

Recurso 418/2019

Resolución 170/2020

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

Sevilla, 1 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad NACATUR 2 ESPAÑA S.L. contra la Resolución, de 22 de octubre de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de higiene y protección (01.02) de los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. PA 103/2018), respecto de la agrupación I (Lotes 1 a 5), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de marzo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 23 de abril de 2019, se publicó una resolución de corrección de errores del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT).

El valor estimado del contrato asciende a 13.929.096,85 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el 22 de octubre de 2019, se dicta Resolución de adjudicación, entre otros, de la agrupación I, (lotes 1 a 5) del contrato citado en el encabezamiento a la entidad MEDLINE INTERNATIONAL IBÉRIA, S.L.U

La citada resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 30 de octubre de 2019, y notificada individualmente a la entidad recurrente mediante correo electrónico el 24 de octubre de 2019.

CUARTO. El 31 de octubre de 2019, la entidad NACATUR 2 ESPAÑA S.L. presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación, respecto a la agrupación I (lotes 1 a 5).

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 31 de octubre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada ha tenido entrada en este Órgano el 7 de noviembre de 2019.

SEXTO. El 8 de noviembre de 2019, la Secretaría del Tribunal, solicita al órgano de contratación determinada información complementaria necesaria para la resolución del presente recurso, en concreto la remisión de la notificación de la resolución de adjudicación y su recepción. La documentación solicitada se recibe el 11 de noviembre de 2019.



SÉPTIMO. El 22 de noviembre 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, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad MEDLINE INTERNATIONAL IBÉRIA, S.L.U (en adelante, MEDLINE).

OCTAVO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

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 42 del TRLCSP.

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

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 13.929.096,85 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 a) 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.”

En el supuesto analizado, el acuerdo de adjudicación impugnado se publicó en el perfil de contratante el 30 de octubre de 2019, y fue remitido a la recurrente mediante correo electrónico el 24 de octubre de 2019, constando su recepción por esta en la misma fecha, por lo que el escrito de recurso presentado el 31 de octubre de 2019 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.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación de 22 de octubre de 2019, del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución, en concreto respecto de la agrupación I (lotes 1 a 5) solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, se declare la nulidad de la adjudicación realizada y la exclusión del procedimiento de licitación de la entidad MEDLINE en la citada agrupación, y previa retroacción de las actuaciones se acuerde la adjudicación a su favor por ser la oferta más ventajosa según los criterios recogidos en los pliegos.



Para ello, funda su pretensión en una supuesta inobservancia de uno de los requerimientos técnicos exigidos a las ofertas en el PPT. En concreto señala que éste -el PPT- exige dentro del apartado normativa aplicable, respecto a los guantes ambidiestros no estériles de nitrilo de la agrupación I, como especificación técnica y de calidad necesaria, que estos dispongan del marcado CE como producto sanitario y que sean EPI –equipo de protección individual- de categoría III.

En este sentido, indica que para que un guante pueda catalogarse como producto sanitario, según las Directivas aplicables 93/42/CEE y 2007/47/CE, debe superar una serie de pruebas que vienen recogidas en la norma UNE- EN 455, partes 1, 2, 3 y 4, en concreto la parte 4 viene referida a una serie de requisitos y ensayos para determinar la vida útil de los guantes médicos para un solo uso, es decir la caducidad de los mismos, estableciendo que ésta debe ser como mínimo de 36 meses, si bien, según indica la recurrente, a la vista del expediente y tras el examen de la oferta técnica presentada por la adjudicataria -MEDLINE-, ha podido comprobar que los productos ofertados por ésta a la agrupación I, alcanzan únicamente una vida útil de 35 meses.

Por todo ello, concluye que la resolución de adjudicación, en lo relativo a la agrupación I -lotes 1 a 5-, deviene nula de pleno de derecho al haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por cuanto la valoración realizada por la comisión técnica adolece de defectos resultando adjudicataria de la citada agrupación, una empresa que no cumple con los requisitos técnicos exigidos incurriendo, por tanto, en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que considera que la misma debe ser anulada y la adjudicataria excluida de la presente licitación.

SIXTO. Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, manifiesta que tras revisar la comisión técnica la documentación aportada por MEDLINE, ésta ha comprobado que la adjudicataria ha presentado las certificaciones que catalogan los guantes médicos ofertados como producto sanitario, así como EPI de categoría III, por lo que no puede poner en duda que los organismos certificadores no hayan exigido el cumplimiento de todas las normas requeridas en cada caso. Adjunta a su informe la siguiente documentación aportada por MEDLINE en su oferta técnica: Declaración CE de Conformidad, Certificación como equipo de protección individual vigente, Ficha técnica y ensayo EN 455-4.



Asimismo, señala que en el ensayo de la norma UNE EN 455-4 –aportada por la adjudicataria MEDLINE en su oferta técnica-, respecto a la vida útil de los guantes médicos ofertados, refiere en sus conclusiones que *“ Los guantes quirúrgico estériles de plisopreno sin polvo DHD se pueden etiquetar con una fecha de vencimiento de tres años (36 meses)”*.

Por lo expuesto, el órgano de contratación concluye que de acuerdo con los resultados y debate del informe (informe técnico nº SSP 19/2008) del citado ensayo, así como de las distintas tablas (de la nº 1 a la nº 6) -incluidas en el mismo-, el ciclo de vida útil del producto ofertado está determinado por el estudio en tiempo real en tres (3) años -36 meses-.

Además, el órgano de contratación, indica que, tras revisar la norma UNE-EN 455 parte 4, se puede destacar la siguiente información: *“La vida útil de un guante puede estar limitada por otros factores diferentes al deterioro de la resistencia del material. Por ejemplo, el módulo de elasticidad del material puede aumentar y la vida útil, puede, por tanto, estar limitada por el guante al hacerse demasiado rígido o demasiado quebradizo. En tales casos, puede ser más apropiado, monitorizar el módulo además de la resistencia. Debido a los errores e incertidumbres inherentes a la determinación de las vidas útiles utilizando métodos de envejecimiento acelerado, las indicaciones de la vida útil deberían estar limitadas a un máximo de 3 años”*.

Por lo expuesto, considera que la oferta de MEDLINE cumple con lo especificado en la norma anteriormente referenciada, teniendo una caducidad de 36 meses. Cuestión distinta, es que en la ficha técnica del producto ofertado se indique una vida útil de 35 meses, siendo esta la fecha recomendada por MEDLINE para su impresión en los envases del producto como fecha de fabricación y caducidad y ello debido tal y como ha quedado expuesto a los errores e incertidumbres que se pueden generar a la hora de determinar la vida útil del producto utilizando un método de envejecimiento acelerado en los ensayos.

Por último, el órgano de contratación pone de manifiesto el carácter temerario del recurso por cuanto considera que si bien la recurrente tuvo acceso a la documentación completa de la oferta técnica de la adjudicataria, en su recurso solo se refiere a la ficha técnica del producto, sin tener en cuenta la restante documentación. por lo que solicita su desestimación.



Por último, la entidad MEDILINE -adjudicataria- se opone a lo pretendido por la recurrente, en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en el procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Antes de analizar las alegaciones realizadas por las partes sobre el posible incumplimiento por la oferta de MEDLINE de los requisitos exigidos en el PPT, procede reproducir en lo que aquí interesa, aquellas partes del mismo relacionadas con la cuestión objeto de controversia.

Al respecto, el PPT dispone en su cláusula 1.2.1 *“Otras especificaciones técnicas de los artículos:*

Agrupación I (lote 1 al 5) –GUANTES AMBIDIESTRO NO ESTERIL DE NITRILO.

Normativa aplicable:

- *Especificaciones técnicas y de calidad. Características necesarias en guantes ambidiestro no estéril:*
 - *Marco CE, certificado como producto sanitario y EPI de categoría III*
 - *Normas armonizadas de requisitos aplicables*
 - *UNE-EN 455-2:2010+A2:2015 (Guantes médicos para un solo uso)*
 - *UNE-EN 420:2004+A1:2010 (Requisitos generales de guantes de protección y métodos de ensayos).*

Se debe presentar toda la documentación que avale lo referido a los certificados presentados. (...).”

Sentado lo anterior, debemos señalar el carácter vinculante del PPT, tanto para los licitadores, como para el órgano de contratación, constituyendo una obligación el adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en el PPT, debiendo ser excluidas aquellas que no se ajusten a su contenido.

Al respecto, el informe de valoración técnica de los criterios no automáticos que obra en el expediente, indica en relación a la oferta realizada por la entidad MEDLINE a la agrupación I -lotes 1 a 5-, que *“Cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes. Fácil colocación, excelente adaptabilidad, flexibilidad, resistencia a la tracción, presentación en caja de 180 u con film de protección en el orificio de apertura de la caja, con fácil extracción.*

Amplia, completa y clara documentación, facilitando el análisis de los técnicos de riesgos laborales”.



En primer lugar, hemos de poner de relieve que aun cuando la recurrente en su escrito alude a posibles defectos en la valoración técnica realizada, del análisis del propio recurso, se constata que no estamos ante una cuestión que afecta a la doctrina de la discrecionalidad técnica, si bien por el contrario, se trata de verificar si se ha producido el incumplimiento del PPT en el extremo alegado por la recurrente, en concreto respecto al cumplimiento de la norma UNE EN 455 -parte 4-, al objeto de la catalogación de los productos ofertados por la adjudicataria a la agrupación I como producto sanitario, siendo esta una cuestión objetiva y carente, en principio, de cualquier juicio valorativo de carácter técnico.

Al respecto, procede señalar, que la cláusula 2.1.2 del PPT, -transcrita anteriormente- respecto a la normativa aplicable a la agrupación I -lotes 1 a 5- no hace referencia a la norma UNE EN- 455-4; además, este Tribunal, ha podido comprobar con ocasión del expediente de contratación remitido, que en la oferta técnica presenta por la adjudicataria para licitar a la agrupación I, consta la declaración CE de conformidad como Producto Sanitario y el certificado como equipo de protección individual de categoría III, lo que determina, en cualquier caso, el cumplimiento de la normativa correspondiente para la concesión de los respectivos certificados. Asimismo, consta la ficha técnica del producto ofertado y el ensayo realizado de conformidad con la norma EN-455-4 al objeto de determinar su vida útil que incluye el Informe Técnico nº: SPP 19/2008.

El citado informe, indica en su *Resumen* que *“A partir de los resultados anteriores, el envejecimiento en tiempo real durante tres años no produce efectos adversos en las propiedades y la integridad del paquete de los <<guantes quirúrgicos estériles de poliisopreno sin polvo DHD>> Se ha demostrado que los guantes mantienen las propiedades de barrera, propiedades físicas y mecánicas y la integridad y esterilidad del paquete durante la vida útil indicada (fecha de vencimiento de tres años) tras la vigilancia del producto durante dos años. Se continuará recopilando los datos de la vigilancia durante tres años”,* concluyendo que *“Los guantes quirúrgicos estériles de poliisopreno sin polvo DHD se pueden etiquetar con una fecha de vencimiento de tres años”.*

Por su parte, en la ficha técnica aportada, respecto a la fecha de caducidad, indica *“35 Meses desde su fabricación”*; si bien ello no implica el incumplimiento de la norma UNE En 455-4-, ya que de acuerdo con la citada norma, reproducida anteriormente, -con ocasión de las manifestaciones realizadas por el órgano de contratación- *“Debido a los errores e incertidumbres inherentes a la determinación de las vidas útiles*



utilizando métodos de envejecimiento acelerado, las indicaciones de la vida útil deberían estar limitadas a un máximo de tres años". Lo anterior supone el establecimiento de un periodo máximo pero que no impide en ningún caso que la empresa adjudicataria pueda establecer como fecha de caducidad a imprimir en los envases del producto ofertado un periodo menor.

Lo anterior determina el cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en el PPT de los productos ofertados por la adjudicataria a la agrupación I, así como de la norma UNE EN 445-4 respecto a la vida útil del producto de tres años, en contra de los argumentos esgrimidos por la recurrente.

Por lo expuesto, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto.

OCTAVO. Por último, respecto a la solicitud de multa realizada por el órgano de contratación, alegando para ello el carácter temerario del recurso interpuesto, al no tener en cuenta la recurrente de forma deliberada la restante documentación aportada por la adjudicataria en su oferta técnica y fundamentar su recurso únicamente en los datos indicados al efecto en la ficha técnica del producto ofertado.

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

Pues bien, en el supuesto examinado, este Tribunal considera que, de los argumentos expuestos en el escrito de recurso, no se evidencia claramente que la recurrente haya sostenido los mismos en el conocimiento de la ausencia de su fundamentación jurídica, en consecuencia no cabe apreciar en el presente supuesto 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 NACATUR 2 ESPAÑA,S.L. contra la Resolución, de 22 de octubre de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de higiene y protección (01.02) de los centros adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. PA 103/2018), respecto de la agrupación I (Lotes 1 a 5).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto a la agrupación I (lotes 1 a 5) del contrato.

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 58.3 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.

