

Recurso 7/2014

Resolución 138/2014

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

Sevilla, 16 de junio de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BARNA IMPORT MEDICA, S.A.** contra la resolución, de 17 de diciembre de 2013, de la Directora Gerente del Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otras, la agrupación 1 (lotes 3, 4 y 5) del contrato “Suministro de guantes con destino a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Málaga” (Expte. 55/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de abril de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 25 de abril de 2013, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 99 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 693.860,98 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, 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. El 17 de diciembre de 2013, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad recurrente por correo electrónico, el 20 de diciembre de 2013.

CUARTO. El 8 de enero de 2014, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BARNA IMPORT MEDICA, S.A contra la resolución de adjudicación del contrato en lo que se refiere a la agrupación 1 (lotes 3, 4 y 5).

El 13 de enero de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del Director Económico Administrativo del Hospital Universitario Regional de Málaga dando traslado del recurso interpuesto y adjuntando el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

QUINTO. El 15 de enero de 2014, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación de la agrupación 1 (lotes 3, 4 y 5) del contrato.



SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 16 de enero de 2014, se dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las entidades CELULOSAS VASCAS, S.L. e IZASA HOSPITAL, S.L.U.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, 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 el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador 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, es susceptible de recurso en esta vía.



El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar una Administración Pública. Por tanto, resulta procedente el recurso especial interpuesto 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 examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la empresa recurrente el 20 de diciembre de 2013 y ésta presentó el recurso especial en el registro del órgano de contratación el 8 de enero de 2014, por lo que aquél se interpuso en plazo de conformidad con el precepto legal citado.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, deben examinarse los motivos del mismo respecto a la adjudicación de la agrupación 1 del contrato (lotes 3, 4 y 5), cuyo objeto es “guante ambidiestro no estéril de nitrilo” en sus tallas grande, mediana y pequeña.

Tales motivos se circunscriben a la valoración de la oferta del recurrente en el criterio de adjudicación de evaluación no automática denominado “valoración funcional del producto” ponderado con hasta 20 puntos y descrito en el Anexo A del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) con el siguiente tenor:

<< *Criterio 3. Valoración funcional del producto (0 a 20 puntos)*



Se valorará la adaptación a la sistemática de trabajo de los Servicios que utilizan este material, así como a la tipología de los pacientes atendidos por los mismos, aplicándose los siguientes items:

3.1 Calidad del material (0 a 10 puntos).

Se valorará de 0 a 10 puntos en base al diseño y resistencia del producto e identificación del envase.

3.2 Rentabilidad y eficiencia (0 a 10 puntos)

a) Se valorará de 0 a 5 puntos la rentabilidad y eficiencia del producto en cuanto a su adaptabilidad.

b) Se valorará de 0 a 5 puntos la rentabilidad y eficiencia del producto en cuanto a la facilidad de extracción del producto de la caja o envase. >>

A juicio del **recurrente**, su oferta ha sido valorada en los conceptos “*diseño y resistencia del producto e identificación del envase*” y “*rentabilidad y eficiencia del producto en cuanto a su adaptabilidad*” con 0 puntos en cada uno de ellos, al no acreditarse el cumplimiento de la norma UNE EN-374. Sin embargo, manifiesta que sí aportó en el sobre nº 2 certificados y ensayos emitidos por laboratorio externo homologado que acreditan el cumplimiento, en relación a los guantes ofertados, de la norma UNE EN-374, entre otras.

Por tanto, considera el recurrente que ha sido errónea la valoración funcional de su oferta en esos dos apartados, solicitando se proceda a una nueva valoración y en su caso, se le adjudique la agrupación.

Por su parte, en el informe sobre el recurso que remite **el órgano de contratación** se indica que el pliego de prescripciones técnicas (PPT) exige el cumplimiento de Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, cuyo artículo 12, en sus apartados 2 y 3, establece que <<2. *El marcado CE de conformidad, que se reproduce en el anexo XII, deberá colocarse de manera visible, legible e indeleble en el producto o en el envase del producto que garantice la esterilidad, siempre que ello resulte posible y adecuado, y en las instrucciones de utilización; igualmente se colocará en el envase exterior, si lo hubiere.*



3. *El marcado CE irá seguido del número de identificación del organismo notificado responsable de la ejecución de los procedimientos de evaluación recogidos en los anexos II, IV, V o VI, según proceda.>>*

En la documentación técnica y muestras aportada por la recurrente consta un certificado del Laboratorio Leitat, Technological Center sobre el cumplimiento de las especificaciones contenidas en diversas normas, entre ellas, la norma EN-374, pero no se detalla en el aspecto externo de la caja que el marcado CE reúna dichas características y cumpla con la citada norma.

Asimismo, tampoco aparece detallado en el contenido externo de la caja que se trate de un equipo de protección individual, categoría III, pues dicha categoría exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

SEXTO. Expuestas las consideraciones de las partes, procede ya analizar la cuestión suscitada en el recurso.

Según el apartado 3 del PPT, el producto *“deberá cumplir con la legislación vigente de productos sanitarios de acuerdo al Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, que transpone la Directiva 2007/47/CE, de 5 de septiembre de 2007, que modifica la Directiva 93/42/CEE, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios:*

- *Marcado CE en etiquetado*
- *Declaración CE de conformidad*
- *Certificados de Organismos notificados*
- *Anotación en el Registro de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.”*

Durante la licitación y con carácter previo al informe técnico sobre valoración de las ofertas conforme a los criterios que dependen de un juicio de valor, la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales de la provincia de Málaga evaluó los productos ofertados a la agrupación 1. Así, el producto de la recurrente



(guantes de exploración de nitrilo Sensiflex) recibió la calificación de “no apto” en la evaluación de los siguientes extremos:

- Declaración CE de conformidad en relación al R.D. 1407/92 y como producto sanitario, en la que se acredite que cumple los requisitos de UNE-EN-374
- Guante certificado como E.P.I. de categoría III

Posteriormente, el informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a criterios que dependen de un juicio de valor señaló, respecto a la evaluación de las proposiciones presentadas a la agrupación 1, lo siguiente: *“Antes de la realización de la valoración funcional de las muestras ofertadas, se ha procedido por parte de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales de los diversos centros vinculados al contrato, a la verificación del cumplimiento de la normativa vigente (Declaración CE de conformidad en relación al RD 1407/1992 y como producto sanitario, en la que se acredite que cumple los requisitos de la UNE-EN-374), y por la cual dichos guantes tienen la consideración de EPI (Equipo de Protección Individual) y disponen, en consecuencia, de eficacia para su utilización en los servicios clínicos destinatarios que sean requeridos.*

En los supuestos en que las muestras presentadas hayan sido calificadas como APTAS por las Unidades de Prevención de Riesgos Laborales, se procederá a su valoración funcional y, en caso de calificación de NO APTA, se procederá igualmente a valorar, pero con 0 puntos cada uno de los ítems (1.1 y 1.2 a) señalados como valoración funcional, al tratarse de guantes que carecen de la resistencia y eficiencia necesaria para su utilización y consideración como EPI”.

De este modo, el producto de la recurrente recibió 5 puntos en el criterio de adjudicación “valoración funcional” según el siguiente desglose:

- Diseño y resistencia del producto e identificación del envase: **0 puntos.**
- Rentabilidad y eficiencia del producto en cuanto a adaptabilidad: **0 puntos.**



- Rentabilidad y eficiencia del producto en cuanto a la facilidad de extracción del producto de la caja o envase: **5 puntos.**

Y como justificación de tal puntuación se indicaba en el informe técnico lo siguiente:

“Diseño y resistencia del producto e identificación del envase

Carece de protección necesaria para su utilización por el profesional al no acreditarse el cumplimiento de la norma UNE-EN-374.

Rentabilidad y eficiencia del producto en cuanto a su adaptabilidad

Su adaptabilidad no es eficaz al no acreditarse el cumplimiento de la norma UNE-EN-374.

Rentabilidad y eficiencia del producto en cuanto a la facilidad de extracción del producto de la caja o envase

Envase adecuado, falicita la extracción del producto.”

Al objeto de centrar la cuestión debatida, se ha de señalar que es un hecho constatado por el órgano de contratación que la entidad recurrente aportó, entre su documentación técnica, un certificado emitido por centro homologado sobre el cumplimiento por los guantes Sensiflex de las especificaciones contenidas en diversas normas, entre ellas, la norma UNE-EN-374.

Por ello, si el producto recibió 0 puntos en los dos subcriterios antes expuestos fue porque, pese a tal certificado, la muestra del producto evaluada como no apta por la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales no permitía constatar la declaración CE de conformidad en relación al R.D. 1407/92 en la que se acredite que el bien cumple los requisitos de la UNE-EN-374, así como la consideración del guante como EPI de categoría III.

Al respecto, deben resaltarse dos extremos:



1. La evaluación de la muestra realizada por la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales se hizo con arreglo a un R.D. cuyo cumplimiento no venía exigido expresamente en el PPT, que solo alude al R.D. 1591/2009, de 16 de octubre.
2. No obstante, al informe sobre el recurso se adjunta una fotocopia del contenido externo de la muestra de la recurrente, es decir, de la caja que contiene los guantes y en la misma se lee lo siguiente:
 - **Marcado CE** según R.D 1591/2009, Directiva 2007/47/CE, que regula los Productos Sanitarios. Cumple con los requisitos del R.D. 1407/92, Directiva 89/686/CE, que regula los equipos de protección individual; **EPI**. Solicitar ficha técnica para más información.
 - Ensayos realizados según las normativas europeas EN 455-1 (ausencia de perforaciones fuera de los límites del índice AQL 1.5), EN 455-2 (las dimensiones del guante se ajustan a dicha norma y cumplen los requisitos de resistencia a la rotura), EN 374-2 (el guante ofrece protección frente a microorganismos con nivel de protección 2), **EN 374-3** (impermeabilidad del guante frente a distintas sustancias químicas) y EN 388 (resistencia del guante a la abrasión, al corte, a la perforación y al rasgado)

Por consiguiente, los aspectos tomados en consideración para la evaluación previa realizada por la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales, a saber, la declaración CE de conformidad en relación al R.D. 1407/92 y la condición de guante certificado como EPI de categoría III, aparecen reflejados en el contenido externo de la muestra de la recurrente y ante cualquier duda al respecto, siempre pudo examinarse la documentación técnica sobre el producto o su ficha técnica antes de concluir que el producto no era apto, pues, la proposición del recurrente no quedaba limitada a una muestra del producto ofertado, sino que también incluía toda la documentación técnica del mismo obrante en el sobre núm. 2. Es más, las muestras se exigen para realizar una comprobación práctica de las cualidades del producto, más que para constatar el cumplimiento de determinadas normas para lo cual resulta



determinante el examen de la documentación técnica del producto que, en el caso de la recurrente, hubiera permitido completar u aclarar los extremos sujetos a evaluación.

Finalmente, tampoco puede perderse de vista que las exigencias evaluadas para la calificación del producto como apto o no apto tampoco se requerían en los pliegos de la licitación, ni se recogían como aspectos a considerar en la valoración de los subcriterios de adjudicación en discusión. En cualquier caso, queda constatado que el producto ofertado por la entidad recurrente cumplía con aquellas exigencias por lo que no merecía la calificación de no apto y en consecuencia, tampoco debió recibir 0 puntos en los subcriterios del criterio denominado "valoración funcional" relativos a la calidad del material (diseño y resistencia del producto e identificación del envase) y rentabilidad y eficiencia en cuanto a su adaptabilidad.

En este punto debe indicarse que, si bien en la materia analizada rige el principio de discrecionalidad técnica de la Administración lo cual veda el control jurisdiccional de aquellos aspectos técnicos de las ofertas que deben valorarse con arreglo a criterios que dependen de un juicio de valor, tal ámbito inmune a un control posterior resulta superado si se aprecia error, falta de motivación, arbitrariedad o desviación de poder.

En tal sentido, **la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324)** señala que *<<la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la*



Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto. >>

En el caso aquí analizado, sobre la base de entender que se ha producido error en el examen del cumplimiento de los requisitos exigidos con relación a la oferta de la recurrente para su valoración conforme al criterio “valoración funcional del producto” subcriterios 3.1 y 3.2 a) del Anexo A del cuadro resumen del PCAP, debe entenderse superado el ámbito de discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores.

En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto. Asimismo, como quiera que la valoración realizada por la Comisión Técnica en su informe fue aceptada por la mesa de contratación en sesión de 25 de noviembre de 2013 y se ha tenido en cuenta para la adjudicación de la agrupación 1 del contrato contrato, procede anular la resolución impugnada en lo que se refiere a la adjudicación de la agrupación 1, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de evaluación de las ofertas con arreglo al criterio “valoración funcional del producto”, a fin de que se vuelva a evaluar el bien ofertado por la recurrente y se le otorguen los puntos que corresponda en los subcriterios en discusión y todo ello sobre la base de entender que el producto cumple los requisitos que la Comisión Técnica tuvo en cuenta para proceder a dicha evaluación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha



RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BARNA IMPORT MEDICA, S.A.** contra la resolución, de 17 de diciembre de 2013, de la Directora Gerente del Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otras, la agrupación 1 (lotes 3, 4 y 5) del contrato “Suministro de guantes con destino a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Málaga” (Expte. 55/2013), y en consecuencia, anular la resolución impugnada con retroacción de las actuaciones en los términos expuestos en el fundamento sexto de la presente Resolución.

SEGUNDO. 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 Resolución de este Tribunal de 15 de enero de 2014.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA PRESIDENTA

