

Recurso 260/2017**Resolución 258/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 29 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MBA INCORPORADO, S.L.** contra la Resolución, de 28 de septiembre de 2017, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material sanitario higiene y protección con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga” (Expte. 640/2016), respecto de la Agrupación 3 (lotes 25, 26 y 27), convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 20 de diciembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 2.664.506,35 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. Mediante Resolución, de 28 de septiembre de 2017, del órgano de contratación se adjudica el citado contrato respecto de la Agrupación 3 (lotes 25, 26 y 27) a la entidad MEDICAL SOREVAN, S.L.. La citada resolución de adjudicación le fue remitida por correo electrónico a la ahora recurrente el 2 de octubre de 2017.

CUARTO. El 24 de octubre de 2017, se presentó por la entidad MBA INCORPORADO, S.L. (en adelante MBA) en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, a través del Registro Electrónico General de la Administración General del Estado, escrito de recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación, respecto de la Agrupación 3 (lotes 25, 26 y 27). El escrito de recurso fue remitido por dicho Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública a la sede de este Tribunal el 2 de noviembre de 2017.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 3 de noviembre de 2017, se solicita a MBA que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en este Tribunal el 6 de noviembre de 2017.



SEXTO. Por la Secretaría de este Tribunal, con fecha 3 de noviembre de 2017, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la solicitud de mantenimiento de la suspensión instada por la recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado el 8 de noviembre de 2017.

SÉPTIMO. Con fecha 15 de noviembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad MEDICAL SOREVAN, S.L. (en adelante MEDICAL SOREVAN).

OCTAVO. Mediante Resolución, de 15 de noviembre de 2017, este Tribunal acuerda mantener la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato citada en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos 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 40 del TRLCSP.

El objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del 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 establece 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 aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

Teniendo en cuenta que la resolución de adjudicación fue remitida a la ahora recurrente el 2 de octubre de 2017, al haberse interpuesto el recurso el 24 de octubre de 2017 en el Registro de este Tribunal, el mismo se ha formulado dentro del plazo señalado para ello.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la entrada en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública -Registro de este Tribunal conforme a la Orden, de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio de su funcionamiento- fue el 2 de noviembre de 2017, fecha muy superior a la considerada como límite de presentación.

Sin embargo, como se ha expuesto en el antecedente cuarto, el 24 de octubre de 2017, se presentó por la entidad MBA en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, a través del Registro Electrónico General de la



Administración General del Estado, el escrito de recurso especial en materia de contratación. Al respecto, consta en el expediente de recurso escrito de la persona titular de la Jefatura del Servicio de Documentación, Registro e Información, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, en el que certifica *“Que conforme a los datos obrantes en este Servicio, el pasado 24/10/2017 a las 17:40:25 horas, a través del Registro Electrónico General de la Administración General del Estado-O.R.V.E. número de asiento registral 17011036749, tuvo entrada en el Registro General de esta Consejería, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por MBA Incorporado, S.L., contra la resolución de adjudicación del expediente 640/2016.*

No obstante, por problemas de los sistemas tecnológicos, fue confirmado y remitido al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el día 02/11/2017 a las 11:15:26 horas.”

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente solicita que, previos los trámites oportunos, se estime el recurso interpuesto y se declare la nulidad de la resolución recurrida, respecto de la Agrupación 3 (lotes 25, 26 y 27), y se acuerde retrotraer las actuaciones al momento procedimental oportuno para que se proceda nuevamente a valorar las ofertas presentadas, conforme a los criterios establecidos en la documentación que rige el expediente de contratación.

Indica la recurrente que, en atención al pliego de prescripciones técnicas (PPT), los sistemas de compresión secuencial, objeto de adquisición a través de la licitación, se corresponden para cada uno de los lotes a una talla -pequeña en el lote 25, mediana en el 26 y grande en el 27-. Asimismo, señala que en el anexo A del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se recogen los criterios de evaluación no automática que se tendrán en cuenta en la valoración de los



productos ofertados en dichos lotes, que son única y exclusivamente los señalados en dicho anexo A, números de orden 2.1 a 2.4.

Así las cosas, la recurrente expone que respecto al criterio 2.1 por el órgano de contratación se resolvió que *“Las muestras presentadas sólo aportan cobertura del sistema de compresión secuencial en el tercio distal de la pierna y no la pierna completa”*. En base a ello indica que se le otorgó un solo punto por entender que su oferta no cubre, supuestamente, la pierna completa. Sin embargo, aclara que con las muestras aportadas se entregó la funda de pierna completa, tal y como consta en el recibo de recepción de aquellas. En concreto y en lo que aquí interesa ofertó lo siguiente: para el lote 25, referencia 3040 funda pantorrilla; para el lote 26, referencia 3042 funda pantorrilla y referencia 3045 funda pierna completa; y para el lote 27, referencia 3043 funda pantorrilla.

En ese sentido, alega que en lo relativo a la funda de pie y a la de pierna y muslo, las fundas ofertadas tienen una talla única -que no una única talla, a su juicio-, que realmente incluye las tres -pequeña, mediana y grande- en un solo dispositivo que se adapta a cualquier contorno ajustándose con un velcro, lo cual facilita indudablemente su uso y permite minimizar el inventario; por tanto, sí cumplen el requisito de las tres tallas exigidas.

Respecto a la funda de pierna (pantorrilla), debido a su especial configuración dispone de tres tallas -pequeña, mediana y grande-, y así consta en varios de los documentos obrantes en su oferta.

En resumen, a su entender, las fundas ofertadas -sistema VenaFlow®- cubren las diferentes partes de la pierna -incluyendo la pierna completa- y disponen de las tallas requeridas, ya sea con una talla única adaptable o una diversidad de tallas.

Concluye su alegato la recurrente señalando que la afirmación del órgano de contratación relativa a que *“Las muestras presentadas sólo aportan cobertura del sistema de compresión secuencial en el tercio distal de la pierna y no la pierna*



completa”, es falsa y parece encaminada a dar a entender que el sistema ofertado carece de funda que se adapte a la pierna completa, lo cual, conforme se ha expuesto, no es cierto; por tanto, la puntuación dada a su oferta en el apartado 2.1 de los criterios evaluables de forma no automática es arbitraria en tanto no ha tenido en cuenta ni las muestras ni la documentación obrante en el expediente.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la recurrente presenta en su proposición un doble oferta, por un lado, un producto para el lote 25 (referencia 3040, funda pantorrilla, talla pequeña), otro para el lote 26 (referencia 3042, funda pantorrilla, talla mediana) y otro para el lote 27 (referencia 3043, funda pantorrilla, talla grande); y por otro lado, oferta un mismo producto -funda para pierna completa- comprensivo de las tres tallas, referencia 3045.

En este sentido, afirma el órgano de contratación que la única oferta que puede ser objeto de valoración y estudio, es la señalada con las referencias 3040, 3042 y 3043, y en relación a ello el comité técnico ha decidido otorgar esa puntuación en base a que el producto no es de “pierna completa” sino de “tercio distal de pierna”.

Por el contrario, a su entender, el producto de talla única con referencia 3045 “funda para pierna completa” no cumple las características técnicas exigidas -tres fundas para pierna completa, una de talla pequeña, otra mediana y otra grande-; solo podría haberse admitido si se hubiese licitado “un sistema de compresión secuencial: talla única”, que no es el caso.

Concluye el informe al recurso, que admitir la anterior oferta -referencia 3045- hubiera supuesto vulnerar el principio de igualdad y seguridad jurídica, en base a la existencia de operadores económicos que, pudiendo disponer de esa talla única, no la han aportado por entender que deben ofertar, de forma individual, cada una de las tallas solicitadas -pequeña, mediana y grande-.

MEDICAL SOREVAN, como entidad interesada, alega que la empresa ahora recurrente presenta variantes en las muestras, cuando en el cuadro resumen del



PCAP en su punto 6.1 no las admite. Asimismo, afirma que de las cuatro muestras presentadas, tres no cumplen con la descripción “tobillo a muslo” puesto que son pantorrillas (pequeña, mediana y grande), es por ello que la oferta no se ajusta a las necesidades del hospital. A su juicio, la ahora recurrente no debería si quiera haber continuado la fase de valoración, pero en caso de así entenderlo el órgano examinador, quedaría justificada una baja puntuación por no ajustarse a los requerimientos solicitados.

SEXTO. Vistas la alegaciones de las partes, procede analizar el fondo de la controversia. Al respecto, la cuestión a dilucidar es si la actuación del órgano de contratación al valorar con un punto la oferta de MBA en el apartado 2.1 de los criterios evaluables de forma no automática, es como afirma dicha entidad arbitraria al no haber tenido en cuenta ni las muestras ni la documentación obrante en el expediente o, por el contrario, si dicha actuación debe estimarse adecuada en orden a entender cumplidas las exigencias legales y de los propios pliegos.

Previamente al análisis de los alegatos del recurso, por razones metodológicas y con objeto de centrar los términos de la controversia, procede reproducir a continuación aquellas partes del expediente de contratación necesarias para la resolución del recurso y a continuación analizar la actuación del órgano de contratación.

Pues bien, el PPT recoge y detalla las características técnicas solicitadas para cada uno de los lotes y agrupaciones contempladas en el expediente de contratación. En ese sentido, la cláusula 1.2 del mismo -denominación y especificaciones técnicas de los artículos-, dispone que *“La denominación de los artículos, así como sus especificaciones técnicas, derivadas de la propia denominación del Genérico de Centro que se licita, se detallan en el cuadro que se adjunta. Anexo I de este Pliego. Las características técnicas de los bienes objeto de licitación aparecen detalladas en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud”*.



Por su parte, el anexo I de dicho pliego técnico, para la Agrupación 3 (lotes 25, 26 y 27), en lo que aquí interesa para la resolución de la controversia, requiere las siguientes características:

	Agrupación 3		
	Lote 25	Lote 26	Lote 27
Genérico centro	B48168	B52901	C32619
Código S.A.S.	SU.PC.SANI.01.02.03.900000	SU.PC.SANI.01.02.03.900000	SU.PC.SANI.01.02.03.900000
Descripción	SISTEMA DE COMPENSACIÓN SECUENCIAL-Talla: pequeña.	SISTEMA DE COMPENSACIÓN SECUENCIAL-Talla: mediana.	SISTEMA DE COMPENSACIÓN SECUENCIAL-Talla: grande.

Asimismo, en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, para el “código S.A.S.: SU.PC.SANI.01.02.03.900000”, dispone en cuanto a la descripción del producto en lo que aquí interesa lo siguiente: “*Funda inflable desde tobillo a muslo ajustable mediante sistema de sujeción*”.

En definitiva, en el supuesto examinado, el producto solicitado por el PPT en la Agrupación 3 es un sistema de compensación secuencial formado por funda inflable desde el tobillo al muslo ajustable mediante un sistema de sujeción, de talla pequeña para el lote 25, de talla mediana para el lote 26 y de talla grande para el lote 27.

Al respecto, la entidad ahora recurrente oferta, conforme se desprende de su proposición y de lo expuesto en el escrito de recurso, para el lote 25, referencia 3040 funda pantorrilla; para el lote 26, referencia 3042 funda pantorrilla y referencia 3045 funda pierna completa; y para el lote 27, referencia 3043 funda pantorrilla.

Así las cosas, los productos ofertados como fundas de pantorrillas, incumplen claramente el PPT que exige funda desde el tobillo al muslo -funda de pierna completa-. Únicamente el producto funda pierna completa -referencia 3045- ofertado al lote 26 cumpliría la exigencia de dicho pliego técnico, no pudiendo admitirse como pretende la recurrente que dicho producto al ser de talla única, realmente incluye las tres tallas -pequeña, mediana y grande- en un solo dispositivo



que se adapta a cualquier contorno ajustándose con un velcro, pues la exigencia del PPT es de una talla en concreto para cada uno de los tres lotes y no una talla única ajustable para los tres.

Ha de darse en este caso la razón al órgano de contratación cuando alega que el producto de talla única no cumple las características técnicas exigidas -tres fundas para pierna completa, una de talla pequeña, otra mediana y otra grande-, manifestando que solo podría haberse admitido si se hubiese licitado “un sistema de compresión secuencial: talla única”, que no es el caso.

En definitiva, como afirma la entidad interesada, MBA -ahora recurrente- no debería si quiera haber continuado la fase de valoración, al no cumplir con las exigencias del PPT. En este sentido, la actuación del órgano de contratación ha sido benevolente con la oferta de MBA, pues aún incumpliendo determinadas exigencias del citado pliego técnico decidió valorarla, aunque con escasa puntuación, y no excluirla del procedimiento. Sobre el particular es reveladora la expresión del órgano de contratación cuando en su informe al recurso indica que «el comité técnico ha decidido otorgar esa puntuación en base a que el producto no es de “pierna completa” [que era lo exigido] sino de “tercio distal de pierna”».

Así pues, la cuestiones relativas a las características de los bienes a suministrar y la presentación de muestras por los interesados quedan reguladas en los pliegos que rigen el procedimiento, y que una vez devienen firmes al no haber sido impugnados, constituyen la ley del contrato, y por tanto han de respetarse los requisitos y procedimientos fijados en los mismos si, como es el caso del expediente de referencia, fueron libremente aceptados por las entidades licitadoras -artículo 145.1 del TRLCSP-, entre las que figura la ahora recurrente, que no los impugnaron.

Por la recurrente se aceptó el contenido de los pliegos, y aún así, presentó un “sistema de compensación secuencial” no ajustado a las características definidas en el PPT para la Agrupación 3, no pudiendo, como se ha expuesto, admitirse el alegato de la recurrente de que el producto de referencia 3045 al ser de talla única, realmente



incluye las tres tallas -pequeña, mediana y grande- en un solo dispositivo que se adapta a cualquier contorno ajustándose con un velcro, pues la exigencia del PPT era clara en el sentido de que se exigía una talla en concreto para cada uno de los tres lotes y no una talla única ajustable para los tres.

En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que las entidades licitadoras deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una de ellas las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas. Si la entidad licitadora no presenta su oferta, incluida la muestra, en la forma exigida en los pliegos, ello determinará la no admisión de su proposición (v.g. Resoluciones 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, y 37/2017, de 27 de enero, entre las más recientes).

En este sentido se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, 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)”*.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar 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 **MBA INCORPORADO, S.L.** contra la Resolución, de 28 de septiembre de 2017, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material sanitario higiene y protección con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga” (Expte. 640/2016), respecto de la Agrupación 3 (lotes 25, 26 y 27), convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de la Agrupación 3 (lotes 25, 26 y 27), cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal en Resolución, de 15 de noviembre 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.

