

Recurso 70/2015**Resolución 277/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 29 de julio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KLUTER MEDICAL, S.L.**, contra la Resolución de adjudicación, de 2 de marzo de 2015, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla relativa al contrato denominado “*Suministro de material específico de ventilación y monitorización cardiorrespiratoria*”, respecto al lote 183 (Expte. PAAM 36/2013), promovido por el Área Hospitalaria Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscrita 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 5 de agosto de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio se publicó, con la misma fecha en el Boletín Oficial del Estado núm. 189 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 10.442.317,73 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.

TERCERO. El 2 de marzo de 2015, fue dictada Resolución de adjudicación relativa al expediente de contratación mencionado en el encabezamiento de esta Resolución. Al día siguiente se publicó en el Perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y finalmente, el 3 de marzo de 2015, fue remitida notificación de la adjudicación a la recurrente.

CUARTO. El 18 de marzo de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad KLUTER MEDICAL, S.L. (en adelante KLUTER) contra la resolución por la que se adjudica el contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, en su escrito solicitaba además el mantenimiento de la suspensión.

QUINTO. El 1 de abril de 2015, este Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 9 de abril de 2015, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que formularan alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello la entidad KEYLAB MEDICAL, S.L. (en adelante, KEYLAB).

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 41.4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del 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 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, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que 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 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.”*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 4 de marzo de 2015, por lo que habiéndose presentado el escrito de recurso en el Registro del órgano de contratación el 18 de marzo, el mismo se interpuso dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo suscitada. La recurrente combate la adjudicación que del lote 183 se efectúa a la entidad KEYLAB en la mencionada Resolución de 2 de marzo de 2015, solicitando por tanto su anulación, la exclusión de la actual adjudicataria y la subsiguiente adjudicación a favor de KLUTER.

La recurrente sostiene que en la adjudicación se han aplicado criterios arbitrarios y discriminatorios y se ha incurrido en graves errores materiales que le han perjudicado. En este sentido, detalla que en los pliegos se determina que el objeto del lote 183 era un medidor de flujo respiratorio pediátrico, cuyo código genérico de centro (en adelante G.C.) era *B43065*.

Expone la recurrente que tomando como referencia la descripción técnica del G.C. con código *B43065*, se obtienen las características que debía tener el producto concreto que se ofertara. Entre ellas, alega la recurrente, aparece que la medición de flujo habrá de ser de 30 a 370 litros/min.

Sin embargo a juicio de la recurrente, KEYLAB ofertó un medidor de flujo respiratorio para adultos, cuyas características responden al G.C. n.º *B43064*, que según lo establecido por el Servicio Andaluz de Salud, tiene un rango de medición de flujo de 60-800 litros/min; expone la recurrente que *“para que pudiera pasar como pediátrico, dicha sociedad presenta el producto ofertado como medidor universal, aunque en realidad es de adultos”*.

Considera la recurrente que el medidor ofertado por KEYLAB está indicado únicamente para adultos, dado su alto rango de medición, que es el motivo de

que exista uno para niños, y también la razón por la que existen dos códigos genéricos, uno para cada tipo de medidor.

Concluye la recurrente que, por tanto, KEYLAB no ofertó el producto que solicitaba el órgano de contratación para el Lote 183, por lo que éste debió excluir la oferta de KEYLAB y al no hacerlo incurrió en error material o arbitrariedad. Por tanto, considera que las dos irregularidades cometidas y que habrían motivado la exclusión, fueron: “1. *De tipo formal. El producto ofertado por KEYLAB (código SAS B43064) no se corresponde al genérico de centro establecido por el Servicio Andaluz de Salud (código SAS B43065).* 2. *De tipo material. En todo caso, el producto ofertado por KEYLAB, no puede utilizarse con un grado de fiabilidad médicamente aceptable o suficiente en niños, ya que está destinado única y exclusivamente a la medición en adultos.*”

Por su parte, el órgano de contratación señala que la recurrente basa su recurso en que la oferta de la adjudicataria se refiere a un artículo con rango de medición de flujo de 60/800 litros/minuto; sin embargo, expone que el producto ofertado por ella, tiene las mismas características que en su escrito impugna en lo relativo a la prestación de rango de medición, y que además los productos en ambos casos se refieren al código genérico B43065, que era el que figuraba en los pliegos. En conclusión, afirma el órgano de contratación que la comisión técnica ha valorado los productos ofertados por ambas entidades, al entender que el código genérico resultaba descriptivo, y que por tanto permite incluir en la valoración artículos con distintas medidas.

Por su parte la entidad KEYLAB en sus alegaciones expone que efectivamente, años atrás, existían dos modelos de *medidores de flujo de pico*, pero que a partir de la norma ISO23747, que especifica las características más importantes que debe tener el medidor, se establece que el rango de medidas de estos productos no debe ser superior a 60 ni inferior a 800 litros/minuto.

KEYLAB, adjunta documento informativo emitido por el fabricante, donde puede observarse que el producto unifica en un solo medidor de flujo las características de la norma ISO 23747 que lo hacen apto para ser utilizado tanto por niños, como por adultos.

SEXTO. Una vez expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto del recurso, esto es, si el producto ofertado por KEYLAB fue valorado correctamente en lo relativo al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) para el lote 183.

Para discernir el objeto de controversia, resulta conveniente, en primer lugar, analizar el objeto del lote 183. En el Anexo al cuadro resumen que acompaña al PCAP, se establece el mismo de la siguiente forma:

LOTE	CLASIFICACIÓN	CÓDIGO GC	DESCRIPCIÓN	P. UNITARIO (IVA EXC)
183	SU.PC.SANI.01.10.15.01 1000	B43065	MEDIDOR FLUJO RESPIRATORIO / PEDIÁTRICO - GC	9,10

A la vista de lo anterior, presentan ofertas al lote referenciado las entidades KLUTER y KEYLAB. Los días 30 de septiembre, 1, 2 y 3 de octubre de 2014 se reúne la comisión técnica para la elaboración del informe relativo a la valoración de las ofertas en lo referente al criterio de evaluación no automática. Con relación a la valoración efectuada en el lote 183, consta lo siguiente:

EMPRESA	REFER.	COD. CIP	PUNTUACIÓN
KLUTER MEDICAL, S.L.	33433	100085769859	1
KEYLAB MEDICAL, S.L.	1022973	10080279805	20

La justificación de la puntuación en cada una de las ofertas fue en el caso KLUTER, *“base: cumple sólo los requisitos mínimos exigidos”*, y en el de KEYLAB *“excelente: cumple los requisitos mínimos exigidos y destaca sobre el*

resto de las ofertas por aportar mejoras muy significativas en aspectos relevantes. Rango de medidas superior, mejor diseño de la boquilla ovalada por lo que se ajusta mejor a la boca, incorpora funda protectora.”

En definitiva, la cuestión que se debate es la valoración que hizo el órgano de contratación del producto ofertado por KEYLAB, cuestión que como este Tribunal ha tenido la ocasión de manifestar queda dentro de la esfera de la discrecionalidad técnica propia de los órganos especializados de la Administración.

Pues bien, la doctrina de la discrecionalidad técnica ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal al abordar el cumplimiento o no desde el punto de vista técnico de lo exigido en los pliegos. Así en resoluciones anteriores, como la 156/2015, de 5 mayo, y la 246/15 de 7 de julio, se ha aludido a la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que, a su vez, remite a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.”*

Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad,

pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores.

Asimismo, este Tribunal ha invocado en numerosas resoluciones, entre ellas la citada 156/2015, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) que afirma lo siguiente: <<*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 postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)>>*

Por tanto, no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del razonamiento técnico se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

En el presente supuesto, KEYLAB, oferta para el lote 183 un producto con código de identificación de producto, (en adelante CIP): 10080279805. El órgano de contratación presenta certificado relativo a la oferta presentada con el código mencionado, en el banco de productos y materiales de consumo del

Servicio Andaluz de Salud (en adelante banco de productos). En él se puede observar lo siguiente:

“Artículo: MEDIDOR FLUJO RESPIRATORIO/pediátrico.

CIP: 100080279805.

EMPRESA: KEYLAB MEDICAL, S.L.

Genérico de Centro (GC): B43065.”

De lo anterior, cabe destacar que de la documentación remitida a este Tribunal no se aprecia inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa o error ostensible o manifiesto y ello por lo anteriormente reproducido, es decir, como ha podido observarse la finalmente adjudicataria presenta una oferta cuyo CIP, hace referencia a un producto que corresponde a lo exigido en el pliego, según la descripción insertada en el banco de productos; por otro lado, su oferta técnica inserta en el banco de productos hace referencia al G.C. correcto, es decir, al código B43065.

Sobre la concreta cuestión de la medición del flujo, efectivamente según aporta la recurrente, para el G.C.: B43065, se describe una medición de flujo: 30-370 litros/min, sin embargo, acudiendo a la descripción que se realiza para el CIP 100080279805 en el banco de productos aludido, la oferta de KEYLAB contempla una medición de 60-800 L/min. Sobre ello, el órgano de contratación argumenta que se valoró el producto ya que entendía que la definición del G.C., era descriptiva sin que sus atributos fueran determinantes para la compra y permitiendo por tanto que se ofertaran y valoraran artículos con distintas medidas a las previstas.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, y como apunta el órgano de contratación, la recurrente también asocia al CIP 33433, un dispositivo que mide entre un rango de 60-800 litros/minuto, según se extrae de la oferta técnica que la recurrente insertó en el banco de productos -documentación aportada por el órgano de contratación-, por lo que aun suponiendo que se

estimase su motivo de recurso debería ser excluida su oferta por la misma razón por la que combate la adjudicación a KEYLAB.

De esta forma, y por los motivos anteriormente argumentados procede la desestimación de este recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por entidad **KLUTER MEDICAL, S.L.**, contra la Resolución de adjudicación, de 2 de marzo de 2015, de la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla relativa al contrato denominado *“Suministro de material específico de ventilación y monitorización cardiorrespiratoria”*, respecto al lote 183 (Expte. PAAM 36/2013), promovido por el Área Hospitalaria Virgen Macarena y Virgen del Rocío de Sevilla, adscrita al Servicio Andaluz de Salud.

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 TRLCSP.

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 Resolución de este Tribunal de 1 de abril de 2015.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos 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.