato y sin coste para la Administración, pero en modo alguno se solicitan muestras de ellos, ni son elementos de valoración al no ser objeto de licitación, de tal suerte que ni la recurrente ni el resto de entidades licitadoras a la agrupación 2 ha presentado muestras de los citados aplicadores.

Al respecto, la citada cláusula 2.4.3 del PPT dispone lo siguiente: «*CLIP HEMOSTÁTICO MANUAL IRREABSORBIBLE. Lotes 12 y (lotes 17 al 19 ambos inclusive)*

Las empresas que resulten adjudicatarias de los lotes relacionados deberán ceder durante la vigencia del contrato y sin coste alguno para los centros hospitalarios de la PLS, los aplicadores de clips compatibles y específicos para cada tipo de clips».

Así las cosas, no es posible admitir el alegato de la recurrente en la que afirma que DEXTRO MÉDICA no aportó ni muestras ni documentación técnica de los aplicadores necesarios para el uso de los clips objeto de contrato, y ello por cuanto como se afirma claramente en la citada cláusula 2.4.3 del PPT la exigencia de aportar dichos aplicadores de clips lo es de la empresa adjudicataria durante la vigencia del contrato, sin que de dicha cláusula quepa inferir, ni siquiera de forma indiciaria, la necesidad de aportar en fase de licitación ni muestras ni documentación técnica, ni por tanto ser objeto de valoración.

Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Por último, el órgano de contratación en su informe al recurso solicita la imposición de multa por temeridad y mala fe en su interposición alegando para ello que, a su juicio, la finalidad perseguida por la recurrente es la de retrasar la formalización del presente contrato para satisfacer sus propias necesidades al ser actualmente la proveedora habitual.



En este sentido, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo, entre otras muchas), 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»*.

De acuerdo con lo señalado, este Tribunal considera que, de los argumentos expuestos en el escrito de recurso, no se evidencia claramente que la recurrente haya sostenido los mismos con la única intención de dilatar la formalización del contrato que se examina. En consecuencia, no cabe apreciar en el presente caso absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

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.** contra la resolución, de 6 de mayo de 2019, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado «Suministro de material específico de quirófano, artículos para corte e incisión y coagulación mecánica para los centros sanitarios que integran la plataforma logística sanitaria de Jaén» (Expte. A.M. 571/2018), respecto de la agrupación 2 (lotes 17 a 19), convocado por el Complejo Hospitalario de Jaén, 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. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de la agrupación 2 (lotes 17 a 19).



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.

