

Recurso 12/2024
Resolución 34/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 26 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UNIÓN 50, S.L.** (en adelante la recurrente), contra la resolución de adjudicación de 15 de diciembre de 2023 del “Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud”, (Expte. 4000/2022, n° siglo 462/2022, (CONTR 2022 0000588333)), convocado por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de julio de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 33.839.406,00 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

El 3 de febrero de 2023, este Tribunal dictó la Resolución 67/2023 correspondiente al recurso 520/2022. En ella se acordó, en lo que aquí interesa, *“Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad UNION 50 S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 11 de noviembre de 2022 por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud”, (Expte. 4000/2022, n ° siglo 462/2022, (CONTR 2022 0000588333)), convocado por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía para que se proceda según lo indicado en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.”.*

El 28 de abril de 2023 este Tribunal dictó la Resolución 214/2023, en el incidente de ejecución 2/2023 de la Resolución 67/2023 de 3 de febrero de 2023. En la citada Resolución acordó *“Estimar el incidente de ejecución promovido por la entidad UNIÓN 50, S.L. respecto a la Resolución de este Tribunal 67/2023, de 3 de febrero, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada empresa contra el acuerdo de la mesa de contratación de 11 de noviembre de 2022 por el que se excluye su oferta del*



procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud”, (Expte. 4000/2022, nº siglo 462/2022, (CONTR 2022 0000588333)), convocado por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía y en consecuencia, el órgano de contratación deberá dar cumplimiento efectivo a la misma en los términos expuestos en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.”.

El 13 de septiembre de 2023, este Tribunal dictó la Resolución 516/2023 que resolvía el recurso 361/2023. En ella se acordó *“Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad UNIÓN 50, S.L., contra el acuerdo, de 19 de mayo de 2023, de exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud”, (Expte. 4000/2022, nº siglo 462/2022, (CONTR 2022 0000588333)), convocado por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía, y en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda según lo indicado en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la presente resolución.”*

El fundamento de derecho octavo de la citada Resolución 516/2023 disponía que: *“al no apreciarse ausencia, sino insuficiencia de motivación y afectar este defecto al informe técnico, debe anularse el acto de exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión de dicho informe, para que ateniéndose a lo dispuesto en el apartado 3 del PPT “El etiquetado de las cajas y sus instrucciones deberán constar en español y deberá permitir la trazabilidad del producto y sus certificados”, se proceda a analizar el conjunto de la documentación aportada por la recurrente y considerando lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de la presente Resolución, justifique adecuada y suficientemente si queda o no acreditada la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455. No obstante, la retroacción acordada no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción denunciada.”.*

Con fecha 1 de diciembre de 2023, se celebra la sesión de la mesa de contratación, en la que, en ejecución de las Resoluciones antes citadas, se somete a la consideración de la mesa de contratación el informe propuesta de adjudicación de 30 de noviembre de 2023 elaborado por la comisión técnica que se ratifica en el no cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) de la oferta de la recurrente.

Las conclusiones del citado informe se recogen en la Resolución de 15 de diciembre de 2023, en la que se acuerda adjudicar el acuerdo marco a cinco de las licitadoras entre las que no se encuentra la recurrente, quedando así su oferta excluida de forma tácita o implícita de la licitación.

SEGUNDO. Con fecha 9 de enero 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra la citada Resolución de adjudicación de 15 de diciembre de 2023.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 10 de enero de 2024. Posteriormente, previa reiteración, lo solicitado fue recibido en este Órgano el 16 de enero de 2024.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostentan legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo marco con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación de un acuerdo marco con valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP, si bien materialmente se recurre la exclusión de su oferta de la licitación.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la resolución de adjudicación fue notificada a la recurrente el 15 de diciembre de 2023 por lo que el recurso presentado el 9 de enero de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis del fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la exclusión de su oferta.

Recordemos las actuaciones del procedimiento de adjudicación anteriores a la Resolución 516/2023, de 13 de septiembre, puesto que las que ahora se cuestionan devienen de las actuaciones realizadas en ejecución de la misma. En ella se exponían, a su vez los siguientes antecedentes:

<<Pues bien, en ejecución de la citada Resolución 67/2023, de 3 de febrero de este Tribunal, el órgano de contratación requiere a la ahora recurrente para que subsane aportando: “Documento que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada y el producto ofertado, para poder certificar que los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción y cumplen con las normas UNE-EN 455, conforme a lo exigido en el PPT.”.



La documentación aportada por la recurrente en subsanación es analizada por la comisión técnica en informe de 23 de marzo de 2023, cuyas observaciones se someten a la consideración de la mesa de contratación celebrada el 19 de mayo de 2023, sin que la oferta de la recurrente sea valorada conforme a los criterios de adjudicación, quedando su oferta excluida tácita o implícitamente de la licitación.

Al respecto, el citado informe de la comisión técnica, cuyas conclusiones constan en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 19 de mayo de 2023 expone las siguientes observaciones sobre la documentación aportada en subsanación por la recurrente:

“Declaración de conformidad del fabricante "AmPri GmbH" de Producto Sanitario y EPI sobre la referencia (01168-XS-XL)

Certificado de examen UE de tipo (módulo B) a la referencia (PFN LD) emitido al fabricante " Kossan International Sdn.Bhd"

Certificado de control de la producción (módulo D) a la referencia (PFN LD) emitido al fabricante " Kossan International Sdn.Bhd"

Certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción a la referencia (01168-S) emitido a "UNION 50 S.L"

Justificación de la relación entre el fabricante distribuidor/importador: "AmPri GmbH" y el fabricante/productor: "Kossan International Sdn.Bhd"

Declaración responsable de "AmPri GmbH" indicando que la referencia (01168) cumple con las normas "UNE EN 455-1:2020, 455-2:2015, 455-3:2015, 455-4:2010", sin establecer equivalencia con el producto ofertado

Presenta un informe basando la trazabilidad del producto con el fabricante " Kossan International Sdn.Bhd", con el tipo de guante y un esquema gráfico con el etiquetado de la caja, relacionando esta documentación entre el ensayo solicitado "normas UNE-EN 455" y el producto ofertado por el licitador "UNION 50 S.L" (Epiderm Protect Purple) a través de la denominación "Low Dermatitis"

Al verificar la documentación presentada se observa que el concepto "Low Dermatitis" hace referencia a una característica del guante de forma genérica, lo que implica que se puede aplicar a cualquier guante de esas mismas características técnicas

Conclusión: La documentación aportada por el licitador no permite certificar que el guante cumple conforme a lo exigido en el PPT">>.

Estas actuaciones fueron cuestionadas en el recurso 361/2023, resuelto en la citada Resolución 516/2023, de 13 de septiembre, que, como se ha expuesto en el antecedente primero de esta Resolución, estimó parcialmente el citado recurso especial disponiendo que *“al no apreciarse ausencia, sino insuficiencia de motivación y afectar este defecto al informe técnico, debe anularse el acto de exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión de dicho informe, para que ateniéndose a lo dispuesto en el apartado 3 del PPT “El etiquetado de las cajas y sus instrucciones deberán constar en español y deberá permitir la trazabilidad del producto y sus certificados”, se proceda a analizar el conjunto de la documentación aportada por la recurrente y considerando lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de la presente Resolución, justifique adecuada y suficientemente si queda o no acreditada la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455.”.*

Pues bien, en ejecución de lo dispuesto en la Resolución 516/2023 de 13 de septiembre, en la sesión celebrada el 13 de noviembre de 2023, la mesa acuerda requerir a los miembros de la Comisión Técnica para *“Que se amplíe la justificación de la exclusión de UNION 50,S.L. y se justifique adecuada y suficientemente si queda o no acreditada la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455.”.*



Así la comisión técnica elabora una nueva propuesta de adjudicación que es sometida a la consideración de la mesa de contratación en la sesión celebrada el 1 de diciembre de 2023, cuyo contenido se recoge en el acta de la misma, en lo que aquí interesa:

“Informe relativo a la justificación adecuada y presumiblemente suficiente para la exclusión de la entidad UNIÓN 50 debido a la imposibilidad de establecimiento de trazabilidad del producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455 .

Como se indica en el PPT todos los productos ofertados deberán cumplir con los requisitos de legalidad y de autorización de comercialización establecidos en la normativa nacional y comunitaria, en concreto, en el caso del objeto de la licitación, deberán acreditar el cumplimiento del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios o Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) nº 178/2002 y el Reglamento (CE) nº 1223/2009, y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo, o Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios, acreditado mediante la Declaración CE/UE de conformidad de acuerdo con la Directiva Europea 93/42/CE o con el Reglamento (UE) 2017/745 sobre los productos sanitarios (clase I) y el Reglamento UE 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo, relativo a los equipos de protección individual. EPI categoría III, acreditado mediante la Declaración UE de conformidad, Certificado de examen UE de Tipo (módulo B) y Certificado de control de la producción (módulo C2 vigente o D) de acuerdo con el Reglamento (UE) 2016/425.

Para la justificación de este cumplimiento, la entidad UNIÓN 50 aporta entre la documentación incluida en el SOBRE 3 una declaración responsable del cumplimiento de todos los requisitos, la Declaración de Conformidad emitida conforme al Reglamento (UE) 2017/745 sobre los productos sanitarios (clase I), y el Reglamento UE 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual redactada por el fabricante del producto ofertado, Ampri Handelsgesellschaft mbH, identificándolo a través del art. núm. “01168XS-XL EPIDERM PROTECT Purple”.

Asimismo presenta el Certificado de examen UE de Tipo (módulo B) con número 2777/10013-05/E00- 00 emitido por Satra Technology, organismo notificado 2777, a solicitud del fabricante Kossan International Sdn Bhd, identificando el producto como “PFN LD Powder free nitrile gloves available in black, blue, and White. Non-Sterile (Low dermatitis Potential” acompañado del Certificado de control de la producción (módulo D), emitido por bsi, con número de certificado CE683313, identificando el producto ofertado como “PFN LD Powder free nitrile gloves. Non-sterile (Low Dermatitis Potential)”.

A través de la ficha técnica, emitida por Ampri Handelsgesellschaft mbH que identifica al producto como “01168 EPIDERM PROTECT Purple guante de examen de nitrilo lila, no estériles, sin polvo” y de las muestras aportadas por la entidad UNIÓN 50, se puede corroborar que el producto ofertado cumple con las indicaciones solicitadas: como EPI categoría III certifica la protección del personal sanitario en exploraciones de pacientes, contacto con fluidos biológicos o instrumentos contaminados, y en manipulaciones diversas de los servicios de laboratorio en general y anatomía patológica en particular. Como producto Sanitario Clase I no estéril, aporta la protección al paciente de la transmisión de agentes biológicos a través del contacto de las manos de los profesionales.

El producto ofertado en cuestión, identificado en la ficha técnica, emitida por Ampri Handelsgesellschaft mbH “01168 EPIDERM PROTECT Purple guante de examen de nitrilo lila, no estériles, sin polvo” y en su envase con la denominación comercial “EPIDERM PROTECT Purple”, referencia 01168 PFN LD – Powder free nitrile examination gloves Low Dermatitis, se trata de un guante 100% nitrilo sin polvo, libre de látex de uso dual ambidiestro de un



solo uso. Cuenta con un diseño anatómico, elástico y adaptable, de fácil calzado, con alta sensibilidad al tacto, con las puntas de los dedos microtexturizados y puño con reborde que permite su ajuste al brazo.

Se desconoce si cumple con la longitud mínima, espesor en palma y fuerza de rotura antes y después del envejecimiento, elongación de rotura y resistencia a la tracción según norma UNE EN 455 1, 2, 3 y 4, ya que no es posible establecer la trazabilidad entre los ensayos aportados emitidos por TÜD SÜD Group, solicitados por el fabricante Kossan International Sdn Bhd, que se han hecho sobre un guante identificado como “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non- Sterile. Low Dermatitis Potential Claim”, que además de en el nombre, difieren en el color, ya que este se trata de un guante azul y los que ofertan son de color lila.

Según la documentación solicitada, el guante se encuentra libre de residuos de aceleradores químicos de la producción o por debajo de los niveles detectables, certificado por el laboratorio independiente AITEX, mediante el ensayo número 2022TM1104 emitido a la entidad UNION 50, que identifica el guante ensayado como “GUANTE DE NITRILO PROTECT PURPLE REF: 01168-S TALLA S LOTE : 230229 02

A través de la valoración de la documentación aportada por la entidad UNION 50 se concluye que el fabricante Kossan International Sdn Bhd, ha obtenido el certificado CE como EPI categoría III para el guante “PFN LD Powder free nitrile gloves available in black, blue, and White. Non-Sterile (Low dermatitis Potential” y ha ensayado según las normas UNE EN 455 el guante denominado “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non-Sterile. Low Dermatitis Potential Claim” y que el fabricante Ampri Handelsgesellschaft mbH en su Declaración de Conformidad indica que el guante “01168XS-XL EPIDERM PROTECT Purple” cumple con toda la normativa relativa al Reglamento UE 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual y al Reglamento (UE) 2017/745 sobre los productos sanitarios (clase I), pero no es posible realizar una trazabilidad entre ellos, sin poder concluir que se trata del mismo producto, y coincide con el producto que se ha ofertado, más aún cuando los colores son distintos.

Más aún, el concepto “Low Dermatitis”, que aparece en la documentación aportada por el fabricante Kossan International Sdn Bhd, no aparece en la documentación aportada por el fabricante Ampri Handelsgesellschaft mbH, y hace referencia a una característica del guante de forma genérica, lo que implica que se puede aplicar a cualquier guante de esas mismas características técnicas

Por todo lo anterior, la Comisión Técnica se ratifica en el no cumplimiento de los requisitos exigidos en el PPT a la entidad UNIÓN 50.”

El mismo contenido es plasmado en la Resolución de adjudicación recurrida, aun cuando en la misma no se acuerda expresamente la exclusión de la oferta de la recurrente, que queda excluida tácitamente de la licitación.

2. Alegaciones de las partes

a) Alegaciones de la recurrente.

La recurrente en su escrito de recurso solicita a este Tribunal que “anule la resolución impugnada y, asimismo, ordene la retroacción de actuaciones y que por la Mesa de Contratación se deje sin efecto la exclusión acordada por considerarse improcedente y se declare que la oferta de UNIÓN 50, S.L. cumple con las prescripciones del PPT; o subsidiariamente y en todo caso se requiere aclaración/subsanación respecto de las cuestiones esgrimidas ex novo en la resolución de adjudicación y que han motivado la exclusión.”



Con carácter previo a rebatir los motivos de exclusión de su oferta alega *“Vulneración del principio de igualdad de trato entre licitadores: UNIÓN 50, S.L., ha presentado la misma documentación que la mercantil ITURRI (y más que el resto de licitadores) y, sin embargo, es excluida de la licitación.”*

Sobre el fondo de la cuestión, la recurrente alega *“Error en la valoración de la oferta de UNIÓN 50, S.L.: perfecta trazabilidad del guante ofertado”,* y reitera que *“Los presuntos incumplimientos que motivas la exclusión de UNIÓN 50, S.L., concurren en el resto de licitadores. Vulneración del principio de igualdad e igual trato de los licitadores.”*

Así, afirma que *“la argumentación del informe de valoración se sustenta en tres ideas para negar la trazabilidad del producto:*

- *El color que en los documentos es azul y en la muestra es lila.*
- *Que el nombre es diferente: Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non-Sterile // Low Dermatitis Potential Claim*
- *Que el término “Low Dermatitis” no aparece en la documentación de Ampri.*

Si bien, como decimos, estas cuestiones no formaron parte de la aclaración/subsanación requerida por el órgano de contratación y que tuvo lugar tras el recurso nº 520/2022 (por lo que debía entenderse que no eran cuestiones controvertidas y habían sido dadas por buenas por el órgano de contratación)”.

A continuación, la recurrente rebate cada una de esas tres cuestiones.

Sobre el color del guante alude a que cuando se examinó la documentación técnica se dio por bueno el certificado UE emitido por SATRA TECHNOLOGY en el que la descripción del guante era *“Powder free nitrile gloves available in black, blue an white. Non Sterile. Low Dermatitis”* y no hacía referencia al color lila.

Añade que *«No obstante lo anterior, si acudimos al documento de extensión de certificado emitido por SATRA TECHNOLOGY y que fue aportado por UNIÓN 50, S.L., en sede de aclaración/subsanación, vemos que el color se describe como “BLUE PURPLE”*

(...)

A este respecto, y dada la relevancia que el órgano de contratación le ha otorgado a esta cuestión (lo que resulta cuanto menos llamativo, pues se está entrando a discutir la concreta tonalidad del guante), podemos acudir a una de las empresas de más reconocido prestigio en materia de color, la mercantil PANTONE INC, que en su artículo de 9 de diciembre de 20211, declara color del año 2022 su color 17-3938 el cual describe cómo “un tono azul bígaro dinámico”.

(...)

Debe reseñarse que esta diferencia se ha constatado, igualmente, en otras ofertas de otros licitadores que, sin embargo, no han sido excluidos por ese motivo (ofreciéndonos un nuevo e injustificado trato desigual entre licitadores, ya puesto de manifiesto en nuestra anterior alegación).

(...)

Especial mención merece la resolución nº 469/2023 de ese Tribunal, en la que se resolvía el recurso interpuesto respecto de este mismo concurso por parte de BARNA IMPORT MEDICA, S.A. contra la resolución de adjudicación de fecha 23 de julio de 2023. En aquel, recurso alegaba la recurrente que por parte de NACATUR 2 ESPAÑA, S.L., no se había incluido en la descripción del producto el color del guante. Siendo que ese Tribunal concluyó que la no inclusión del color en la descripción no era determinante para la identificación del guante, pues lo realmente importante era (y es) el cumplimiento de la norma con independencia del tan citado color.



En resumen, nos encontramos con que existe perfecta trazabilidad entre el guante y su descripción del color, que dicho color no fue controvertido y ya fue aceptado en un certificado validado por la comisión técnica y que el mencionado color lila, no deja de ser una tonalidad de azul conforme a lo señalado.”

Sobre las diferencias en la denominación del producto en la documentación aportada, entiende que “el órgano de contratación no se refiere a la “denominación” del producto, sino a la descripción que cada entidad certificadora realiza el mismo (descripción que es la legalmente exigida).

Así, afirma que existe una discrepancia pues unas veces se “denomina” (siendo lo más correcto que “se describe”) al guante “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non-Sterile. Low Dermatitis Potential Claim” y otras veces se describe como “Power Free nitrile examination gloves. Non-Sterile (Low dermatitis potential)”

Como puede apreciarse, las diferencias entre una y otra descripción son mínimas (más allá de que uno hace referencia a “blue-colored”, habiéndose dado ya respuesta a la controversia del color en la anterior alegación) y, además, se explican fácilmente si tenemos en cuenta que dichas diferencias obedecen a la elaboración de los documentos por entidades diferentes, no obligadas a una descripción absolutamente idéntica, sino a que la misma incluya las características esenciales del producto, lo que ocurre en ambas descripciones de forma coincidente.

En cualquier caso, de nuevo debe señalarse que el módulo D, ya valorado y validado por el órgano de contratación, señala que la fábrica de origen solo produce un tipo de guante, por lo que la trazabilidad del producto queda, de nuevo, perfectamente acreditado.

De nuevo, vemos que este presunto incumplimiento se imputa a UNIÓN 50, S.L., pero no a otras empresas licitadores que tienen el mismo “problema”».

Por último, sobre que el término “Low Dermatitis” no aparece en la documentación de AMPRI, mantiene que “nos encontramos ante una cuestión cuanto menos irrelevante, por cuanto que la entidad Ampri facilita sus certificados en castellano, e incluye la descripción del producto según su propio criterio, no incluyendo la expresión en inglés de “low dermatitis”. Ahora bien, ello no impide en modo alguno la trazabilidad del producto, por cuanto que dicho certificado contiene las correspondientes referencias para poder realizar la correspondiente trazabilidad del guante con el resto de documentación, (...)

(...) tanto el envase como en las instrucciones del guante, la descripción se contiene tanto en español (coincidente con la descripción que hace Ampri) como en inglés (coincidente con la descripción que hace SATRA), obrando el resto de referencias a fin de realizar la correspondiente trazabilidad, debidamente reforzada con el certificado ampliado emitido por SATRA indicando que los guantes de Ampri y Kossan son el mismo producto.

Así, conforme al reglamento (UE) 2016/425 el fabricante que aparece en la caja no tiene porque ser quien produce el guante, y por lo tanto quién aparece en los certificados, tal y como define el reglamento en su artículo 3 y exige en su artículo 12 para distribuidores/importadores. Siendo que la diferencia entre el fabricante que aparece serigrafiado en la caja y el fabricante de los certificados es resultado de las obligaciones establecidas por el mencionado reglamento.

En cualquier caso, la trazabilidad y diferencia entre ambos fabricantes está igualmente realizada conforme al reglamento, así como la trazabilidad entre los guantes, el embalaje/caja y sus certificados a través de su declaración de conformidad, accesible desde la caja del guante, y en la que aparecen los organismos notificados y el número de certificado, pudiendo así conseguir la trazabilidad del guante a través de su caja, su declaración de



conformidad y sus certificados en los que se aprecia el porqué de la diferencia entre el fabricante serigrafiado y el fabricante en los certificados.”.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación tras una extensa exposición de los antecedentes del procedimiento de licitación se pronuncia sobre las alegaciones de la recurrente destacando que “en ningún caso ha aportado una Declaración del fabricante Kossan International Sdn Bhd que solicita los ensayos aportados emitidos por TÜD SÜD Group en relación al cumplimiento de las normas UNE EN 455 1,2,3, y 4 sobre un guante identificado como “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non- Sterile. Low Dermatitis Potential Claim”, indicando que el guante ensayado se corresponde con el guante ofertado por el licitador UNIÓN 50.

(...)

En relación a los nuevos argumentos esgrimidos por el licitador UNIÓN 50, la Comisión debe encontrar esta trazabilidad en un documento de extensión del Certificado UE de tipo presentado con fecha de emisión 27/09/2022, posterior al plazo de presentación de oferta, y a un nuevo documento no aportado anteriormente, una solicitud de extensión del Certificado UE de tipo, donde, Ampri Handelsgesellschaft mbH, solicita que el certificado UE de tipo con número 2777/10013-05/E00-00 emitido por Satra Technology, organismo notificado 2777 a Kossan International Sdn Bhd al código de producto del certificado original PFN LD, se extienda a los códigos de productos 01164 XS-XL, 01166 XS-XL, 01167 XS-XL, 01168 XS-XL y otro más que no se puede identificar ya que el documento ha sido manipulado.

Este nuevo documento no debería ser tenido en cuenta, pero no hace más que permitir a la Comisión Técnica ratificarse en su decisión de la imposibilidad de verificar que el guante ofertado cumple con las Normas UNE EN 455 1,2,3 y 4 ya que aunque el Organismo Notificado Satra Technology, organismo notificado 2777, emite el certificado de extensión, certificando que los guantes PFN LD y 01164 XS-XL, 01166 XS-XL, 01167 XS-XL, 01168 XS-XL cumplen como EPI Categoría III, no podemos saber si los ensayos aportados sobre el cumplimiento de la Norma UNE EN 455 1,2,3, y 4 solicitados por Kossan International Sdn Bhd, emitidos por TÜD SÜD Group sobre un guante identificado como “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non-Sterile. Low Dermatitis Potential Claim”, se han realizado sobre los guantes ofertados o sobre cualquiera de los otros, cuyas características técnicas desconocemos, y no podemos saber si son o no similares.

Es en este documento donde se relacionan los guantes PFN LD con los guantes 01164 XS-XL, 01166 XS-XL, 01167 XS-XL, 01168 XS-XL, descritos unos como blue, véase 01164 XS-XL, 01166 XS-XL, 01167 XS-XL, y otros como blue purple 01168 XS-XL, haciendo una distinción clara entre ambos colores, asemejando más los blue a la descripción que aparece en los ensayos de la norma UNE EN 455 1,2,3, y 4 “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non-Sterile. Low Dermatitis Potential Claim”.

En relación a la denominación, puede comprobarse en la documentación aportada por otros licitadores nombrados por el licitador UNIÓN 50, cómo aparece en toda la documentación y la muestra ofertada el mismo nombre identificando al producto, en un caso “Nitrylex Classic” en otro “AACHEN”.

En el caso del licitador UNION 50, encontramos entre otros “EPIDERM PROTECT Purple”, “PFN LD Powder free nitrile gloves available in black, blue, and White. Non-Sterile (Low dermatitis Potential)”, “PFN LD Powder free nitrile gloves. Non-sterile (Low Dermatitis Potential)”, “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Bluecolored, Non-Sterile. Low Dermatitis Potential Claim”.

Por último el concepto Low Dermatitis, al que en algunos de sus escritos el licitador UNIÓN 50 ha visto como nexo para establecer la trazabilidad aunque no siempre aparece, nos ratificamos en la idea de que hace referencia a



una característica del guante de forma genérica, lo que implica que se puede aplicar a cualquier guante de esas mismas características técnicas.

En cuanto a la afirmación del licitador UNIÓN 50:

“Es decir, que el órgano de contratación considera que el guante producido por Kossan International Sdn Bhd cumple con el PPT, pero que no existe trazabilidad con el guante presentado cuyo fabricante es Ampri Handelsgesellschaft mbH por los motivos esgrimidos”

Indicar que la Comisión Técnica no puede verificar que el guante producido por Kossan International Sdn Bhd cumpla con el PPT, ya que desconoce sobre qué guantes están ensayadas las Normas UNE EN 455 1,2,3 y 4.

Por todo lo anterior, la Comisión Técnica se ratifica en el no cumplimiento del PPT al no poder afirmar que el guante ofertado cumple con los requisitos definidos en el mismo, concretamente con la longitud mínima, espesor en palma y fuerza de rotura antes y después del envejecimiento, elongación de rotura y resistencia a la tracción según norma UNE EN 455 1, 2, 3 y 4, ya que no es posible establecer la trazabilidad entre los ensayos aportados emitidos por TÜD SÜD Group, solicitados por el fabricante Kossan International Sdn Bhd, que se han hecho sobre un guante identificado como “Powder Free Nitrile Examination Gloves, Blue-colored, Non-Sterile. Low Dermatitis Potential Claim”, y el producto ofertado, y no hay entre los documentos aportados una Declaración Responsable donde el fabricante Kossan International Sdn Bhd, que es quien solicita los mismos, que confirme que se han hecho sobre los productos ofertados, necesarios para además de poder ser utilizados como EPI categoría III, puedan serlo como Producto Sanitario, como se indica en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Análisis de los motivos del recurso.

Procede, pues, analizar las cuestiones de fondo que se suscitan en el presente recurso, en relación con la exclusión de la oferta de la recurrente.

Alega la recurrente, en primer lugar, el trato discriminatorio respecto a otras licitadoras y por tanto la vulneración del principio de igualdad de trato entre las mismas, que ya alegaba en el anterior recurso y por tanto fue analizada en la Resolución 516/2023, de 13 de septiembre, llegando a las siguientes conclusiones, que han de mantenerse en la resolución del presente recurso:

<<No obstante, no cabe apreciar trato discriminatorio respecto a las licitadoras ITURRI, S.A. y CELULOSAS VASCAS, S.L., por cuanto lo alegado por la recurrente se refiere a la documentación presentada en respuesta al requerimiento de subsanación del 1 de marzo de 2023, en el que a ambas se le requería la “Documento que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada y el producto ofertado, para poder certificar que los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción, conforme a lo exigido en el PPT”, diferente a la documentación que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada y el producto ofertado, para poder certificar que los guantes a suministrar cumplen con las normas UNE-EN 455, cuyo rechazo se discute en el presente recurso, por cuanto, no puede admitirse como pretende la recurrente, que se le haya dado un trato desigual ante una información idéntica o equivalente.

Tampoco pueden admitirse las alegaciones sobre que el trato discriminatorio en relación con las licitadoras IBERIAN CARE 2016, S.L, 4 GASA, GAMMA SOLUTION, CV MEDICAL o ALBAZUL son suficientes para apreciar una desigualdad, pues como se ha indicado, la documentación ha de ser analizada en su conjunto, sin que sea suficiente considerar la descripción del producto en algún documento para ello, y sin que este Tribunal pueda prejuzgar que por otras causas se haya producido algún trato discriminatorio.



Respecto al apartado “4º. Dando respuesta al cuarto punto de las conclusiones del documento nº 10 informe pericial “El Tribunal da mayor valor a declaraciones privadas de fabricantes asiáticos que a certificaciones y documentación oficiales emitidas y controladas por la legislación de la Unión Europea y sus estados miembros, al mismo tiempo que no admite declaraciones de empresas, fabricantes y distribuidores europeos” no estamos de acuerdo con esta afirmación realizada por D. E. G. G., no se trata de dar mayor valor a unas declaraciones privadas presentadas por fabricantes en detrimento de otras certificaciones, el hecho es que cuando un licitador presenta un estudio o ensayo elaborado por un organismo oficial del que como ya se ha reiterado no se especifica claramente que el guante analizado es el mismo que el guante ofertado por el licitador, esos “documentos privados” a los que hace mención son las “Declaraciones de Conformidad del fabricante” la cual confirma y verifica que entre el producto analizado en los ensayos presentados y el producto ofertado por el licitador si se puede establecer una correcta trazabilidad.”>

Del mismo modo, hemos de remitirnos a la citada Resolución 516/2023, de 13 de septiembre en relación con las alegaciones de la recurrente relacionadas con la causa de exclusión de su oferta y por tanto con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el PPT, sobre la doctrina de la discrecionalidad técnica en el supuesto examinado:

“Conviene señalar aquí, que respecto a la valoración efectuada por la comisión técnica y aceptada por el órgano de contratación, sobre el cumplimiento de los requerimientos técnicos contenidos en el PPT, y la revisión de la documentación técnica, este Tribunal ha indicado en otros supuestos (v.g. Resolución 445/2020, de 11 de diciembre) que si bien el marco de la discrecionalidad técnica con los límites determinados por la jurisprudencia, opera sin lugar a dudas en la valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor, cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT se reduce el margen de discrecionalidad porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple unos requisitos técnicos concretos.

No obstante, puede haber supuestos, como el presente, en que para la verificación del cumplimiento de las ofertas respecto a las prescripciones exigidas en el PPT además de la comprobación o comparativa entre las especificaciones del producto se requiera un análisis o pronunciamiento técnico de mayor complejidad, y proceda acudir a la doctrina de la discrecionalidad técnica. Sobre lo anterior, este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas su Resolución 239/2020, de 9 de julio, indica que “(...) la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara 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” solo 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”.

Pues bien, aunque es cierto, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso que el informe pericial aportado por la recurrente como documento nº 10 “adolece de la imparcialidad de la que goza el referido informe de 23 de marzo de 2023”, procede traer a colación la Resolución 458/2022 de este Tribunal, “este Tribunal tiene una asentada doctrina sobre la cuestión (v.g. Resoluciones 105/2020, de 1 de junio, 250/2021, de 24 de junio y 275/2022, de 20 de mayo), según la cual los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la



cualificación técnica de quienes los emiten, que solo 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”.

En el presente supuesto, la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos del órgano de contratación queda desvirtuada al haberse acreditado el desconocimiento del proceder razonable del órgano de contratación por la ausencia de justificación del criterio adoptado para concluir que con la documentación aportada por la recurrente no queda acreditada la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455.

La clamorosa parquedad y la insuficiencia de motivación ofrecida por el órgano, y en la medida que se trata de una cuestión no jurídica, sino técnica que compete apreciar al órgano de contratación, la insuficiente motivación sustrae a este Tribunal de conocer las razones de la decisión que se recurre.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), aunque referente a la valoración de las ofertas, para que la discrecionalidad pueda ser controlada jurisdiccionalmente y se respete la interdicción de la arbitrariedad, se exige la oportuna motivación, siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna.

Asimismo, la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de julio de 1984 manifiesta que “(...) lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como “sit pro ratione voluntas”, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación”.

El Tribunal Constitucional también ha abordado la cuestión y en su Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre, ha precisado que «la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad». El criterio expuesto ha sido, igualmente, asumido por este Tribunal.

Así, en la Resolución 418/2015, de 17 de diciembre, se señalaba que «(...) la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que, en caso de ser contravenida, generaría indefensión.» En definitiva, pues, la motivación es un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas.

Aplicando estas consideraciones al presente caso este Tribunal aprecia una insuficiente motivación del informe técnico, que le impide apreciar si ha existido arbitrariedad o error manifiesto. En efecto, en el informe técnico con carácter general se expresan indiciariamente motivos por los que se considera que la oferta ha de ser excluida por no cumplir el PPT, pero de una manera insuficiente, incumpliendo la obligación de mostrar de forma clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto, para, por un lado, permitir a la recurrente conocer las razones que han llevado a su exclusión con el fin de defender sus derechos y, por otro, permitir a este Tribunal ejercer su control.”

En el fundamento de derecho quinto de esta Resolución se ha transcrito el contenido de la propuesta de resolución elaborada por la comisión técnica en la que ahora quedan suficientemente motivadas las razones por



las que se excluye la oferta de la recurrente “*debido a la imposibilidad de establecimiento de trazabilidad del producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-En 455*”.

En consecuencia, conforme a lo expuesto, tras el análisis y valoración de la documentación técnica presentada por la recurrente ha de prevalecer el juicio técnico del órgano de valoración sobre el realizado por la recurrente, máxime ante la complejidad de la citada documentación y la cautela con que debe analizarse el cumplimiento de los requisitos técnicos del suministro tratándose de productos sanitarios.

Por tanto, no apreciándose falta de motivación la discrecionalidad técnica del órgano de contratación sólo puede decaer ante prueba de error patente, que no se aprecia en las alegaciones de la recurrente. En ellas, se admiten las diferencias que en la documentación presentada se observan respecto al color del guante, a las distintas denominaciones o descripciones del mismo y a la aparición del término “*Low Dermatitis*”, discutiendo la relevancia que cada uno de estos datos tiene para establecer la trazabilidad exigida, lo que no deja de ser un juicio técnico paralelo al del órgano de contratación que debe prevalecer por las razones expuestas.

Procede, pues, desestimar la pretensión principal de la recurrente para que se declare que su oferta cumple los requisitos del PPT.

En cuanto a la petición subsidiaria mediante la que pretende que se anule la exclusión de su oferta para que se le pida aclaración/subsanación respecto de las cuestiones esgrimidas *ex novo* en la resolución de adjudicación y que han motivado la exclusión, no se aprecian nuevas cuestiones en la resolución de adjudicación, que como ya se ha indicado se limita transcribir la propuesta de resolución de la comisión técnica admitida por la mesa de contratación sin excluir expresamente la oferta de la recurrente y por tanto sin mencionar ninguna cuestión nueva.

Por otra parte, el nuevo contenido de la propuesta de resolución responde a la motivación de la causa de exclusión, tanto en lo referente a las tres cuestiones, antes mencionadas en las que la recurrente basa sus alegaciones, como en las referencias a los documentos acreditativos de los requisitos técnicos que han sido analizados. Pero todas estas cuestiones están relacionadas con la causa de exclusión, es decir con la necesidad de poder realizar la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455.

Por tanto, también se ha de desestimar la pretensión subsidiaria de la recurrente y con ello el recurso especial.

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 **UNIÓN 50, S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 15 de diciembre de 2023 del “Acuerdo Marco con varias empresas por el que se fijan las condiciones para el suministro de material genérico para higiene y protección: guantes de nitrilo con destino a los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud”, (Expte. 4000/2022, nº siglo 462/2022, (CONTR 2022 0000588333)), convocado por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.



NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas 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.

