

Recurso 68/2024
Resolución 97/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 29 de febrero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BIOMED,S.A.** contra la resolución de adjudicación del «Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material específico de quirófano: hemostáticos y de adhesivos tisulares para los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud» Expediente CONTR 2022 0001159784), respecto a los lotes 6, 31 y 32 convocado por el Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa dependiente de la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de diciembre de 2022 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, respectivamente, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 27.954.799,44 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, mediante resolución de 8 de enero de 2024, el órgano de contratación acordó la adjudicación del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. En el texto de la referida resolución consta que la mesa de contratación, en la sesión de fecha 29 de mayo de 2023, acordó la exclusión de la entidad BIOMED, S.A., (en adelante la recurrente o BIOMED), respecto a los lotes 6, 31 y 32 del acuerdo marco. Consta igualmente la declaración de desierto de los lotes 6 y 32, y la adjudicación del lote número 31 a las mercantiles FARMABAN S.A y MEDTRONIC IBERICA S.A. La referida resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante con fecha 17 de enero de 2024, y con esa misma fecha fue notificada a la entidad recurrente.

SEGUNDO. El 2 de febrero de 2022, se ha presentado en el Registro Electrónico Único de la Junta de Andalucía, dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación por la entidad BIOMED, contra la resolución de 8 de enero de 2024 del Director General de Gestión Económica y Servicios del Servicio

Andaluz de Salud, de adjudicación del acuerdo marco citado en el encabezamiento, respecto a los lotes 6, 31 y 32. En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Con fecha 14 de febrero de 2023, se ha recibido en este Tribunal, remitido por el órgano de contratación, el citado escrito de recurso junto con la restante documentación necesaria para su tramitación y resolución.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

Este Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto a los lotes 6 y 32 del acuerdo marco, a solicitud de la entidad recurrente, mediante Resolución de 16 de febrero de 2024.

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.

Ostentan legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de entidad licitadora, de los lotes 6, 31 y 32 en el procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación de un acuerdo marco de suministro con valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1, letra b) y apartado 2, letra c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el expediente, el recurso se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente mediante la interposición del presente recurso solicita la anulación de la resolución de adjudicación del acuerdo marco, así como, del acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la mesa de contratación en su sesión de 29 de mayo de 2023, todo ello, respecto a los lotes 6, 31 y 32 del acuerdo marco.



El escrito impugnatorio relaciona las distintas actuaciones acontecidas durante la tramitación del expediente y que concluyeron con la exclusión de la oferta de BIOMED acordada por la mesa tras el conocimiento del informe de valoración, de 21 de marzo de 2023, sobre criterios de valoración no automáticos, y que en lo que aquí interesa, se pronunciaba en los siguientes términos:

| LOTE | EMPRESA OFERTANTE | MOTIVO VALORACIÓN |
|------|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 6 | BIOMED S.A | No cumple PPT, se propone para su exclusión: la medida de la superficie de la muestra recibida es de 25 cm ² , se solicita menor a 25 cm ² |
| 31 | BIOMED S.A | No cumple PPT, se propone para su exclusión. No se admiten variantes, sólo puede presentarse una referencia por lote. |
| 32 | BIOMED S.A | No cumple PPT, se propone para su exclusión. No se admiten variantes, sólo puede presentarse una referencia por lote. |

La recurrente acciona contra la exclusión, respecto a los tres lotes, alegando al efecto los motivos que a continuación se exponen:

(i) La oferta presentada por BIOMED para los lotes 31 y 32 no pueden considerarse variantes al cumplir lo requerido en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y al no suponer soluciones o productos diferentes. Argumenta que en el anexo II del PPT se recogía entre otras, las siguientes especificaciones técnicas:

«Lote 31

“Atributos y medidas: Capacidad (0-1): Presentación vial; Viscosidad Alta.

Medida: Varias presentaciones y capacidades.”

Lote 32

“Atributos y medidas: Capacidad (0-1): Presentación vial; Viscosidad Alta.

Medida: Varias presentaciones y capacidades.”».

Esgrime que ofertó una única solución técnica por lote, pero con dos presentaciones o capacidades, posibilidad permitida expresamente en el PPT. Por tanto, continúa la recurrente, el que aparezcan dos referencias en su oferta para cada lote, no supone que haya presentado variantes.

Considera que los dos elementos que definen el concepto de variante son: “i) oferta que varía la prestación completamente definida en los pliegos; y ii) oferta adicional a la básica exigida para ofertar a la prestación objeto del contrato”. Por lo que en el presente asunto estando previsto en el PPT, para los dos lotes, la prescripción técnica respecto a la medida del vial de “varias presentaciones y capacidades”; el hecho de presentar una única solución técnica con varias presentaciones no puede tener la consideración de variantes, sino de cumplimiento de lo solicitado en el pliego. Por todo ello califica de improcedente la exclusión de su oferta, respecto a los dos lotes, más aún al haberse declarado «el lote 32 desierto teniendo un producto como el ofertado por BIOMED que puede satisfacer perfectamente el objeto del contrato.».

(ii) Exclusión del lote 6 por presentar una superficie de 25 cm² cuando la solicitada en el PPT es menor a 25 cm².

Aduce que la exclusión respecto al lote 6 «se basa en una interpretación del criterio de todo punto rigorista, pues excluir un producto por tan mínima diferencia es un hecho absurdo que no debe tener cabida en los procesos de contratación pública, máxime cuando no existe una motivación clara del motivo por el cual la superficie de 25 cm² no permite la correcta ejecución del contrato. Y esta situación se vuelve aún más cuestionable cuando dicha decisión implica declarar un lote como desierto.».



Asimismo, alega que, «no es fácil encontrar en el mercado de la tecnología sanitaria un producto como el solicitado, esto es, con una superficie menor a 25 cm².».

(iii) Falta de motivación de la exclusión de BIOMED en los lotes 6, 31 y 32.

Argumenta que en el acuerdo de exclusión no se indica el motivo por el cual los productos ofertados para los lotes 6, 31 y 32 no pueden cumplir con el objeto del contrato, lo que implica la falta de motivación de un acto tan gravoso como es la exclusión.

En el caso del lote 31 y 32 argumenta que, si el motivo de exclusión es la presentación de variante, el incumplimiento no sería del PPT, sino del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Además, hubiera sido necesario motivar «porque tiene la consideración de variantes la presentación de una solución técnica única con varias presentaciones.».

En cuanto al lote 6, BIOMED aduce que el órgano de contratación no ha aclarado porqué el producto presentado con una diferencia de formato de 1mm² no puede satisfacer el objeto del contrato.

Cita diversas resoluciones de distintos Órganos de resolución de recursos contractuales como apoyo de la necesidad de motivación, siquiera sucinta, en las decisiones del órgano de contratación que tengan afectación directa sobre los derechos e intereses de los licitadores.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano se opone al recurso y solicita la desestimación de las pretensiones que éste contiene. Adjunta al efecto, informe de 6 de febrero de 2024, suscrito por la jefa de sección de catálogos y bancos, de cuyo contenido se extraen los siguientes argumentos.

Respecto al motivo de exclusión de los lotes 31 y 32, se informa que el recurrente planteo consulta justamente sobre el hecho que posteriormente motivó su exclusión, y que formuló en los siguientes términos: «¿Tenemos distintas referencias de producto con un mismo GC (se trata de el mismo producto, con los mismos atributos determinantes para la compra, pero el volumen/dimensiones diferentes y por tanto diferente precio). Nuestra intención es presentar oferta con todas ellas, es posible, ¿verdad?». La referida pregunta fue respondida mediante correo electrónico en sentido negativo, informando que sólo se podía hacer una oferta por lote y que no se admitían variantes. Además, la respuesta dada fue posteriormente publicada en el perfil de contratante.

En cuanto a la afirmación contenida en el recurso respecto a que «en el PPT en la prescripción técnica de los productos en referencia a la medida del vial habla de “varias presentaciones y capacidades»; afirma el informe del órgano de contratación que «cuando en el Anexo II al PPT se indica en el apartado Atributos y Medidas, que las medidas de capacidad van de [0-1] ml, y en el apartado Medida, se expresa: varias presentaciones y capacidades, entendemos que no existe contradicción entre ambos apartados, la capacidad y la medida, ya que la primera se configura como un rango, no como una medida concreta, lo que favorece la concurrencia y la libre competencia de todos los productos posibles en el mercado con una capacidad con rango entre [0-1] ml que tendrán cabida en este lote independientemente de que como se indica en la segunda, la medida, la presentación y la capacidad pueda variar por cada uno de los posibles licitadores.

Esto no quiere decir no obstante que un licitador pueda ofertar diferentes medidas o presentaciones por lote, ya que como se especifica en los pliegos, un licitador sólo pueda ofertar una de estas medidas, aunque disponga de más de una en su catálogo que cumpla con dichas características, sino que las ofertas de cada uno de los proveedores



pueden tener presentaciones y capacidades distintas, siempre que se encuentren dentro del rango que queda comprendido entre [0-1) ml.».».

En cuanto a la exclusión de la recurrente respecto del lote 6, el informe se opone a que el acuerdo de exclusión responda a una interpretación rigurosa y arbitraria de los pliegos, como afirma BIOMED. Defiende que la medida del producto debía ser inferior a 25 cm² conforme a las previsiones contenidas en el anexo II del PPT.

Además y con expresa referencia al catálogo de bienes y servicios del SAS, argumenta que *«el objeto del lote es para una medida de superficie concreta, que da respuesta a las necesidades demandadas por los centros del SAS, las medidas superiores se encuentran clasificadas en un código diferente del Catálogo de Bienes y Servicios que no han sido objeto de esta licitación, por lo que es imposible proponer adjudicación de un producto que por un lado no cumple con los requisitos definidos para un lote, y que por otro podría ser objeto de licitación a futuro.».*

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, la controversia que el presente recurso plantea se centra en discernir si resultó procedente, o no, el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de la entidad recurrente del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco, respecto a los lotes 6, 31 y 32, por diversos incumplimientos del PPT.

1.- Sobre si la oferta presentada a los lotes 31 y 32 supuso presentación de variantes.

La primera controversia se centra en discernir si la oferta de la entidad recurrente supuso la presentación de variantes para los lotes 31 y 32, extremo en el que se fundamenta la exclusión.

En tal sentido y en primer lugar interesa conocer la regulación contenida en los pliegos sobre la presente cuestión. Así la cláusula 2.1.9 del PCAP establece que: *«Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, se admitirá la presentación de variantes siempre y cuando así se establezca en el apartado 6 del cuadro resumen, en el que se expresará los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del acuerdo marco. Debiéndose indicar en el anuncio de licitación sobre qué elementos y en qué condiciones se permite la presentación de las variantes.».*

El cuadro resumen del PCAP, en el apartado 6 “Variantes”, se dispone:

«6.1.- Admisión de variantes:

[] Si [x] No

(sólo en caso de haberse establecido varios criterios de adjudicación)

6.2.- En caso afirmativo, requisitos mínimos, modalidades y características de las mismas en que queda autorizada su presentación:».

Por su parte en el apartado 19.4 del citado cuadro resumen del PCAP, se dispone: *«Cada uno de los productos que se oferten deberá disponer del Código de Identificación del Producto (CIP). El CIP identifica de manera unívoca al producto con el Código del Catálogo del SAS y el Genérico de Centro al que ha quedado adscrito y que emite el Banco de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud de forma automática, y sin previa evaluación, una vez que la empresa ha completado el procedimiento de inscripción previsto en la Resolución de 3 de noviembre de 2010 (BOJA nº 2 de 4 de enero).*

Para la identificación de los productos ofertados, la presentación de ofertas de los productos se identificará por su denominación, referencia comercial, Código CIP y Genérico de Centro correspondiente.».



En términos similares se pronuncia el PPT, en el párrafo tercero de la cláusula 2, al disponer: «Cada uno de los productos que se oferten deberá disponer del Código de Identificación del Producto (CIP). El CIP identifica de manera unívoca al producto con el Código del Catálogo del SAS y el Genérico de Centro al que ha quedado adscrito y que emite el Banco de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud de forma automática, y sin previa evaluación, una vez que la empresa ha completado el procedimiento de inscripción previsto en la Resolución de 3 de noviembre de 2010 (BOJA nº 2 de 4 de enero).

Para la identificación de los productos ofertados, la presentación de ofertas de los productos se identificará. (...)».

Pues bien, analizada la oferta presentada por la recurrente BIOMED, en concreto el anexo VI-A “Oferta técnica para su valoración conforme a criterios no automáticos”, se extrae la siguiente información:

| Nº LOTE | CÓDIGO SAS/G.C. | Nombre comercial | Referencia | Código CIP, en su caso |
|---------|------------------------------------|-------------------------|------------|------------------------|
| 31 | SUP.PC.SANI.01.12.12.100001/D44384 | Adhesivo tópico cutáneo | 72014002 | 100099161025 |
| | | LiquiBand Exceed | 72014020 | 100129744448 |
| 32 | SUP.PC.SANI.01.12.12.100001/D44385 | Adhesivo tópico cutáneo | OPT001 | 100076209692 |
| | | LiquiBand Optima | OPT002 | 100076209894 |

Por tanto, es un hecho no controvertido que BIOMED ofertó al lote 31 dos productos con referencias 72014002 y 72014020, y código CIP igualmente diferentes, y al lote 32, otros dos artículos, con referencias OPT001 y OPT002 y códigos CIP diferentes.

El informe de valoración de las ofertas y posteriormente la mesa de contratación consideró que BIOMED había presentado ofertas con variantes, entre otros, a los lotes 31 y 32 razón por la que procedió a la exclusión de la proposición de dicha empresa, respecto a diversos lotes entre los que constan los dos citados. En cambio, la recurrente sostiene que, no pueden considerarse variantes las ofertas presentadas a los lotes 31 y 32, al cumplir lo requerido en el PPT, que expresamente preveía la posibilidad de “*Varias presentaciones y capacidades*”.

Hemos de partir del dato de que, en efecto, el apartado 6.1 del cuadro resumen del PCAP no admite la presentación de variantes. Asimismo, el principio general de nuestra legislación contractual es el de proposición única. En tal sentido, el artículo 139.3 de la LCSP dispone que “Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. (...)”.

Por su parte, el artículo 142 apartados 1 y 2 de la LCSP dispone que “1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.”.

La conclusión que se extrae de ambos preceptos es que a los licitadores solo les está permitido presentar una única proposición en el procedimiento, salvo que en el anuncio y en los pliegos se admitan variantes o mejoras, con indicación de sus elementos y condiciones de presentación.



Asimismo, hemos de tener en cuenta que las variantes son proposiciones alternativas o simultáneas que, en el caso de un contrato de suministro como el presente, permitirían al órgano de contratación elegir entre diferentes bienes o productos ofertados por un mismo licitador.

No obstante, en el supuesto examinado, el PCAP establece que cada licitador presentará una sola proposición, prohibiendo el apartado 6 de su cuadro resumen la presentación de variantes. Es por ello que en esta licitación solo se admite la oferta de un producto por empresa y lote, sin que pueda considerarse como “*proposición única*” la oferta de dos productos distintos bajo la consideración de que se trata de una única solución técnica, identificada con un mismo “*Código Genérico de Centro*”, con varias presentaciones, identificadas cada una de ellas con distintos CIP y a los que correspondería distinto precio, tal y como la propia recurrente manifiesta en la consulta que planteó al órgano de contratación. Por lo que, conforme a las previsiones contenidas en los pliegos, deviene inadmisibles la pretensión de la recurrente al afirmar que “*el que aparezcan dos referencias en su oferta para cada lote, no supone que haya presentado variantes*”.

Por el contrario, es un dato objetivo que los productos identificados con distinta referencia o distinto CIP, aunque cuenten con el mismo código genérico de centro, constituyen proposiciones simultáneas. Sobre tal cuestión ya se ha pronunciado previamente este Tribunal, entre otras, en la Resolución 228/2018, de 23 de julio, y en la Resolución 238/2015, de 29 de junio. En ésta última señalábamos ante un supuesto muy similar que «*(...) dado el tenor del pliego respecto a la prohibición de variantes y la falta de indicación en el mismo de los elementos y condiciones de presentación de aquéllas, hemos de concluir necesariamente que la referencia a las tres modalidades de envase solo puede significar que los licitadores optarán, a la hora de presentar su oferta única, por uno de los tres envases admitidos.*

En cambio, no es esto lo que acontece con la oferta de (...). Por mucho que dicha empresa se empeñe en demostrar que solo ha ofertado lo que denomina “presentaciones alternativas de una misma oferta”, lo cierto es que ni tal concepto existe en la legislación contractual, ni la oferta realizada es admisible, pues dada la prohibición de variantes, tenía que haberse limitado a realizar una oferta única por lote optando por cualquiera de los tipos de envase admitidos y valorados como criterio de adjudicación, en lugar de presentar varias proposiciones a un mismo lote, conteniendo cada una un tipo de envase distinto.».

Además, en el asunto que nos ocupa, la propia recurrente formuló consulta al órgano de contratación sobre la cuestión controvertida, como antes se ha tenido ocasión de exponer, y cuya respuesta fue publicada en el perfil del contratante el 18 de enero de 2023, en los siguientes términos: «*Consulta 1: Preguntan si para ofertar a un GC del expediente, ¿se pueden ofertar todos los artículos que tenga el licitador dados de alta con ese GC sin que se consideren variantes?*

Respuesta 1: “No se admiten variantes, y no es posible ofertar todos los productos dados de alta y asociados a ese GC que se considerarían variantes”.».

En tal sentido cabe señalar que la referida respuesta tiene carácter vinculante de conformidad con la previsión contenida al efecto en el artículo 138.3 de la LCSP, dado que la cláusula 6.2.1 del PCAP disponía: «*En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.*».

En consecuencia, es correcto el acuerdo de la mesa de excluir la oferta realizada por BIOMED respecto a los lotes 31 y 32, pues al no estar prevista la presentación de variantes en la presente licitación, esta tenía que haberse limitado a realizar una oferta única por lote optando por cualquiera de los presentaciones o formatos admitidos.



Por consiguiente, con base en todas las consideraciones anteriormente efectuadas procede desestimar el primer motivo de recurso.

2.- Sobre la exclusión de la oferta de BIOMED del lote 6, por presentar una superficie de 25 cm² cuando la solicitada en el PPT es menor a 25 cm².

La controversia que este segundo motivo de recurso plantea se centra en discernir si el producto ofertado por la recurrente al lote 6 incumple, o no, el PPT tal como se concluye en el informe técnico; cuestión previa que dará respuesta a si la decisión de la mesa de contratación de excluir la oferta por ese motivo es ajustada a derecho.

El PPT que rige la presente licitación en su cláusula 2 “Requerimientos básicos”, establece: «*En el Anexo 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas figura la denominación genérica de los artículos para cada lote objeto de licitación donde se establecen los precios máximos unitarios, IVA incluido e importe del IVA, así como la unidad de medida.*»

Las características técnicas de los bienes objeto de licitación aparecen detalladas en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud y se recogen en el Anexo 2 del PPT. Todos los productos ofertados deberán cumplir con los requerimientos técnicos y de calidad expresamente exigidos en el mismo y por la normativa nacional e internacional sobre la materia y contar con las licencias, autorizaciones y demás condiciones que las disposiciones vigentes exigen al diseño, fabricación, acondicionamiento, etiquetado y comercialización del mismo. (...)»

Pues bien, consultado el anexo 2 del PPT, se ha podido comprobar que entre los requerimientos básicos exigidos al suministro objeto de licitación en el lote 6, constan las siguientes:

«Código: SU.PC.SANI.01.11.09.000002

Nombre: HEMOSTÁTICO ABSORBIBLE COLÁGENO C/ ANTIBIÓTICO / pequeño-Tipo de lámina : reabsorbible; Grosor:[0-10]; Largo: [50-100]; Ancho: (40-100]; Nemotécnico:

Medida: Unidad (Pieza)

Prescripciones Técnicas:

Indicaciones

Para hacer hemostasia en hemorragias capilares, venosas y arteriales, hemorragias de órganos parenquimatosos o de sangrado lento cuando la ligadura u otros medios convencionales son impracticables o ineficaces.

Descripción

Tejido reabsorbible de origen animal impregnado en antibiótico, no hidrosoluble y estable en medio líquido.

Material

Colágeno biológico, 2.8mg/cm² Sales de gentamicina, 2mg/cm²

Medida

Superficie < 25cm².

Envasado

Envase unitario estéril. Fácil de abrir, de forma que se garantice la esterilidad en el proceso de apertura. Etiquetado en el que figure: - la denominación del artículo - el método de esterilización utilizado - la fecha de caducidad. - el número de lote- la referencia del fabricante.».

Tras lo expuesto y en primer lugar ha de tenerse en cuenta que de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la LCSP, “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”.



El anexo 2 del PPT es claro al exigir entre las prescripciones técnicas básicas del producto, objeto de licitación del lote 6, una “Superficie < 25cm²”. Es un hecho no controvertido y reconocido por las propias manifestaciones de BIOMED contenidas en el escrito de recurso que el producto ofertado tiene una superficie de 25 cm². La alegación formulada por la recurrente se centra en la mínima diferencia entre la superficie ofertada y la requerida y las dificultades de encontrar en el mercado el producto solicitado en los pliegos. Por tanto, la recurrente intenta minimizar el incumplimiento en el que incurre su oferta manifestando la discrepancia y la oposición que dicha exigencia técnica del pliego le merece.

Ahora bien, es doctrina acuñada por este Tribunal que el órgano de contratación goza de discrecionalidad en la configuración de la prestación y de sus características técnicas, siempre y cuando las mismas encuentren adecuado fundamento y justificación en las necesidades y fines perseguidos por la contratación proyectada. Como señalábamos en nuestra Resolución 401/2020, de 19 de noviembre, reiterando a su vez doctrina previa de este Órgano, «es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate, como sucede en el caso enjuiciado.»

Por otro lado, cabe recordar que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos.

Además, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia y de otros Órganos de recursos contractuales relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia.

Por lo expuesto, la actuación de la mesa al acordar la exclusión de la oferta presentada por BIOMED al lote 6 deviene ajustada a las previsiones contenidas en los pliegos.

3.- Sobre la falta de motivación de la exclusión de BIOMED respecto a los lotes 6, 31 y 32.

Por último y en relación con los tres lotes, esgrime la recurrente que el acuerdo de exclusión adolece de motivación suficiente. En tal sentido se ha de determinar si el acto de exclusión no se encuentra suficientemente motivado y, ello haya podido ocasionar indefensión a la recurrente.

Pues bien, es doctrina de este Tribunal a propósito de la motivación de la adjudicación pero extrapolable asimismo a la exclusión y demás actos sujetos a motivación (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que «la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un



recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».

En el presente supuesto no cabe duda de que la recurrente ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en cada una de las cuestiones que fundamentaron la exclusión de su oferta de los tres lotes recurridos. Así y como se ha tenido ocasión de exponer con anterioridad, los razones que motivaron la exclusión, fueron recogidas tanto en el Informe de valoración, de 21 de marzo de 2023, como en el acta de la sesión de la mesa, de 29 de mayo de 2023, en la que tras conocer el contenido del informe se adoptó el acuerdo de exclusión de BIOMED respecto a los lotes 6, 31 y 32 del acuerdo marco.

Por lo tanto, la recurrente ha tenido conocimiento en todo momento de los motivos en los que se ha sustentado el acuerdo de exclusión. Por lo que no se aprecia, la falta de motivación que se denuncia en el recurso, ya que del contenido del escrito impugnatorio se demuestra que la recurrente es plenamente conocedora de los motivos en los que se basa su exclusión, por lo que no se ha visto mermado su derecho material de defensa.

Procede desestimar este último motivo y en consecuencia el 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 **BIOMED,S.A.** contra la resolución de adjudicación del «Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material específico de quirófano: hemostáticos y de adhesivos tisulares para los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud» Expediente CONTR 2022 0001159784), respecto a los lotes 6, 31 y 32 convocado por el Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa dependiente de la Consejería de Salud y Consumo

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 31. Así como, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 6 y 32, adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC. 21/2024, de 16 de febrero.

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.

