

Recurso 298/2017**Resolución 19/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 31 de enero de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECTON DICKINSON, S.A.U.** contra la resolución, de 28 de noviembre de 2017, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material sanitario de infusión para centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, respecto a las agrupaciones de lotes 1, 2 y 3 y los lotes 12, 13, 15, 16 y 17 (Expte. 580/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 30 de noviembre de 2016, 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. El citado anuncio



también fue publicado, el 17 de diciembre de 2016, en el Boletín Oficial del Estado núm. 304.

El valor estimado del contrato asciende a 2.950.689,38 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en 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, es de aplicación 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 28 de noviembre de 2017 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En la misma, se hace constar que se desestima, entre otras, la oferta de BECTON DICKINSON, S.A.U. en las agrupaciones de lotes 1, 2 y 3 y en los lotes 12, 13, 15, 16 y 17, por no cumplir las características técnicas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas.

El 11 de diciembre de 2017, la citada resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida por correo electrónico a la empresa BECTON DICKINSON, S.A.U.

CUARTO. El 27 de diciembre de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por BECTON DICKINSON, S.A.U. (B.D. en adelante) contra la citada resolución de adjudicación respecto de las agrupaciones y lotes mencionados en el antecedente previo.



QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 28 de diciembre de 2017, se requirió al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento instado por la empresa recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 5 de enero de 2018.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 9 de enero de 2018, se dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las empresas SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.R.L. y NACATUR 2 ESPAÑA, S.L.

SÉPTIMO. El 11 de enero de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto de las agrupaciones y lotes afectados por el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

Aun cuando la recurrente impugna sustantivamente la exclusión de su oferta en determinadas agrupaciones y lotes del contrato, lo hace tras la notificación de la adjudicación del contrato, por lo que es este último acto el que formalmente ha sido impugnado y al que debe estarse para analizar los requisitos de admisión del recurso. Así pues, tratándose de la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 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”*.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación ha sido remitida a la recurrente y publicada en el perfil de contratante el 11 de diciembre de 2017, habiéndose presentado el recurso especial en el Registro de este Tribunal el 27 de diciembre de 2017, por lo que el mismo se ha interpuesto en el plazo legal expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que se circunscriben a la adjudicación de las agrupaciones 1, 2 y 3 y de los lotes 12, 13, 15, 16 y 17 del contrato.

B.D. solicita que se declare la nulidad del acuerdo de exclusión de su oferta en las agrupaciones y lotes mencionados, toda vez que la misma cumple los



requerimientos exigidos en el pliego obedeciendo su exclusión a un pretexto excesivamente rigorista que no se acomoda con la realidad de los productos ofertados, ni con la normativa reguladora aplicable. Asimismo, insta la retroacción de las actuaciones, a fin de que se proceda a valorar su oferta en las agrupaciones y lotes antes referidas en igualdad de condiciones respecto a las restantes licitadoras.

En fundamento de esta pretensión, esgrime una serie de motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, aduce que la exclusión de su proposición es improcedente en la medida que cumple los requisitos de carácter técnico exigidos en los pliegos. Señala que la causa de la exclusión ha sido que su oferta no cumple el pliego de prescripciones técnicas (PPT) porque no se indica libre de látex en el envase unitario, como se requería en las prescripciones técnicas adicionales.

No obstante, manifiesta que todos los productos que ofertó cumplen los requisitos exigidos en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios y se traspone la Directiva 93/42/CEE, conforme a la cual los fabricantes deben advertir de los posibles riesgos de su producto, considerando el látex un riesgo para determinados pacientes alérgicos a esta sustancia. Por tanto, B.D. estima que, al no contener látex sus productos, no resulta obligatorio incluir en los mismos el símbolo referente a la ausencia de látex.

También indica que sus productos se ajustan a la norma EN ISO 15223-1 que especifica la necesidad de utilizar el símbolo para aquellos bienes que contengan látex de caucho natural como material de fabricación del producto o del envase mismo. Por ello, a sensu contrario, estima que todos aquellos que no contengan látex no tienen que incluir en su envase símbolo alguno que haga referencia a la ausencia de esta sustancia. Asimismo, B.D. señala que la información sobre la



ausencia de látex se incluye en las fichas técnicas de los productos ofertados que fueron aportadas a la licitación.

En consecuencia, la recurrente alega que la exclusión de su oferta sobre la base de un excesivo rigor formalista solo tiene la finalidad de restringir de modo indebido la concurrencia y que, además, los pliegos son la ley del contrato, sin que exista fundamentación alguna que, sobre la base de lo dispuesto en ellos, pueda servir para decretar la exclusión.

Frente a este alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso, señalando que:

- El Anexo I del PPT detalla, para los artículos contemplados en las agrupaciones y lotes afectados por el recurso, la indicación de libre de látex en el envase unitario y dicho pliego no ha sido recurrido en plazo, lo que determina la aceptación incondicionada de su contenido.
- La recurrente confunde lo exigido por normas europeas, con las características técnicas fijadas por el órgano de contratación que no son contrarias a aquellas. Por tanto, el motivo de exclusión de la oferta de B.D. no es el incumplimiento de la directiva comunitaria, sino el de una prescripción técnica exigida en el PPT.
- La exigencia de identificar la no presencia de látex en el producto ofertado es una garantía de seguridad en su utilización por el personal sanitario de los diversos servicios clínicos hospitalarios.
- En ningún caso, el principio de concurrencia empresarial puede suponer la no observancia de lo dispuesto en los pliegos.

En términos parecidos al órgano de contratación se manifiestan las empresas SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.R.L. y NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. en sus alegaciones al recurso.

SEXTO. Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que, en realidad, se ciñe a determinar si es



conforme a derecho la exclusión de la oferta de B.D. en las agrupaciones 1, 2 y 3 y lotes 12, 13, 15, 16 y 17 por no haber indicado en el envase unitario de los productos la expresión “libre de látex”.

Al respecto, hemos de tener en cuenta que el Anexo I del PPT prevé lo que denomina “prescripciones técnicas adicionales” para determinados artículos. En concreto, la prescripción relativa a la “*indicación de libre de látex en envase unitario*” se establece para las agrupaciones 1 (lotes 1 a 4), 2 (lotes 5 y 6) y 3 (lotes 7 a 12, siendo en los dos últimos lotes donde se exige tal prescripción técnica) y en los lotes 12, 13, 15, 16 y 17.

La oferta de de B.D. en las citadas agrupaciones y lotes ha sido excluida por no indicar “libre de látex” en el envase unitario, tal y como establecía el PPT como prescripción técnica adicional en algunos artículos.

La recurrente esgrime que tal exclusión es de un rigor formalista excesivo y contrario al principio de libre competencia. En tal sentido, manifiesta que la Directiva 93/42/CEE, traspuesta a nuestro ordenamiento interno mediante el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, solo obliga a que se identifique la existencia de látex en los productos sanitarios, pero no la ausencia del mismo.

No obstante, el alegato de la recurrente no puede acogerse. No es objeto de discusión en esta sede -ni el órgano de contratación ha cuestionado durante la licitación- que los artículos ofertados por B.D. cumplan las normas europeas e internas de rigor. La proposición de la recurrente ha sido excluida en las agrupaciones y lotes mencionados porque, con independencia de que los productos ofertados no contengan látex y cumplan la normativa de aplicación, han vulnerado una prescripción técnica adicional exigida en el Anexo I del PPT consistente en que se indique la expresión “libre de látex” en el envase unitario.

B.D. insiste en que su oferta cumple las exigencias normativas existentes, pero no es esto lo que en esta litis se ventila, ni puede aquel cumplimiento normativo



dejar sin eficacia o restar importancia a un incumplimiento claro del PPT. De las normas citadas anteriormente se extrae que debe indicarse la presencia de látex en aquellos artículos que lo contengan, pero ello nada impide al órgano de contratación exigir, como concreta medida de seguridad en el ámbito sanitario, que se señale expresamente en el envase unitario la ausencia de látex en los productos ofertados.

En cualquier caso, la citada prescripción técnica adicional figura en el Anexo I del PPT y fue aceptada por la recurrente al presentar su oferta (artículo 145.1 del TRLCSP), sin que tampoco conste impugnación alguna del PPT en este particular extremo, razón por la que hemos de considerar que el pliego es ya un acto firme y consentido y “lex inter partes” que vincula no solo a los licitadores sino también al órgano de contratación, no pudiendo ni aquellos ni este apartarse de su contenido (en el sentido expuesto, se pronuncian -entre otras muchas- las Resoluciones 27, 42 y 67 de 2017 de este Tribunal). En concreto, por lo que respecta al órgano de contratación, hemos de señalar que desde el momento que define las condiciones de la licitación en los pliegos se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede apartarse ya de tales condiciones con respecto a un licitador concreto, pues estaría dando a este un trato más favorable que al resto de licitadores que se hayan ajustado a la literalidad de las exigencias de los pliegos.

En el sentido expuesto, se pronuncia el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *“(…) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de*



apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)”.

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso, sin que tampoco pueda prosperar el alegato de B.D. acerca de que en los pliegos no existe fundamentación alguna que, sobre la base de lo dispuesto en ellos, pueda servir para decretar la exclusión. Precisamente, el PPT es claro y preciso en la redacción de la prescripción técnica adicional que incumplen los productos ofertados por la recurrente.

Finalmente, B.D. alega vulneración de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de contratistas, así como la concurrencia de causas de nulidad de los procedimientos de selección, motivos estos que deben decaer y que no procede ya analizar una vez que se ha desestimado el primer y fundamental motivo del recurso.

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 **BECTON DICKINSON, S.A.U.** contra la resolución, de 28 de noviembre de 2017, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material sanitario de infusión para centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, respecto a las agrupaciones de lotes 1, 2 y 3 y los lotes 12, 13, 15, 16 y 17 (Expte. 580/2016).



SEGUNDO. 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 TTLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 11 de enero de 2018.

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.

