

Recurso 191/2022
Resolución 357/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 30 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JJ SURGICAL VISION SPAIN, S.L** contra la resolución de adjudicación, de 25 de abril de 2022, del contrato denominado “Suministro de prótesis oftálmicas y packs quirúrgicos de oftalmología para los centros vinculados a la Central Provincial de Compras de Granada” (Expte. CCA.CJDITNA (2021/717441)), respecto del lote 3, promovido por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 13.510.120 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El 25 de abril de 2022, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. Respecto del lote impugnado -el lote 3- se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución es notificada a la recurrente el 28 de abril de 2022.

SEGUNDO. El 19 de mayo de 2022, tuvo entrada en el registro del este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad JJ SURGICAL VISION SPAIN, S.L (en adelante la recurrente) contra el desistimiento respecto del lote 3 acordada en la resolución de adjudicación, de 25 de abril de 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 15 de junio de 2022.

No se ha realizado el trámite de alegaciones dado que la recurrente es la única entidad licitadora respecto del lote impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el 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. Legitimación.

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. Acto recurrible.

Es objeto de impugnación desde un punto de vista formal la resolución de adjudicación del órgano de contratación de 25 de abril de 2022, si bien, desde una perspectiva material la recurrente cuestiona el acuerdo en ella contenido de desistimiento -respecto del lote 3- del procedimiento de adjudicación de un contrato calificado de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c). En este sentido, el desistimiento es asimilable a la adjudicación, como acto finalizador del procedimiento, a los solos efectos del recurso especial, como reiteradamente viene reconociendo este Tribunal (v.g. Resolución 126/2022, de 18 de febrero).

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Analizados los requisitos de admisión del recurso procede, con la finalidad de enfocar el objeto del debate, reproducir las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de contratación. Como se ha indicado, el objeto del procedimiento de contratación es el suministro de tracto sucesivo y por precios unitarios de prótesis oftálmicas y packs quirúrgicos. Según se recoge en el anexo I del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) el lote 3 tiene el siguiente objeto: «PC.SANI.04.18.20.000002 L. I.O CAMARA POSTERIOR PLEGABLE ACRILICA».

Al que se acompaña la siguiente información:



Datos de la Ficha Técnica	
Indicaciones	Corrección quirúrgica de alteraciones del cristalino.
Descripción	Lente intraocular de cámara posterior, plegable. * Tipo de sujeción: Asas en forma de C, L,... * Monobloque. * Nivel corrección dioptrías: -5 a + 40D * Forma: biconvexa, menisco,... * Orificio: Sin.
Material	* Acrílica hidrófoba o hidrófila. * Algunas, las asas son de PMMA.
Medidas	* Variabilidad de medidas* Diversos rangos e intervalos dióptricos.
Envasado	* Envase unitario estéril con etiquetado en el que figure: .Denominación del artículo .Método de esterilización utilizado. .Fechas de esterilizado y caducidad. .Número de lote. .Referencia comercial.

«Otras características:

Lente monobloque. Material acrílico hidrofóbico. Precargada. Debe permitir la visión intermedia mejorada. Superficie anterior esférica, biconvexa, y continua de orden superior. Diámetro de zona óptica de 6 mm Debe permitir la visión intermedia mejorada. Filtro UV».

Según se recoge en la resolución de adjudicación la oferta de la recurrente fue admitida y propuesta como adjudicataria, en este caso, al ser la única que se presentó en el procedimiento de licitación respecto del citado lote.

Asimismo, se indica en la Resolución de 25 de abril de 2022 de adjudicación del contrato lo siguiente: «Con fecha 7 de marzo de 2022, la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud, comunica que: “La cartera de implantes está regulada por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En esta cartera están expresamente excluidas las lentes multifocales, solo están autorizadas las monofocales y algunas especiales tóricas. Las lentes EDOF son difíciles de calificar la empresa las califica como monofocales (monofocales mejoradas, monofocales con el punto focal extendido), aunque se comportan como multifocales y, de hecho, tienen la suficiente especificidad como para que la misma empresa solicite un código de producto que recoja la visión intermedia mejorada.

Dado que el tipo de lentes incluidos en el lote nº3 de este expediente se corresponde con lo indicado en dicha comunicación, procede desistir del procedimiento de adjudicación del referido lote, por no encontrarse incluido en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud». Finalmente, en la indicada resolución se acuerda el citado desistimiento del lote 3 y se adjudican otros lotes.

2. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de desistimiento del órgano de contratación respecto del lote 3. En síntesis, la recurrente argumenta lo siguiente:

«(a) La lente Tecnis Eyhance ofertada por JJ VISION en el Lote nº 3 ha sido considerada erróneamente por el órgano de contratación como una lente “multifocal”. Y como consecuencia directa e inmediata de ese error de concepto, el órgano de contratación ha considerado que no está incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, puesto que de dicha cartera están excluidas las lentes multifocales. En base a lo cual ha considerado que el Lote nº 3 no puede adjudicarse a JJ VISION. Cuando por el contrario se trata de una “lente monofocal” que simplemente cuenta con una ventaja adicional, y por tanto sí está incluida en la



cartera de servicios del SNS, lo que determina que el Lote nº 3 debería haberse adjudicado a JJ VISION al cumplir a su vez las demás prescripciones técnicas establecidas en los Pliegos.

(b) Una prueba clara de que la lente Tecnis Eyhance es una lente “monofocal” lo constituye el hecho de que esta lente se viene suministrando a otras muchas Administraciones públicas españolas a través de concursos públicos adjudicados a JJ VISION, en los que dicha lente ha sido considerada en todos los casos como “monofocal” (nada más ni nada menos que en 17 concursos públicos convocados en los últimos 4 años).

(c) La lente Tecnis Eyhance ofertada por JJ VISION en el Lote nº 3 no necesita obtener un nuevo código de producto, ni un código de atributo, ni en el ámbito de la Cartera de servicios del SNS, ni en el Catálogo de bienes y servicios del SAS, para que dicha lente pueda ser adquirida mediante concurso público en el ámbito del SAS, o en cualquier otro ámbito de la geografía española.

(d) El órgano de contratación ha utilizado la figura del “desistimiento” para no adjudicar el Lote nº 3, y ello no es correcto conforme a Derecho porque no se dan los requisitos tasados que establece la LCSP para que pueda producirse el “desistimiento” de la adjudicación de dicho Lote. Ahora bien, como se expone en líneas posteriores de este Recurso, tampoco podría el órgano de contratación en el caso en cuestión utilizar otras vías (como la “renuncia”, “declarar desierto” dicho lote, etc.) para no adjudicar el Lote nº 3, por lo que dicho lote debería ser adjudicado a JJ VISION.

(e) Las necesidades a las que se refiere la Memoria Justificativa de este concurso no quedarán cubiertas, sin justificación legal, si el “desistimiento” del Lote nº 3 deviene firme, con el gran perjuicio e impacto que ello tendrá tanto sobre un gran número de pacientes, como sobre las arcas sanitarias.

(f) El error de concepto en el que ha incurrido el órgano de contratación puede solucionarse por vías previstas en la LCSP, como es, entre otras vías posibles, a través de la “revocación” de su decisión de “desistir” de la adjudicación del Lote n.º 3.».

La recurrente solicita que sea estimado su recurso y que en consecuencia se anule y se deje sin efecto la resolución impugnada en lo que atañe al acuerdo de desistimiento respecto del lote 3 y que se proceda a retrotraer las actuaciones para que se le adjudique el contrato.

3. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso manifestando que el artículo ofertado por la recurrente estaba incluido en la propuesta de adjudicación formulada por la mesa de contratación ya que cumplía los requisitos establecidos en los pliegos reguladores del expediente, pero que el desistimiento se produjo con posterioridad a esta fase del procedimiento.

Afirma que como consta en la resolución impugnada, la mesa de contratación formuló su propuesta de adjudicación a favor de la recurrente, el 11 de febrero de 2022 y que el comunicado de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud, del Servicio Andaluz de Salud (en adelante SAS) que motivó el desistimiento se recibió el 7 de marzo en un momento, por tanto, posterior. Sobre lo anterior, manifiesta que el centro directivo mencionado tiene competencias para determinar los recursos materiales necesarios para la práctica asistencial y considera que no puede la recurrente arrogarse esas funciones so pretexto de que en otras partes del Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS) se utilice este tipo de lente y por ello deba utilizarse también en Andalucía.

En definitiva, argumenta que en la preparación del expediente objeto del recurso, por error, no se tuvo en consideración que las lentes incluidas en el lote nº 3 no estaban autorizadas por la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud, por lo que formalmente no debieron haberse licitado. Manifiesta, que considerando el momento procedimental en que se encontraba el expediente cuando se recibió la comunicación



de la mencionada Dirección General, no había posibilidad de retrotraer las actuaciones para modificar las necesidades. La única posibilidad de dar cumplimiento a las instrucciones recibidas era desistir del procedimiento de adjudicación en base a lo establecido en el artículo 152.4 LCSP.

Finalmente, en relación con las manifestaciones realizadas por la recurrente relativas a que las lentes que ha ofertado sí están incluidas dentro de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, aportando una relación de centros donde las suministra, afirma, que como se puede observar entre ellos no se encuentra ninguno de la Comunidad Autónoma Andaluza, lo que corrobora que en el ámbito del SAS no está autorizada su licitación y ello porque todavía no están catalogadas en el catálogo de bienes y servicios del SAS con la asignación de un código genérico de centro (GC) que permita su compra.

Con relación a lo argumentado por la recurrente sobre las especificaciones técnicas del suministro con relación a la consideración de las lentes como monofocales, monofocales mejoradas o multifocales no se revela a su juicio relevante para la sustanciación del presente recurso, por lo que no formula ninguna alegación al respecto. En el mismo sentido, tampoco analiza el beneficio que pueda suponer para determinados grupos de pacientes la utilización de estas lentes por estimar que esto queda al margen del ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación.

Por todo lo anterior, solicita que se inadmita el recurso al entender que el desistimiento está fundamentado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre el cumplimiento del acuerdo de desistimiento del artículo 152 de la LCSP.

Una vez expuesto lo anterior, abordamos, a continuación la cuestión de fondo que se circunscribe a determinar la conformidad a derecho del desistimiento acordado por el órgano de contratación, que es el objeto de enjuiciamiento en el presente recurso, dada la naturaleza revisora de este Tribunal.

En este sentido el desistimiento del órgano de contratación queda regulado en el artículo 152.4 de la LCSP que establece sobre esta cuestión: *«El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación».*

Una vez expuesto lo anterior, a la vista de las posturas de ambas partes, procede, analizar, en primer lugar, la naturaleza de la infracción cometida por el órgano de contratación, a fin de determinar si fue o no correcta la vía procedimental escogida para subsanarla.

Se ha de mencionar que la motivación del órgano de contratación para desistir se fundamenta en los siguientes argumentos: (I) que la lente que oferta la recurrente no es monofocal y que por lo tanto no se recoge en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. (II) que las lentes son EDOF y que por tanto son difíciles de calificar. (III) que la empresa debe solicitar un código de producto que recoja la visión mejorada.

Pues bien, como se ha indicado la recurrente combate el motivo de desistimiento relativo a que el suministro no se encuentra recogido en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, argumentando que la lente es monofocal y que sí esta recogida en el mencionado sistema con el código *«OF 0113LIO de cámara posterior monofocal plegable acrílica esférica hidrofóbica»*. Además, presenta como prueba distintos



procedimientos de licitación de los que ha resultado adjudicataria ofertando el producto, en el que se indica que el mismo es monofocal. Dicha afirmación parece reconocerse por el órgano de contratación en su informe al recurso, dado que no la cuestiona y parece reconducir el motivo del desistimiento a otra de las cuestiones que lo motiva; el hecho de que este tipo de lentes no están catalogadas con la asignación de un código genérico de centro (GC) que permita su compra. Como se ha indicado, el resto de motivos por los que el órgano de contratación desiste del lote 3, son que este tipo de lentes son «EDOF», que ello dificulta su calificación y que deberían tener un código de producto propio que recoja la característica de visión mejorada.

Sobre lo anterior, la recurrente en su escrito afirma, por un lado, que las lentes que oferta no son «EDOF» (*extended depth of focus*) pero no acredita documentalmente dicha aseveración. En este sentido, se limita a argumentar que en su catálogo de productos sí dispone de lentes de estas características pero que las que oferta no la disponen de ella, y que quizás este hecho -el disponer de otras lentes que sí son EDOF- ha podido confundir al órgano de contratación. Por otro lado, la recurrente también argumenta que no es necesario que se cree un código de producto adicional para contemplar la citada lente por el hecho de disponer de la característica adicional de «visión intermedia mejorada».

En desarrollo de lo anteriormente mencionado la recurrente indica que no ha procedido a solicitar un nuevo código de «producto» ni en el ámbito del SNS ni en el ámbito del SAS, sino que únicamente ha solicitado un nuevo código de «atributo» para reflejar esa nueva característica adicional de «visión intermedia» que tiene la lente monofocal «Tecnis Eyhance» en comparación con otras lentes monofocales que oferta la propia recurrente y de otras casas comerciales y que el trámite se ha iniciado, no por iniciativa propia, sino porque se lo ha solicitado el propio SAS. A su juicio, el registro de dicho nuevo «atributo» o mejora adicional de la lente no es necesario realmente, considera, que no es necesario que dicha característica adicional tenga un registro independiente o adicional a los ya existentes en el banco de productos del SAS para que la lente pueda ser ofertada y adjudicada en un procedimiento de licitación, y en particular, adjudicada a través del lote número 3 del referido expediente.

Como se ha mencionado, este Tribunal concluye que si bien es cierto que la recurrente justifica que sí se encuentra incluido el suministro ofertado en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, en tanto que el órgano de contratación no cuestiona dicha aseveración y así queda justificado con los distintos procedimientos a nivel nacional a los que la recurrente ha participado, ello no enerva el otro motivo en que se justifica el desistimiento y que se concreta en la necesidad existente a juicio del órgano de contratación de que las lentes deban estar catalogadas con la asignación de un código genérico de centro (GC) propio en el catálogo de bienes y servicios del SAS, dadas su especificidad respecto del resto de las lentes monofocales.

En este sentido, de conformidad con el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, que establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y regula el régimen de bienes y servicios homologados, así como el Decreto 105/2019, de 12 de febrero, que establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Familias y del Servicio Andaluz de Salud y, en concreto, la Resolución de 21 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se modifica el contenido y denominación del Catálogo de Productos y Materiales de Consumo del SAS, el uso del mencionado catálogo es obligatorio a todos los efectos, y en especial para identificar los productos que van a ser adquiridos o sometidos a cualquier tipo de transacción por los Centros sanitarios. Desde esta perspectiva, si el propio órgano de contratación considera que no existe un código genérico de centro apropiado para el suministro del que se pretende aprovisionar ello conlleva que el mismo no se pueda adjudicar atendiendo a las propias normas de contratación del SAS, sin que sobre esta cuestión pueda prevalecer el criterio de la recurrente que considera que su producto no es tan específico para que se necesite la creación de un nuevo código, pues es su opinión, no puede prevalecer sobre la del órgano de contratación que tiene la potestad de



autoorganización y la competencia en la determinación de sus necesidades a la hora de contratar. En este sentido, parece razonable que en el momento en el que el órgano de contratación detecta que el código utilizado en la licitación es incorrecto, teniendo en cuenta que su uso resulta obligatorio y no existiendo un código apropiado este considerase que procedía el desistimiento de la licitación respecto del lote impugnado.

Por otro lado, no procede realizar un pronunciamiento específico sobre la alegación relativa a que existe una necesidad en los centros que no queda cubierta por el desistimiento del órgano de contratación puesto que, en el sentido que manifiesta el órgano de contratación, dicha cuestión no es objeto del recurso especial.

En definitiva, este Tribunal considera que el desistimiento acordado por el órgano de contratación respecto del lote 3, por el hecho de ser adjudicado a un suministro que por su especificidad no se encuentra dado de alta en el catálogo de bienes y servicios del SAS resulta correcto por lo que procede la desestimación del recurso, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.2. de la LCSP.

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 **JJ SURGICAL VISION SPAIN, S.L** contra la resolución de adjudicación, de 25 de abril de 2022, del contrato denominado “Suministro de prótesis oftálmicas y packs quirúrgicos de oftalmología para los centros vinculados a la Central Provincial de Compras de Granada” (Expte. CCA.CJDITNA (2021/717441)), respecto del lote 3, promovido por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 3.

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.

NOTIFÍQUESE 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.

