Recurso 6/2023
Resolución 61/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ITURRI S.A.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 11 de noviembre de 2022 por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del "Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud", (Expte. 4000/2022, nº siglo 462/2022, (CONTR 2022 0000588333)), convocado por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente .

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de julio de 2022 se publicó 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 Acuerdo Marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 33.839.406,00 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 normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, que ha sido excluida de la licitación por la mesa de contratación de 11 de noviembre de 2022 en la que esta aprobó el informe de valoración de la comisión técnica sobre los criterios de valoración automáticos que respecto a la oferta de la recurrente hacía constar que *"No cumple PPT, se propone para su exclusión"*.

SEGUNDO. El 4 de enero de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ITURRI S.A., (en adelante la recurrente) contra el acuerdo indicado en el antecedente anterior.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del escrito de impugnación, requiriéndole el expediente administrativo y el informe sobre las alegaciones formuladas en el recurso. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 10 de enero de 2023, excepto la documentación complementaria

solicitada el 18 de enero de 2023 y recibida el 25 de enero de 2023, en el procedimiento de recurso número 520/2022.

La Secretaría del Tribunal confirió un trámite común de alegaciones a los restantes licitadores, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, en el que se han presentado las formuladas por la entidad CELULOSAS VASCAS, S.L.

El 23 de diciembre de 2022, este Tribunal mediante Resolución M.C. 154/2022 adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por UNIÓN 50, S.L. en el recurso interpuesto por esta que se tramita con el número 520/2022.

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.

Procede ahora 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 acuerdo marco de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que contra el citado contrato cabe recurso especial en materia de contratación, ex artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido, en su escrito de recurso, la recurrente manifiesta *"Que, mediante el presente escrito, considerando no ajustados a Derecho los acuerdos adoptados por la Mesa de Contratación en sus respectivas actas de reunión de 25 de noviembre de 2022 (publicada en el perfil del contratante el 13 de diciembre), y de 11 de noviembre de 2022, se interpone contra el mismo RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN",* antes de exponer los motivos de impugnación formales y materiales.

En la sesión celebrada el 11 de noviembre de 2022 la mesa de contratación aprobó el informe de valoración de los criterios automáticos de adjudicación suscrito el 10 de noviembre por la comisión técnica, que proponía la exclusión por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) de la oferta presentada por la recurrente al acuerdo marco. No obstante, la recurrente manifiesta que tiene conocimiento de ello con la publicación del acta de la sesión celebrada el 25 de noviembre en la que se somete a la consideración de la mesa el informe de baja anormal de una de las licitadoras y se acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación.

Así la recurrente manifiesta que *"El acto administrativo de trámite aquí impugnado es pues el acta de reunión de la Mesa de Contratación de 25/11/2022, por la que se da por efectivamente excluida la oferta de ITURRI sin que haya mediado con carácter previo un acuerdo de exclusión del órgano de contratación. El recurso que aquí se formaliza, se interpone ad cautelam, y sin perjuicio de la posterior impugnación de los acuerdos de exclusión de la oferta de ITURRI que pueda adoptarse por el órgano de contratación, así como del acuerdo de adjudicación del Acuerdo Marco que en su día recaiga".*

Si bien, como manifiesta la recurrente *"los motivos de fondo en los que se fundamenta el recurso que aquí se interpone, relativos a la improcedencia de los motivos por los que la Mesa ha excluido de facto a la oferta de ITURRI, no habiendo procedido por tal razón a su valoración".*

En definitiva, ha de entenderse que es objeto de impugnación el acto de exclusión de la oferta por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados es 1.b) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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:*
c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente por la mesa de contratación fue publicado el 23 de noviembre de 2022 en el perfil de contratante, si bien la recurrente manifiesta que tuvo conocimiento del mismo tras la publicación del acta de la sesión de la mesa de contratación de 25 de noviembre de 2022, que fue publicada en el perfil de contratante el 13 de diciembre de 2022, por lo que, no constando notificación de la exclusión ni que tuviera conocimiento de ella previamente, el recurso presentado el 4 de enero de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado, aun cuando hubiera tenido conocimiento de ella el mismo día de la publicación del acta de la sesión de 25 de noviembre de 2022, esto es el 13 de diciembre de 2022.

Así se ha de desestimar la solicitud de inadmisión del recurso contra la exclusión por extemporáneo pretendida por el órgano de contratación.

QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente en su escrito de recurso solicita a este Tribunal que *"tenga por interpuesto recurso especial en materia de contratación contra las decisiones que constan en la Mesa de Contratación de 25 de noviembre de 2022 (publicada en el perfil del contratante el 13 de diciembre de 2022), identificadas en el cuerpo de este escrito supra, y previos los trámites oportunos, se dicte por este Tribunal ordenando la nulidad de la propuesta de adjudicación del, Acuerdo Marco CONTR 2022 0000588333 contenida en el acta impugnada (al haberse adoptado ésta sin la valoración / puntuación de las ofertas de todas las licitadoras concurrentes al procedimiento de contratación), ordenándose la retroacción del procedimiento al estadio inmediatamente anterior al acto anulado".*

No obstante, por las razones expuestas en el fundamento de derecho tercero, con el recurso especial interpuesto la recurrente pretende la admisión de su oferta excluida por la mesa de contratación en la sesión celebrada el 11 de noviembre de 2022. En ésta se aprueba el informe de valoración de la comisión técnica sobre los criterios de valoración automáticos que respecto a la oferta de la recurrente hace constar que:

"No cumple PPT, se propone para su exclusión:
No es posible establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada (Certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción y las normas UNE-EN 455) ya que el guante aparece identificado como "Guante azul de nitrilo", no pudiendo relacionarlo con la marca Mercator Nitrylex classic o referencias 40108026_L/40108026_S/40108026_M".

Conviene aclarar que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que motiva la exclusión es el recogido en el apartado 3 del mismo respecto al material: *"100% nitrilo sin polvo. Libre de látex. Libre de residuos de aceleradores químicos de la producción o por debajo de los niveles detectables, certificado por laboratorio independiente."*

En primer término considera que *"la propuesta de exclusión de ITURRI S.A. adoptada por la Mesa de Contratación ha sido tomada como si se tratase de la exclusión definitiva de la oferta de la aquí recurrente (que debe adoptar en su caso el órgano de contratación, con expresa notificación a la empresa excluida con el correspondiente pie de recurso, para que ésta pueda impugnarla si a su Derecho conviniere)".*

Por otra parte, la recurrente considera que no ha incumplido el PPT *"por cuanto:*

(i) En el sobre 3 de la oferta de ITURRI, se incluyó declaración de conformidad (documento número 18. Declaración Conformidad), por la que se evidencia de la conformidad de la oferta con la Norma EN 455-1:2020, EN 455-2:2015, EN 455-3:2015, EN 455-4:2009.

(ii) Con fecha 17/10/2022 se solicita a ITURRI mediante requerimiento de aclaraciones de la Mesa, CCA. CYTSK-3, documentación adicional a la presentada en la oferta respecto de la acreditación del cumplimiento de la norma UNE-EN 455:4 2010. Estando ya en conocimiento de la Mesa de Contratación el hecho que no fuera posible establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada (Certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción y las normas UNE-EN 455), en ningún caso se le comunica a ITURRI las características concretas esperadas sobre la trazabilidad de esta documentación en relación con la conformidad con la Norma EN 455-1:2020, EN 455-2:2015, EN 455-3:2015, EN 455-4:2009. Aprovechando este escrito para aportar la documentación que acredita dicha trazabilidad denominado DC nitrile powder free examination gloves - nitrylex classic."

2. Argumentos del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación además de solicitar la inadmisión del recurso por extemporáneo, que ya ha sido desestimado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución, se opone a lo alegado por la recurrente en su escrito de recurso en su informe al mismo.

3.- Argumentos de la entidad interesada.

CELULOSAS VASCAS, S.L. formula escrito de alegaciones en el que se adhiere *"a la solicitud de la recurrente, en lo relativo a que, tras la tramitación legalmente oportuna, se declare la anulabilidad de las Actas de la Mesa de contratación de fecha 11 y 25 de noviembre de 2022 por las que se acuerda excluir a determinados licitadores, entre ellos mi representada, y se propone como adjudicatarias a las empresas IBERIAN CARE 2016 SL, NACATUR 2 ESPAÑA SL, BARNA IMPORT MEDICA SA Y MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA SL, con la consiguiente retroacción de las actuaciones."*

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede realizar el análisis de las mismas, que se circunscribe a determinar si la oferta de la entidad recurrente incumple el requisito del PPT, por el que ha sido excluida la misma.

No obstante, siguiendo el orden de las alegaciones de la recurrente expuestas en el anterior fundamento de derecho, se ha de analizar la relativa a la competencia de la mesa de contratación para excluir las oferta y a la necesaria notificación del acuerdo de exclusión.

Al respecto, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 22.1 del 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 el artículo 7.1 el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, y en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que regula el rechazo de las proposiciones, conforme al cual se ha confirmar la competencia de la mesa de contratación para acordar la exclusión: *"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición"*.

Por tanto, la mesa es competente para acordar la exclusión.

Procede ahora analizar el principal motivo de recurso, y con ello determinar si es procedente la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplimiento del PPT al no ser *"posible establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada (Certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción y las normas UNE-EN 455) ya que el guante aparece identificado como "Guante azul de nitrilo", no pudiendo relacionarlo con la marca Mercator Nitrylex classic o referencias 40108026_L/40108026_S/40108026_M".*

Pues bien, consultada la documentación obrante en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, se comprueba que en el certificado acreditativo de que los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción o por debajo de los niveles detectables, aportado por la ahora recurrente, totalmente en inglés a pesar de que la cláusula 6.1 del PCAP dispone que las proposiciones se formularán en lengua castellana, corresponde a una muestra de la entidad MERCATOR MEDICAL, LTD, fabricante de los guantes de nitrilo ofertados, pero en el mismo no hay referencia alguna al modelo de guante analizado.

Por tanto, el certificado aportado puede corresponder al análisis de otro tipo de guante fabricado por MERCATOR MEDICAL, LTD, diferente al ofertado, o al menos no es posible asegurar que el certificado lo es del análisis del modelo ofertado.

Así, este Tribunal considera que con la documentación de la oferta "*No es posible establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada (Certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción y las normas UNE-EN 455)",* dados los distintos términos que cada documento utiliza para identificar el guante ofertado.

No obstante, siendo la exclusión de la oferta la opción más gravosa para las licitadoras y en aras de una mayor concurrencia, debe adoptarse con total garantía y en el supuesto que nos ocupa con la seguridad de que el incumplimiento del PPT es claro y expreso, pues, como ha declarado este Tribunal (por todas, Resolución 238/2018, de 8 de agosto), *"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".*

La recurrente, si bien por acuerdo de la mesa de contratación celebrada el 14 de octubre de 2022, fue requerida para presentar acreditación de la norma UNE-EN 455:4 2010, no lo fue en ningún momento para acreditar la trazabilidad entre el certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción y las normas UNE-EN 455.

Por ello se considera que, antes de proceder a la exclusión debió habérsele solicitado aclaración para que acreditara la trazabilidad entre dichos documentos, por los motivos antes expuestos y porque otras licitadoras fueron requeridas para ello.

Así, en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 14 de octubre de 2022 se solicitaron a diferentes licitadoras aclaraciones como las siguientes:

- La documentación que permita realizar la trazabilidad entre el fabricante que aparece serigrafiado en la muestra ofertada y el fabricante de la Certificado UE de tipo y del módulo C2 de la calidad de la producción.
- Documentación que permita hacer una trazabilidad entre el Certificado UE de tipo y la referencia impresa en la muestra presentada.
- Documentación que permita establecer la trazabilidad entre la documentación aportada y la referencia impresa en la muestra presentada.…
- la documentación que permita establecer la trazabilidad entre la documentación (Certificado UE de tipo y módulo C2 de la calidad de la producción).

Por todo ello, en cumplimiento de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia recogidos en el artículo 132 de la LCSP, este Tribunal considera que el recurso interpuesto debe ser estimado parcialmente anulando la exclusión de la oferta de la recurrente y retrotrayendo el procedimiento para que se le solicite documentación que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada para certificar que los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción, conforme a lo exigido en el PPT.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ITURRI S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 11 de noviembre de 2022 por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del "Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud", (Expte. 4000/2022, nº siglo 462/2022, (CONTR 2022 0000588333)), convocado por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía para que se proceda según lo indicado en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

SEGUNDO. Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 154/2022 adoptada a solicitud de UNIÓN 50, S.L. en el recurso interpuesto por esta que se tramita con el número 520/2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.