

Recurso 193/2020

Resolución 396/2020

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

Sevilla, 19 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L.** contra la resolución, de 8 de julio de 2020, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, por la que se adjudica el acuerdo marco con una única empresa para el “Suministro de material específico de monitorización y ventilación cardiorespiratoria para los centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Granada”, respecto al lote 2 (Expte. 593/2019 – AMSU060-2019/335272), convocado por el citado Hospital Universitario, 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 4 de septiembre 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.

El valor estimado del contrato asciende a 3.600.320,65 euros y entre quienes presentaron sus

proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente que licitó, entre otros, al lote 2 cuya adjudicación es objeto de la presente impugnación.

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. El 8 de julio de 2020, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 2 fue adjudicado a la entidad ENDOOK EUROPA, S.L. (ENDOOK, en adelante).

La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 9 de julio de 2020, siendo remitida y recibida por la recurrente el 10 de julio de 2020.

CUARTO. El 29 de julio de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L. (INTERSURGICAL, en adelante) contra la resolución de adjudicación del lote 2 del contrato.

QUINTO. Mediante oficio de 29 de julio de 2020, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso, solicitándole el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida fue posteriormente recibida en el Registro de este Tribunal..

SEXTO. Mediante escritos de 8 de septiembre de 2020, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo mencionado.



SÉPTIMO. El 10 de noviembre de 2020, este Tribunal solicitó al órgano de contratación documentación complementaria para la resolución del recurso especial, que ha sido recibida en este Órgano el pasado 12 de noviembre.

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 y 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.

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.

Es objeto de impugnación la adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo del 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.»

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 fue publicada en el perfil de contratante el 9 de julio, siendo remitida y recibida por la recurrente el 10 de julio de 2020. Por tanto, el recurso presentado el 29 de julio de 2020 en el Registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar la cuestión de fondo suscitada en el mismo. INTERSURGICAL solicita la anulación de la adjudicación del lote 2 con exclusión de la oferta adjudicataria, así como la continuación del procedimiento con el cálculo de las puntuaciones de la oferta económica de las restantes entidades licitadoras y la adjudicación a la económicamente más ventajosa. Funda su pretensión en dos alegatos que se expondrán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En primer lugar, sostiene que en la resolución de adjudicación y en los documentos adjuntos a la misma no se indicaba la referencia y marca del producto ofertado por la empresa adjudicataria del lote 2. Por ello, solicitó al órgano de contratación acceso a la documentación técnica aportada por dicha entidad, al etiquetado del producto ofertado y a las muestras, con el fin de poder confirmar si la oferta adjudicataria cumplía las características técnicas y requisitos exigidos.

Manifiesta que no pudo ver la muestra del producto y solo pudo examinar el expediente tomando notas porque no se le entregó copia de la proposición de ENDOOK. Así, pudo acceder a su ficha técnica comercial, a “la Ficha Técnica SAS” y a los certificados de calidad EQA conformes a la Norma UNE EN ISO 9001:2015 y UNE EN ISO 14001:2015.

En tal sentido, señala que el producto ofertado es de la marca ZARYS y su referencia es MTS-XL, que en la ficha técnica se indica que la mascarilla tiene un conector compatible con venturi, vaso nebulizador y tubo coarrugado, y que figura el dato “Garantía de calidad CE1275”. No obstante, al no tener acceso a la muestra, aduce que no pudo confirmar el tipo de mascarilla ofertado, ni el marcado CE impreso en el etiquetado del producto para poder conocer el Organismo Notificado que ha evaluado la conformidad del



producto con la Directiva Europea 93/42/CEE que regula los productos sanitarios. En concreto, manifiesta que *“Este Organismo Notificado debe coincidir con el emisor del Certificado de Garantía de Calidad CE y con el declarado en la Declaración de Conformidad del fabricante, documentos que entendemos debieron ser presentados en la documentación técnica aportada al expediente por ENDOOK EUROPE, S.L., pero que no nos fueron mostrados en la vista del expediente.*

El Certificado CE, la Declaración de Conformidad y el etiquetado del producto son indispensables para poder determinar si la oferta presentada cumple los requisitos exigidos en el pliego.

(...) Los certificados de calidad conformes a la Norma UNE EN ISO 9001:2015 y UNE EN ISO 14001:2015 no son suficientes para acreditar el marcado CE de un producto sanitario, ya que no especifican el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 93/42/CEE que regula este tipo de productos. Para este requisito se necesitan tanto el certificado CE como el marcado CE con el número del Organismo Notificado impreso en el etiquetado de la muestra(...). La imposibilidad de acceder a la muestra nos ha impedido también comprobar si el etiquetado cumple lo exigido en el Real Decreto 1591/2009 y en el PPT, incluyendo el marcado CE correcto y la información exigible en castellano.

Con la documentación presentada al lote 2 por la empresa ENDOOK EUROPE, S.L., que INTERSURGICAL ha podido estudiar (...) creemos que el producto adjudicado en el lote 2 no cumple los requisitos exigidos en el PPT en relación a la certificación del marcado CE por Organismo Notificado acreditado y en consecuencia debió ser excluido de la licitación”.

Asimismo, INTERSURGICAL solicita del Tribunal *“la posibilidad de acceder a la muestra y etiquetado presentados por ENDOOK EUROPE, S.L., al lote 2, así como acceder a una copia de los documentos anteriormente citados: Certificado CE de Producto Sanitario según la Directiva 93/42/CEE y la Declaración de Conformidad del fabricante, si hubieran sido presentados por la citada empresa, con el fin de poder estudiarlos en su totalidad, y poder completar o corregir este recurso si procediere”.*

En el informe al recurso, el órgano de contratación se opone al motivo expuesto esgrimiendo que INTERSURGICAL pudo analizar el expediente en su totalidad y acceder a toda la documentación técnica presentada por la adjudicataria. Asimismo, respecto a la muestra, manifiesta que *“Se puso en conocimiento del asistente que las muestras se custodian en el almacén centralizado, no en el expediente*



administrativo, y se pusieron a su disposición antes del vencimiento del plazo del recurso, cuando se trajeron desde el almacén sito en el Polígono de Juncaril a las dependencias administrativas del órgano de contratación, ubicadas en la Avenida de las Fuerzas Armadas. No obstante, el recurrente ha optado por presentar el recurso antes de comprobar la muestra solicitada”.

Concluye, pues, que se facilitó a la recurrente toda la documentación incluida en el sobre 2 relativa *“al tipo de mascarilla ofertada, incluido el Código de Identificación del Producto (CIP) que permite a cualquier interesado consultar en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud las características concretas de un determinado producto”* y que *“(…) En el caso que nos ocupa, la ficha técnica indica “Garantía de calidad CE 1275” que la Comisión ha dado por válida, pudiendo haberlo comprobado el recurrente en la muestra que se puso a su disposición.”*

En consecuencia, estima que el producto ofertado por la adjudicataria cumple los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

SEXTO. Expuestos los alegatos de las partes, procede el examen de la controversia que se ciñe a dirimir si la oferta adjudicataria del lote 2 cumple los requisitos técnicos establecidos en la cláusula cuarta del PPT: *“estar en posesión del documento Marca CE y N.º del Organismo Notificado donde se ha obtenido”.*

Como punto de partida, hemos de señalar que la recurrente solicitó vista del expediente y obtuvo la misma el 23 de julio de 2020, antes de la interposición del recurso que lo fue el 29 de ese mismo mes. Además, según consta en el acta de la vista obrante en el expediente, INTERSURGICAL pudo examinar toda la documentación del sobre 2 aportada por la adjudicataria en la medida que dicha entidad no la había declarado confidencial. El hecho de no haber obtenido copia de la oferta técnica de ENDOOK -garantía que ha preservado el órgano de contratación al tratarse de la proposición de una licitadora y no propiamente de documentación administrativa obrante en el expediente para la que, en principio, no habría habido inconveniente en facilitar copia- no ha restringido en absoluto el derecho de acceso de INTERSURGICAL, que ha podido examinar en las dependencias del órgano de contratación todo el contenido del sobre 2 aportado por aquella entidad.

Asimismo, consta en el expediente que el 3 de agosto de 2020, la recurrente procedió al examen de la muestra y de su etiquetado en las dependencias del órgano de contratación. Aunque dicho examen tuvo



lugar una vez vencido el plazo de impugnación e interpuesto ya el recurso por parte de INTERSURGICAL, carece de todo sentido que este Tribunal conceda ahora a la recurrente un trámite de vista del que ya ha gozado. En la medida que la recurrente consintió ver la muestra y etiquetado de la oferta de ENDOOK en la sede del órgano de contratación una vez formalizado el recurso, debió declinar la solicitud de dicho acceso ante este Tribunal; y, en todo caso, pudo completar el escrito de interposición inicial con la información arrojada por la muestra y su etiquetado. No resulta procedente, pues, acceder de nuevo a un trámite de vista de la muestra que ya fue concedido por el órgano de contratación.

Sin perjuicio de lo anterior, para su propio examen y valoración, el Tribunal ha solicitado al órgano de contratación la muestra y etiquetado de la oferta adjudicataria. En cumplimiento de este trámite, dicho órgano ha remitido fotografía del envase del producto donde figuran los datos pertinentes y un informe suscrito por el Subdirector Económico-Administrativo del hospital en el que se indica que *“La evaluación del producto ofertado se ha realizado a partir de la muestra aportada, en cuyo envase, en el ángulo inferior izquierdo (se adjunta fotografía con el detalle sombreado) aparece que el número del organismo notificado donde se ha obtenido el marcado CE es el 0197. En la página web de la Comisión Europea consta que la notificación de este organismo no ha sido retirada, ni caducada, ni suspendida, por lo que debe entenderse vigente(...)”*.

En efecto, este Tribunal ha podido comprobar el marcado CE y el número del Organismo Notificado (0197) en el envase de la muestra. Es por ello que, frente a la presunción de incumplimiento alegada por la recurrente *“(...) creemos que el producto adjudicado en el lote 2 no cumple los requisitos exigidos en el PPT”*, queda acreditado que la oferta de ENDOOK al citado lote cumple los requisitos establecidos en la cláusula 4 del PPT: *“estar en posesión del documento Marca CE y N.º del Organismo Notificado donde se ha obtenido”*.

Debe, pues, desestimarse el motivo del recurso.

SÉPTIMO. En un segundo alegato, INTERSURGICAL denuncia que el producto ofertado por ENDOOK al lote 2 no es el producto solicitado en el pliego. En tal sentido, esgrime que la referencia MTS-XL de la proposición adjudicataria *“es una mascarilla diseñada únicamente para administración de oxígeno en una concentración aproximada o media pero no en concentraciones fijas, ya que la concentración no viene*



determinada por un venturi, sino que depende del flujo y de la capacidad ventilatoria del paciente. Este tipo de mascarillas son las denominadas “Mascarillas de concentración media”, las cuales siempre incorporan un conector rígido de 6 mm (diámetro estandarizado) que permite la conexión de una alargadera para administración directa de oxígeno al paciente (...).

La mascarilla ofertada por ENDOOK EUROPE, S.L., a pesar de no estar diseñada para la administración de concentraciones fijas de oxígeno o de nebulización, a lo mejor podría permitir conectar algún venturi o nebulizador, pero nunca de forma directa, sino manipulando el producto, es decir, el usuario debe quitar el conector rígido con el vástago para la línea de oxígeno y a continuación debe intentar unir el venturi o nebulizador al plástico blando de la mascarilla. Aparte del problema que esta manipulación pueda suponer, por ejemplo si el usuario se encuentra ante un caso de urgencia, la conexión resultante no es segura, el venturi o el nebulizador se puede desconectar al no estar unido a la mascarilla por ninguna conexión rígida, lo que puede ser un riesgo para pacientes críticos o con parámetros ventilatorios muy comprometidos. “

Añade que el hecho de que una empresa haya resultado adjudicataria en el lote 2 ofertando un producto que no se ajusta al PPT, aunque realizando alguna manipulación en el mismo pudiera permitir una conexión similar a la que proporcionan productos diseñados específicamente para la indicación del PPT “administración de aerosoles y oxígeno”, supone una vulneración del principio de igualdad de trato.

En su informe al recurso, el órgano de contratación aduce, en síntesis, que el producto ofertado por ENDOOK cumple los requisitos técnicos exigidos en el PPT por lo que se procedió a su valoración y que, si bien es cierto que la oferta de INTERSURGICAL es técnicamente mejor y por eso obtiene una mayor puntuación, ello no significa que la de las restantes entidades licitadoras no sirvan para cumplir su finalidad, sino que simplemente lo hacen en menor medida pero sin motivo para rechazarlas a juicio de la comisión técnica.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. En el Anexo 2 al PPT se describen las características técnicas de los productos objeto del suministro. En concreto, respecto al lote 2 “mascarilla para oxígeno y aerosoles/adultos -GC” se especifica lo siguiente:



<i>"Datos de la ficha técnica"</i>	
<i>Indicaciones</i>	<i>Para la administración de aerosoles y oxígeno</i>
<i>Descripción</i>	<i>Flexible y adaptable a la cara a la que se sujeta con una cinta elástica. Agujeros laterales para la salida del aire expirado. Conector compatible con válvulas venturi, aerosoles, tubos coarrugados. Con o sin clip metálico que ajustado sobre la nariz permite una mejor adaptación. Con alargadera.</i>
<i>Material</i>	<i>Material plástico</i>
<i>Medidas</i>	<i>Adultos</i>
<i>Envasado</i>	<i>Envase único con etiquetado en el que figure la denominación del artículo, el número de lote, la referencia comercial".</i>

La comisión técnica emitió informe sobre la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor el 16 de enero de 2020. En el citado informe se indica que la evaluación se ha realizado analizando la documentación técnica aportada y las muestras remitidas. Así, en lo que se refiere al lote 2, todas las proposiciones aparecen valoradas por la comisión técnica en su informe, a diferencia de lo que ocurre en otros lotes -como por ejemplo el 14- donde se señala que tres de las proposiciones ofertan un producto distinto al solicitado y se propone su exclusión.

Quiere ello decir que la comisión técnica -integrada por un grupo de profesionales sanitarios a los que se presume conocimientos en la materia por su experiencia y especialización- no ha apreciado en el lote 2, tras valorar la muestra y documentación técnica de ENDOOK, motivo alguno para considerar que su mascarilla no se ajuste a las exigencias del PPT, tal y como denuncia la recurrente.

A ello se suma que el alegato de la recurrente, como ella misma indica, se efectúa sobre la base de una imagen del producto que aparece en la página web del fabricante y no es concluyente respecto al incumplimiento de la oferta adjudicataria porque reconoce que *"a lo mejor podría permitir conectar algún venturi o nebulizador"* y que *"realizando alguna manipulación en el producto pudiera permitir una conexión similar a la que proporcionan productos que han sido diseñados específicamente para la indicación indicada en el PPT"*.

En definitiva, el PPT exige para el lote 2 *"Conector compatible con válvulas venturi, aerosoles, tubos coarrugados(...)"* y la recurrente no menciona ni acredita que haya incompatibilidad, razón de más para que su parecer respecto de las cualidades de la mascarilla ofertada por ENDOOK no pueda prevalecer sobre el criterio técnico de la comisión que no considera que dicha mascarilla, tras el examen pertinente



sobre la muestra misma, incumpla el PPT, aun cuando su valoración técnica (6 puntos) haya sido inferior a la de la recurrente (16 puntos). En este sentido, el informe técnico señala respecto al producto de ENDOOK lo siguiente:

“FACILIDAD DE USO: correcta. Menor adaptación facial y mayor resistencia para cambiar de tratamiento de aerosoles a oxígeno. Y menor tolerancia para el paciente.

MEJORAS TÉCNICAS: nada reseñable.

CALIDAD Y DISEÑO DEL MATERIAL: adecuados, pero muy flexibles y menos duradera”

Se aprecia, pues, que dicha valoración presupone la inferioridad del producto ofertado por ENDOOK respecto al del INTERSURGICAL valorado con 16 puntos, pero ello no determina el incumplimiento de aquel, ni la recurrente ha acreditado tal extremo más allá de la exposición de su parecer técnico.

Como señalamos en nuestra Resolución 409/2019, de 3 de diciembre, a propósito de una controversia similar, *“El informe técnico es claro y rotundo en cuanto a que el artículo ofertado cumple las características técnicas y, como señala el órgano de contratación, aquel ha sido emitido por personas especializadas en la materia, debiendo considerarse que su razonamiento técnico respecto al cumplimiento goza de una presunción de certeza y validez que solo podrá destruirse mediante una prueba clara de que se ha producido error en esa apreciación.*

En el supuesto enjuiciado, corresponde, pues, a la recurrente fundar y acreditar su alegación de incumplimiento para poder desvirtuar aquel criterio del órgano técnico evaluador, lo que no ha efectuado”.

Finalmente, también ha declarado este Tribunal (por todas, Resolución 238/2018, de 8 de agosto) que *“solo procede la exclusión de la proposición presentada cuando el incumplimiento sea claro, expreso y deducible de la oferta, de modo que no quepa duda alguna que la misma es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones contenidas en el pliego técnico”;* circunstancia que, como hemos expuesto, no concurre en el supuesto examinado.

Procede, pues, la desestimación del motivo y con él, la del recurso interpuesto.

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 **INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L.** contra la resolución, de 8 de julio de 2020, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, por la que se adjudica el acuerdo marco con una única empresa para el “suministro de material específico de monitorización y ventilación cardiorespiratoria para los centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Granada”, respecto al lote 2 (Expte. 593/2019 – AMSU060-2019/335272), convocado por el citado Hospital Universitario, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto al lote 2 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 58.2 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.

