

Recurso 104/2017**Resolución 127/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 19 de junio de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CARDIVA SOLUCIONES INTEGRALES, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de batas y equipos desechables de cobertura quirúrgica para los hospitales de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir” convocado por la citada Agencia Pública Empresarial (Expte. PA14/APESHAG-1234567/17), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 11 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 15 de abril de 2017, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 90.



El valor estimado del contrato asciende a 570.570 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y 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.

TERCERO. El 5 de mayo de 2017, se presentó en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CARDIVA SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. (CARDIVA, en adelante) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato.

El 16 de mayo de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del órgano de contratación dando traslado del recurso y adjuntando el expediente de contratación, así como informe sobre aquel y en relación a la medida provisional de suspensión instada. Con posterioridad, el 22 de mayo, se recibe listado de licitadores en el procedimiento de adjudicación con los datos necesarios a efectos de notificaciones con el Tribunal.

CUARTO. El 19 de mayo de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando la medida provisional de suspensión del procedimiento instada por la entidad recurrente.

QUINTO. Mediante escritos de 23 de mayo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas formalizado en plazo la entidad MÖLNLYCKE HEALTH CARE, S.L (MHC, en adelante).



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Respecto a la legitimación para la interposición del recurso, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

En el supuesto analizado, la legitimación de la recurrente no plantea duda habida cuenta su condición de empresa licitadora en el procedimiento.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse ahora la procedencia del recurso especial interpuesto.

En el recurso se impugnan los pliegos que rigen la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que es procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 apartados a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*



No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

Respecto al cómputo del plazo de impugnación, hemos de indicar que la publicidad obligatoria de la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190.1 b) del TRLCSP, se produjo el 11 de abril de 2017, por lo que el recurso presentado en el registro del órgano de contratación el pasado 5 de mayo de 2017, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede abordar los motivos en que el mismo se sustenta.

CARDIVA solicita la modificación de los pliegos a fin de que se eliminen las prescripciones de «envasado al vacío» y «sistema de esterilización por rayos gamma» dentro de las características técnicas “*preferibles*” señaladas en el lote 2, al considerar que ambas prescripciones suponen una limitación ilícita de los principios de libre concurrencia y de trato igualitario no discriminatorio.

Al respecto, hemos de tener en cuenta que el lote 2 “*Bata quirúrgica desechable estéril: tallas mediana y grande*” contiene, de un lado, unas características técnicas mínimas y de otro, lo que denomina textualmente “*características técnicas preferibles (0-30 puntos)*” que se agrupan en dos apartados:

1. Utilidad y comodidad (0-15 puntos):

- Diseño ergonómico que permita trabajar con confort y libertad de movimientos
- Que no provoque estrés térmico
- Suave al tacto
- Ajustable mediante cierre de velcro en cuello



- Con puños de algodón
- Con cinturones para sujeción.

2. Calidad y eficacia de uso (0-15 puntos):

- Formada por 3 capas
- Con refuerzo impermeable en parte delantera y mangas
- Envasada al vacío
- Presentación: Doblada para uso inmediato de manera no contaminante y envuelta en paño.
- Envase unitario
- Sistema de esterilización: rayos gamma.

Pues bien, la recurrente centra su impugnación en dos de las características técnicas preferibles que acabamos de señalar, a saber, envasado al vacío y sistema de esterilización rayos gamma.

En tal sentido, alega que estas dos características no aportan mejora técnica alguna, ni añaden calidad a los productos en cuestión y por tanto, suponen una limitación de acceso a aquellas empresas que carecen de la posibilidad de acometer los cambios que implicaría la instauración de sistemas para cubrir ambas exigencias en el sistema de fabricación.

Así, respecto al procedimiento de esterilización con rayos gamma, manifiesta que el mismo no mejora el producto pues existen diferentes sistemas de esterilización que ofrecen el mismo resultado al obtenido con rayos gamma, como la esterilización por óxido de etileno, si bien el órgano de contratación no ha añadido el término “equivalente” tal y como previene el artículo 117.8 del TRLCSP. En definitiva, considera que no solo se omiten los motivos de exigencia de un procedimiento específico de esterilización, sino que tampoco se admite ofertar un procedimiento similar o equivalente.



Y en cuanto al “*envasado al vacío*”, alega que es una exigencia que no aporta mejora en calidad, sin que el órgano de contratación la haya justificado, ni tampoco haya utilizado el término “o equivalente”.

A juicio de CARDIVA, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) limita los productos a suministrar a un único fabricante infringiendo el artículo 117.8 del TRLCSP, cuando resulta que los propios productos de ella, sin cumplir los dos requisitos preferibles expuestos, satisfacen absolutamente las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato. Asimismo, señala que las dos características cuestionadas no se han definido con criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, como prevé el artículo 117.1 del TRLCSP.

Frente a tal alegato, se alza el órgano de contratación en el informe al recurso manifestando lo siguiente:

1. De admitirse el razonamiento del recurso, se estaría privando al órgano de contratación de la facultad de valorar aquellos aspectos que, a su juicio, aporten calidad al objeto del contrato y ello, cada vez que una empresa no disponga de las características señaladas en los pliegos. Son las necesidades del órgano de contratación las que deben configurar las características del objeto contractual y no las necesidades de una empresa concreta.

CARDIVA realiza la afirmación injustificada y carente de prueba de que solo una determinada empresa puede disponer de todas las características señaladas en los pliegos.

2. Las dos características a que se refiere el recurso forman parte de un total de doce que, además, se configuran en el PPT como preferibles, por lo que no son excluyentes ni obligatorias.

3. Asimismo, al informe sobre el recurso se adjunta la justificación técnica de las dos características debatidas:



- En cuanto al “*sistema de esterilización rayos gamma*”, el informe técnico adjunto señala que es “*un método muy eficaz, debido a la formación de radicales entre los componentes celulares de gran reactividad, inhibiendo la división celular incidiendo sobre los ácidos nucleicos y con tal nivel de seguridad hacia el usuario final que hasta se puede usar para esterilizar antibióticos, vacunas y alimentos. En este caso cualquier alteración en el proceso correcto de esterilización no presentaría consecuencias negativas para el usuario, al ser totalmente inocuo*”.

En cambio, según se indica en el informe, la materia que se utiliza para el proceso mediante óxido de etileno -que es el otro sistema habitual de esterilización- es una materia tóxica y con efectos crónicos con posibles consecuencias mutagénicas, cancerígenas y teratogénicas. El contacto con la misma puede producir irritación de ojos y piel, de vías respiratorias, trastornos digestivos y neumológicos. Dicho gas es incoloro y prácticamente inodoro, de manera que si se produce una alteración en el proceso correcto de esterilización y dicho gas continúa impregnado en la ropa, es prácticamente imposible ser detectado por el usuario.

Concluye el informe que, con lo expuesto resulta justificada la valoración, como características preferible, del sistema de esterilización rayos gamma.

- Respecto al “*envasado al vacío*”, el informe técnico manifiesta que, con esta característica, el producto adquirido necesitará menos espacio de almacenamiento, a lo que se suma que, en caso de rotura del envase con la consiguiente pérdida de esterilización, el mismo se hinchará de aire y será posible detectar la perforación pudiendo retirarse el material con riesgo de contaminación, cosa que no ocurre cuando no está envasado al vacío. Por ello, esta característica aporta un valor añadido al producto a suministrar.



Finalmente, MHC en sus alegaciones al recurso incide en las amplias ventajas técnicas que suponen las dos características del PPT objeto del recurso, manifestando que no limitan la concurrencia al no ser requisitos técnicos mínimos del suministro, sino solo características valorables que aportan importantes ventajas a la calidad de los productos. Asimismo, señala que no se trata de una tecnología exclusiva de MHC, pues no es la única casa comercial existente en el mercado cuyos productos reúnen ambas características técnicas.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede el examen de la cuestión controvertida, que se circunscribe a determinar si las dos características descritas en el PPT para el lote 2 suponen una limitación ilícita de los principios de libre concurrencia y de trato igualitario no discriminatorio, vulnerando lo dispuesto en el artículo 117 del TRLCSP.

Como punto de partida, hemos de tener en cuenta que las citadas características -sistema de esterilización: rayos gamma y envasado al vacío- se definen en el PPT como aspectos susceptibles de valoración con arreglo al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor “características técnicas”. Quiere ello decir que aquellas no son prescripciones técnicas mínimas de obligado cumplimiento y por tanto, excluyentes de aquellas proposiciones que no las cumplan, sino solo aspectos evaluables que otorgarán más o menos puntuación a las ofertas en función de que el producto ofertado los contemple o no.

El hecho de que no estemos ante prescripciones técnicas o requisitos mínimos del producto tiene relevancia por cuanto no puede aplicarse sin más el artículo 117 del TRLCSP «*Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas*», debiendo examinarse, no obstante, si tales características -como aspectos técnicos susceptibles de valoración- suponen de hecho una restricción de la concurrencia, al no existir más que un licitador que disponga de las mismas y no reportan mejora alguna o valor añadido al producto licitado, consideraciones estas que, a juicio de la recurrente, concurren en el supuesto examinado.



Pues bien, este Tribunal y el resto de Órganos de recursos contractuales han asentado una doctrina reiterada a propósito de las prescripciones técnicas configuradoras del objeto contractual. En el supuesto analizado, como hemos señalado, no es de aplicación en rigor dicha doctrina pues las características técnicas en discusión no integran el objeto, sino que se definen como criterio de adjudicación. No obstante, aquella sí sirve de parámetro para delimitar el ámbito de discrecionalidad de la Administración, ya sea en la configuración del objeto, ya en la elección de los criterios de adjudicación vinculados al mismo como sucede en el caso aquí examinado.

Así, este Tribunal (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre y 249/2016, de 14 de octubre, de este Tribunal) y los demás Órganos de recursos contractuales (v.g. Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 385/2017, de 28 de abril y 546/2016, de 8 de julio, que aluden a su vez a resoluciones anteriores como la 652/2014, de 12 de septiembre) han señalado que 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.

Asimismo, como manifestábamos en nuestra Resolución 295/2016, de 18 de noviembre, *«(...) si bien es cierto que el artículo 117.2 del TRLCSP dispone que «Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia», tal postulado legal no puede erigirse en impedimento insalvable para que el órgano de contratación pueda configurar el objeto*



contractual y sus características del modo más adecuado para la satisfacción de las necesidades públicas, siempre que tal descripción del producto o prestación esté motivada y pueda considerarse razonable y proporcional al fin perseguido, pues lo que prohíbe el precepto legal es que se generen injustificadamente obstáculos a la libre concurrencia.»

En el mismo sentido, la Resolución 244/2016, de 8 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que «(...) el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

En nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, decíamos a su vez «que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores (...)».



Y en igual sentido, la Resolución 9/2013, de 16 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuyo criterio es reproducido posteriormente en la Resolución 164/2015, de 14 de octubre, del mismo Tribunal, viene a manifestar que: *«Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que solo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida.»*

Pues bien, partiendo de la doctrina expuesta, puede dirimirse ya la controversia suscitada. Así, resulta claro que el establecimiento en el PPT, para las batas quirúrgicas desechables (lote 2), del “*envasado al vacío*” y “*sistema de esterilización: rayos gamma*” como características “*preferibles*” o valorables, entra dentro de las facultades discrecionales del órgano de contratación que, conocedor de las necesidades que debe cubrir el contrato, ha considerado que estas se satisfacen de modo más adecuado con las citadas características.

Y esta elección no es caprichosa ni arbitraria sino racional y adecuada, como de hecho se desprende del informe al recurso; así, la opción del sistema de esterilización rayos gamma se justifica en tratarse de un proceso muy eficaz e inocuo si se compara con el otro sistema habitual de esterilización consistente en óxido de etileno que es tóxico y puede producir irritación, así como diversos trastornos orgánicos. De otro lado, el envasado al vacío es una elección razonable que requiere menos espacio de almacenamiento y donde es más fácil



detectar su rotura para así poder retirar el material con riesgo de contaminación.

Por otro lado, la justificación expuesta evidencia la vinculación de tales características al objeto del contrato en los términos requeridos por el artículo 150.1 del TRLCSP *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato (...)”*, pues dichas características repercuten en una clara mejora de las cualidades y condiciones de uso, conservación y esterilización del producto, representando un valor añadido al mismo. En tal sentido, el PPT incluye estas características en el apartado de *“calidad y eficacia de uso”*.

Al respecto, la reciente Resolución 113/2017, de 25 de mayo, de este Tribunal, reproduciendo a su vez el contenido de la Resolución 240/2015, de 29 de junio, viene a señalar que *“lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación.”*

Por tanto, haciendo recopilación de lo hasta ahora expuesto, se llega a la conclusión de que, en contra de lo argumentado en el recurso, la elección de las características impugnadas está justificada, siendo así que las mismas aportan un valor añadido al suministro, aumentando las condiciones de conservación y esterilización de las batas quirúrgicas objeto del lote 2.

Llegados a este punto, resta, pues, analizar si, como alega CARDIVA, el envasado al vacío y los rayos gamma como sistema de esterilización restringen la concurrencia hasta el punto de que solo existe un fabricante que pueda efectuar el suministro con tales características.

Pues bien, tal alegato no puede prosperar por dos razones:



1. En primer lugar, no cabe olvidar que las características discutidas se configuran en el PPT como “*preferibles*” y no como obligatorias. Por tanto, su ausencia no impide participar en la licitación, sino que solo influirá en la valoración del producto ofertado con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor “*características técnicas*” recogido en el Anexo VII-A del pliego de cláusulas administrativas particulares, donde se valorarán aspectos tales como “*calidad de los productos y su fabricación, rentabilidad, eficacia y facilidad de utilización, conforme a las características técnicas preferibles reflejadas en el pliego de prescripciones técnicas, para cada uno de los lotes*” y que se pondera con un máximo de 30 puntos, siendo el umbral mínimo de 15.

Asimismo, el PPT prevé 12 características técnicas “preferibles”, siendo objeto del recurso solo dos de ellas, lo que evidencia que la oferta de CARDIVA puede obtener puntuación por el resto de características no impugnadas y estar en disposición de resultar adjudicataria, tomando en consideración, a tal fin, no solo el resto de aspectos valorables (diez), sino también los demás criterios de adjudicación, que suman un total de 70 puntos sobre 100 [50 por la oferta económica y 20 por las bonificaciones] y donde la oferta de la recurrente podría efectuarse en condiciones más ventajosas, al no incorporar características como las impugnadas que, supuestamente, deben encarecer el coste final del producto.

2. De otro lado, CARDIVA manifiesta en su escrito de recurso que solo existe una empresa que pueda cumplir las dos características preferibles mencionadas, pero tal alegato está falto del más elemental principio de prueba y además es cuestionado por la entidad interesada MHC que afirma no ser la única casa comercial existente en el mercado que reúne ambas características. Asimismo, consta en el listado de licitadores remitido que han presentado oferta en esta licitación un total de 16 de empresas sin contar la recurrente, estimándose, pues, que existe una participación más que suficiente como para desvirtuar el alegato de limitación ilícita de la concurrencia.



Con base en todas las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CARDIVA SOLUCIONES INTEGRALES, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de batas y equipos desechables de cobertura quirúrgica para los hospitales de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir” convocado por la citada Agencia Pública Empresarial (Expte. PA14/APESHAG-1234567/17).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en resolución de 19 de mayo de 2017.

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 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

